

Analisi e diritto

2/2018

Edizioni ETS

Analisi e diritto

2/2018

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

analisiediritto@istitutotarello.org

Realizzazione editoriale

Edizioni ETS - Pisa
www.edizioniets.com

Analisi e diritto

2/2018



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

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675457-8

ISSN 1126-5779

Indice

Saggi (Essays)

- P.E. Navarro
The Uncertain Limits of Law. Some Remarks on Legal Positivism and Legal Systems 9
- F. Poggi
Conversational Implicatures and Legal Interpretation. On the Difference between Conversational Maxims and Legal Interpretative Criteria 39

Prova, verità e ragionamento giuridico (Evidence, Truth and Legal Reasoning)

- R. Hernández Marín
Una concepción recursiva del razonamiento probatorio
(A Recursive Conception of Evidential Reasoning) 69
- E. Marchese
Verità, conoscenza e incertezza processuale da Ferrajoli ai “teorici del fatto”
(Truth, Knowledge and Procedural Uncertainty from Ferrajoli to the “Fact-Theorists”) 91

Logica e diritto (Logic and Law)

- N. Muffato
Semantica dei mondi possibili e accessibilità deontica
(Possible Worlds Semantics and Deontic Accessibility) 133
- L. Ferrajoli
La logica nel diritto. Una risposta a Riccardo Guastini
(Logic in the Law. A Reply to Riccardo Guastini) 159

Saggi (Essays)

The Uncertain Limits of Law. Some Remarks on Legal Positivism and Legal Systems

Pablo E. Navarro *

Abstract

Legal positivists often claim that law is a limited normative domain. Understanding the limits of law requires an answer to two related problems. On the one hand, the problem of unregulated cases and, on the other hand, the problem of the alien norms. The first problem refers to the distinction between legal gaps and unregulated cases. Many legal philosophers claim that the identification of legal gaps presupposes an evaluative judgment. Thus, contrary to legal positivism, the determination of the content and limits of law (i.e., the domain of regulated cases) does not only depend on the cognition of certain social facts, but it actually also requires an evaluation of such facts. The second problem refers to the fact that judges often recognize as legally binding norms that are not issued by competent authorities of their systems. Therefore, a positivistic theory would not provide a satisfactory account of law if it failed to explain the legal force of this kind of norms. In this paper I analyze some solutions to such problems that can be found in three well-known positivistic theories (Kelsen, Raz and Bulygin). I show that none of them offers a sound answer to the problem of the unregulated cases and the alien norms.

Keywords: Limits of Law. Judicial Discretion. Legal Positivism. Legal Gaps.

1. Introduction

The social sources thesis entails that the law has certain limits¹. In order to explain this fact, legal positivists offer a reconstruction of law in terms of norma-

* CONICET, Argentina and Facultad de Derecho, Universidad de Girona, Carrer Universitat de Girona, 12, 17071, Girona, España, pabnav@hotmail.com. I am indebted to Jorge L. Rodríguez, Eugenio Bulygin, Stanley L. Paulson and two anonymous reviewers for their helpful comments on a draft of this paper. A first version of this paper was presented at the workshop “Hans Kelsen and Contemporary Jurisprudence”, Tarello Institute for Legal Philosophy, Department of Law, University of Genoa, April 26-27, 2018.

¹ Raz 1979: 45-50.

tive systems and highlight the role played by legal institutions in the identification, creation and application of legal norms². As Joseph Raz emphasizes, «it is a consequence of the institutionalized character of the law that it has limits. Legal systems contain only those standards which are connected in a certain way with the operation of the relevant adjudicative institutions»³. From the idea that law is a normative system follows that legal norms do not exist in an isolated way, but rather they are *unified* by specific *internal* relations (i.e., relations of *validity*). For example, Kelsen claims in the opening paragraph of his *General Theory of Law and State*, «Law is not [...] a rule. It is a set of rules having the kind of unity we understand by a system»⁴. According to his reconstruction, a norm N_1 (e.g., a law enacted by Parliament) is valid if it is created according to another higher valid norm N_2 (e.g., the Constitution). Thus, in the *Pure Theory* the dynamic relation between norms is the main criterion of validity and this *genetic* criterion determines not only the identity and the (hierarchical) structure of legal systems but also the limits of law.

The separation between law and morals could be regarded as the classical expression of the limits of law. However, many other consequences must be pointed out. In particular, four intrinsically related theses are often connected with the thesis of the limits of law:

- (i) There is no necessary coincidence between the norms of a legal system and other socially relevant norms.
- (ii) Law does not necessarily regulate all possible cases (i.e., there could be legally unregulated cases).
- (iii) In legally heretofore unregulated cases (cases where the settled law fails to provide a specific answer), judges must discretionally exercise an ‘interstitial’ law-making power.
- (iv) Judges have no discretion to solve cases regulated by law.

The main objective of this paper is to deal only with (i) and (ii). Theses (iii) and (iv) will only be incidentally analyzed, although it must be kept in mind that both are essential for a complete explanation of the meaning of the thesis of the limits of law.

In this paper I am interested in the following problems:

1.1. *The problem of unregulated cases*

Unregulated cases are often regarded as normative gaps, and according to legal positivism such indeterminacies can be neutrally (or objectively) identified. However, this is a challenging task because many legal philosophers claim that the identifi-

² Raz 1979: 111 ff.

³ Raz 1979: 44.

⁴ Kelsen 2006: 3.

cation of normative gaps presupposes an evaluative judgment⁵. Thus, according to this argument, the determination of the content and limits of law (i.e., the domain of regulated cases) not only does depend on the cognition of certain social facts, but it actually also requires an evaluation of such facts.

1.2. *The problem of alien norms*

In a legal system S judges often recognize as legally binding norms that are not issued by competent authorities of S (for the sake of simplicity, such binding norms will be called “alien norms”⁶) and, therefore, a positivistic theory would not provide a satisfactory account of law if it failed to explain the legal force of this kind of norms. Nevertheless, what is the criterion for separating “alien norms” from “own norms” in a certain legal system?

A sound answer to this second question requires clarifying the connection between valid norms and a very heterogeneous class of norms. “Validity” normally refers to the membership of norms in a legal system and, on the contrary, “alien norms” are those norms that do not belong to a legal system. But, what norms are the alien ones? It seems to be clear that the most paradigmatic type of alien norms is constituted by foreign rules. However, in this paper I will also analyze the relationship between the legal validity and binding force of moral standards and logically derived norms. In this respect, it is worth emphasizing two related issues. On the one hand, the very different nature of the social facts that are invoked as truth grounds of legal statements. Our descriptions of legal positions (e.g., duties, rights, etc.) sometimes refers to norms that are legally binding even if it is plainly true that they are not part of our legal system. On the other hand, the fact that the limits of law do not mean that law is exhausted by the explicit legal material. Sometimes it is also necessary to take into account the implicit content of law and it is not altogether clear that a satisfactory solution only refers to social facts.

I will use the *Pure Theory of Law* as an *input* of my reconstruction and Kelsen’s solutions to the above-mentioned problem will be compared with two sophisticated positivistic approaches to law and legal systems provided, respectively, by Joseph Raz and Eugenio Bulygin. However, my purpose is modest. I defend here no new approach different from the ones offered by those leading positivist philosophers, but I claim that their theories are defective because relevant aspects of the problem of alien norms are not adequately solved. Thus, my analysis is more a proposal of reorganization of our conceptual scheme than a creative solution.

⁵ For example, Nino 1995: 72.

⁶ “Alien norms” is, as it were, an egocentric expression. This terminology assumes that the norms of our own particular normative system (e.g., the Spanish legal system) are the implicit reference required by the predicate “alien”.

Both Raz and Bulygin have been inspired by Kelsen, but they emphasize different (and potentially conflicting) aspects of Kelsen's theory of legal systems⁷. For example, Raz develops certain important Kelsenian insights on the normativity of law and legal statements⁸, but he is not actually worried by the reconstruction of a genuine legal science⁹. On the contrary, Bulygin is not interested mainly in the normativity of law and, certainly, he rejects the normativity of legal statements¹⁰. Another example: Raz believes that an important task for legal philosophy is to explain the "unity of law", i.e. the systematic nature of the *entire* positive law of a particular community¹¹. On the contrary, Bulygin almost completely overlooks the problem of the unity of law¹². Rather, he mainly focuses on deductive systems as logical consequences of micro-normative bases¹³, and his remarks on the unity of legal systems are only incidental¹⁴.

Both Raz and Bulygin offer a reconstruction of the concepts of legal norm and legal system clearly different from the one articulated in the *Pure Theory*. Two issues are worth stressing: first, contrary to Kelsen, Raz and Bulygin stress the primacy of legal systems in the explanation of the nature of law. As Raz says in the introduction to his main work on legal systems¹⁵:

It is a major thesis of the present essay that a theory of legal system is a prerequisite of any adequate definition of "a law", and that all the existing theories of legal system are unsuccessful in part because they fail to realize this fact.

Second, Kelsen fails to realize that there are crucial differences between legal systems as *momentary* systems, i.e. the set of valid norms at a certain time and legal systems as the historical development of the law in a certain community (i.e., *non-momentary* legal systems)¹⁶, and he focuses only on genetic relations of validity. Raz and Bulygin claim that there is a primacy of *momentary* systems in the explanation of the identity and structure of legal systems¹⁷. For this reason, Raz attempts to

⁷ Bulygin 2015: 235-251. See also, Paulson 1996: 49-62.

⁸ Raz 1979: 148-160.

⁹ Raz 1994: 202.

¹⁰ Bulygin 2015: 136-145.

¹¹ Raz 1979: 81-105.

¹² For a criticism of this omission, see von Wright 1989: 876-877.

¹³ Bulygin 2015: 220-234.

¹⁴ Alchourrón and Bulygin 2002: 57-60.

¹⁵ Raz 1970: 2. See also, Alchourrón and Bulygin 1971. However, as Stanley L. Paulson has recently stressed, both Kelsen and Verdross also claim that the legal system determines the structure of legal norms. See Paulson 2018. Also, Verdross 1930: 1303.

¹⁶ A different explanation of the distinction between momentary and non-momentary legal systems is provided by Harris. See Harris 1979: 111 ff.

¹⁷ This distinction was introduced by Raz 1970: 34-35.

show that an entire collection of norms is unified as a momentary legal system by *operative relations* (i.e., punitive and regulative relations) and Bulygin establishes that logical consequences determine the *deductive* structure of momentary legal systems¹⁸. On both theories, genetic criteria play a marginal role in momentary legal systems, but they define the structure of non-momentary systems¹⁹. For the sake of simplicity, “momentary legal systems” will simply be called “legal systems”, while I shall not deal here with non-momentary systems.

2. Unregulated Cases and Positive Law

There is a tension between the limited number of positive norms that legal authorities can create in a certain system and the potentially infinite actions that individuals can perform in a certain community. For this reason, Kelsen²⁰ recognizes that a

minimum of liberty is inherent to legal systems because positive law can limit an individual’s freedom more or less by commanding or prohibiting more or less. But a minimum of freedom, that is a sphere of human existence not interfered by command or prohibition, always remains reserved.

To some extent, this conclusion suggests that unregulated cases are unavoidable because it makes no sense to claim that a specific norm solves each particular situation. In this respect, Honoré says: «how can legal systems be complete? Where is the inexhaustible code by which the state classifies a citizen’s conduct, after the event, as rightful or wrong?»²¹. Honoré answers this question with a distinction between “strong” and “weak” complete system. A system is strongly complete if its norms solve every problem that may occur and this ‘inexhaustible code’ could only be built with the help of a closure rule. Thus, «armed with implausible gap-filling rules of this sort, we should have a complete but inflexible system»²². The inflexibility stems from the fact that in normatively determined situations judges are not free to ignore such pre-existent legal solutions.

Honoré believes that in our real world there are no strongly complete systems. In fact, he remarks²³:

¹⁸ See Alchourrón and Bulygin 1971: 72-77. Also, Bulygin 2015: 172-173.

¹⁹ Raz 1970: 184-185; Bulygin 1991: 257-279. See also Caracciolo 1988: 68.

²⁰ Kelsen 2005: 43.

²¹ Honoré 1987: 1.

²² Honoré 1987: 29.

²³ Honoré 1987: 29.

If in the real world legal systems are complete, their completeness does not depend on the claim that the solution to every problem can be known in advance. It resides rather in the fact that the system has the resources to provide a solution to every problem. The resources available consist, of course, in the first place of rules and principles. But even together these do not suffice. [...] the rules and principles of the system have to be supplemented by brute decision making. Judges, no less than legislators and administrators, may just have to decide.

The main problem of Honoré's argument is not the odd stipulation of "weak completeness" that only seems to be an alternative description of normative gaps, but rather two dubious assumptions. On the one hand, closed systems are "inflexible" because judges have no normative powers for changing the law and solving axiological problems. On the other hand, the creation of either a strong or weak complete system would be a matter of choice, i.e. normative authorities can make a 'balance' between inflexibility and discretion and they can actually decide between the enactment of closure rules and the preservation of unregulated spaces.

Both assumptions may be challenged. For example, Kelsen offers a very different picture of the relation between completeness and judicial discretion. He emphasizes that if a conduct C is not expressly prescribed by a legal norm, C is *negatively* regulated and this means that C is a negatively permitted action²⁴. The unavoidable minimum of freedom is compatible with the completeness of law because certain actions that have not been anticipated by authorities are also legally regulated. In this respect, legal gaps are impossible insofar as every human conduct is either expressly prescribed or negatively permitted²⁵.

In order to solve possible axiological problems originated by the closed nature of legal systems, judges declare that law contains normative gaps, even if – according to Kelsen – this claim is actually just a particular legal fiction. Therefore, legal systems are (strongly) complete, but this characteristic prevents neither judicial discretion nor judicial creation of law. If Kelsen were right, law would be, by its own nature, a complete legal system. Thus, it would make no sense to claim that legal authorities can voluntarily leave certain domains of actions void of normative (deontic) qualification. Irrespective of authorities' decisions, every action would be either positive or negatively regulated.

Two reasons ground Kelsen's rejection of legal gaps. On the one hand, the fact that every action is either expressly regulated or negatively permitted and, on the other hand, the fact that positive law can always be applied to a concrete case. As is well known, in his reconstruction of legal gaps, Kelsen argues against the "traditional theory". According to this theory, the legal system «is not applicable in a

²⁴ Kelsen 2005: 16.

²⁵ Kelsen 2005: 245-246.

concrete case if no general norm refers to this case; therefore the court is obliged to fill the gap by creating a corresponding norm»²⁶.

Such a theory also subscribes to another controversial thesis: the necessity of an evaluative argument in order to distinguish between legal gaps and irrelevant cases²⁷. This is precisely the problem of the unregulated case and a radical solution to this problem of demarcation is to “cut the Gordian knot”, i.e., to deny the existence of legal gaps. As Alchourrón and Bulygin explicitly claim, this is the position adopted by Kelsen. The Argentinian legal philosophers also regret that Kelsen does not distinguish between axiological gaps and other evaluative problems; consequently, he cannot see the special role played by the notion of relevance in the application and change of legal norms²⁸.

Both criticisms seem to me unwarranted. Alchourrón and Bulygin do not mention the evaluative problems that Kelsen confused with the so called “axiological gaps” and it seems unjustified to assume some mistake in his approach without other arguments. At the same time, in the *Pure Theory of Law* there are no references to the separation between normative gaps and other unregulated cases²⁹. Rather Kelsen criticizes the traditional theory for a very different reason. He points out³⁰:

the legal order permits the behavior of an individual when the legal order does not obligate the individual to behave otherwise. The application of the valid legal order is not impossible in this case in which traditional theory assumes a gap. The application of a single legal norm, to be true, is not possible but the application of legal order [...] is possible.

Thus, Kelsen only claims that there are no legal gaps because judges apply the legal order when they recognize that expressly unregulated actions are negatively permitted. Kelsen does not reject the existence of normative gaps *because* this would be the best alternative to the confusion between conceptual and axiological levels.

However, two problems with Kelsen’s solutions are worth mentioning.

On the one hand, actions that are not positively regulated (that is, those actions that the law allows negatively) are practically innumerable and their legal relevance depends on highly heterogeneous factors. In particular, the class of negatively permitted actions includes two kinds of different situations. First, irrelevant behavior (e.g., moving the pinkie, choosing a place for vacations, etc.) that the law does not

²⁶ Kelsen 2005: 246.

²⁷ Alchourrón and Bulygin point out that this controversial thesis stems from confusion between conceptual and axiological problems. See Alchourrón and Bulygin 1971: 110.

²⁸ Alchourrón and Bulygin 1971: 113-114.

²⁹ See Kelsen 1992: 84-86 and Kelsen 2005: 245-250. See also Kelsen 2006: 146-149.

³⁰ Kelsen 2005: 246.

regulate and it does *not intend to regulate* (henceforth, Cases ~IR). Second, other actions and cases that the law does not regulate because normative authorities voluntarily left them unregulated. They are cases *intentionally not regulated* (or Cases I~R) because they are part of a sphere of individual autonomy (for example, actions assumed voluntarily as binding in the context of private institutions or transactions). For this reason, it would be better, as Joseph Raz occasionally suggests³¹, to reject the idea that the law regulates those conduct that it has simply not prohibited and to elaborate a finer typology of unregulated cases.

On the other hand, if the law (positively or negatively) regulates all actions, then it is more difficult to capture the differences between closed and open normative systems³². This distinction is blurred if we assume that unregulated cases are also negatively permitted and the thesis of the limits of law (at least, the version drawn by the unregulated cases thesis) would be abandoned because no case would be outside the limits of legal systems. This is tantamount to saying that by its own nature law is a closed legal system and it always regulates every possible case.

The debate about the open or closed nature of legal systems has been largely related to the controversy about the logical necessity of closure rules that ensure a legal solution to any possible case, e.g., a rule according to which everything that is not prohibited is permitted. Thus, it could be said that *logically* closed systems contain such a rule, and *logically* open systems are defined by the absence of a closure rule³³.

The main difference between closed and open systems is that the former are necessarily complete, while completeness is only a contingent feature of the latter. In other words, closure is stronger than completeness. In the case that an open system contains a normative gap, we find “empty spaces”, i.e. cases and actions that legal authorities have not expressly qualified. Nevertheless, it is clear that the absence of a legal regulation says nothing about the solutions provided by other non-legal norms. In particular, alien norms could be legally binding and they could determine a right legal answer to an unregulated dispute. Moreover, in certain cases alien norms prevail over our own valid norms in regulated cases. In this respect, legal systems are open normative systems, but in a very different sense than the one previously considered (i.e. logically open/closed systems): they are open systems because they “validate” alien norms.

In order to avoid confusions with *logically* open (closed) systems, I will say that law is a *normatively* open system because its norms provide binding force to alien norms. Logically open systems and normatively open systems are independent con-

³¹ Raz 1979: 117. In Raz 1979: 73-80, Raz denies that there are gaps when “law is silent” because closure rules prevent this kind of indeterminacy, but he stresses that other type of normative indeterminacies arises when law speaks with “uncertain voice”, i.e. in cases of vagueness or conflicts between legal reasons.

³² Von Wright 1968: 85. Alchourrón and Bulygin 1971: 116-119.

³³ Alchourrón and Bulygin 1971: 144.

cepts that can be used for analyzing different types of limits of law. On the one hand, law is limited if and only if it does not regulate all possible cases, but, on the other hand, law is limited if and only if it does not include all legally binding norms. According to this second proposition, a deontic modality imposed by a logically closed system could be replaced by a solution provided by an alien norm. Consequently, it is worth considering whether the thesis of the social sources is compatible with the reconstruction of law as a *normatively* open system.

According to Raz³⁴:

A normative system is an open system to the extent that it contains norms the purpose of which is to give binding force within the system to norms which do not belong to it. The more ‘alien’ norms are ‘adopted’ by the system the more open it is. It is characteristic of legal systems that they maintain and support other forms of social grouping. Legal systems achieve this by upholding and enforcing contracts, agreements, rules, and customs of individuals and associations and by enforcing through their rules of conflict of laws the laws of other countries, etc.

This perspective on the function of legal systems helps us to understand some consequences that stem from different types of unregulated cases. On the one hand, “Cases ~IR” or simple irrelevant cases, e.g. the movement of the pinkie. On the other hand, “Cases I-R”, i.e. cases legally unregulated but determined by solutions that stem from other normative contexts recognized by our legal system, e.g. contracts, agreements, etc. In Cases I-R, no discretionary decision is allowed, but rather judges have to enforce such alien norms created by private associations or persons (i.e., not legal authorities). Thus, although a certain action A is not regulated by a specific valid legal norm, its “negative permission” guaranteed by the legal system is replaced by another privately created norm. The obligation that this last norm imposes is relative only to individuals that have voluntarily assumed such a normative regulation.

How can we distinguish between both types of cases? It seems to me that it makes no sense to separate them “in advance”, as it were. For example, the color of my vehicle is irrelevant and if my neighbor says that it has to be painted according to his own tastes, judges need no special legal reason for rejecting such a demand. The claim would be a “Case ~IR” type. But let me slightly modify the example. Suppose that I sell my car to my neighbor and in our contract we agree that it has to be painted with a specific color. Now, there is a legal reason for enforcing my neighbor’s claim and consequently the case becomes a “Case I-R” type. Both types of cases are legally unregulated ones, but from this fact nothing can be inferred about the necessity of judicial discretion.

³⁴ Raz 1979: 119.

It is clear that the problem of unregulated cases arises only in relation to irrelevant cases because (i) they are unregulated ones, (ii) no external or alien normative standard provides a right solution, and at the same time, (iii) legal philosophers disagree on the necessity of a discretionary judicial solution to this type of cases, even if they can agree on the fact that legal gaps need a discretionary decision. Thus, the problem of the unregulated cases turns to be the problem of the scope of judicial discretion. In the next section I will explore this idea at some length.

3. The Problem of Unregulated Cases

In general, the problem of unregulated cases is the scope of judicial discretion. Traditionally, legal positivists claim that in cases of legal gaps judges interstitially create new law, but as has been shown above, there are other innumerable unregulated situations (e.g., \sim IR or I \sim R cases) that are not discretionally solved. Thus, how could legal gaps be separated from those unregulated cases? A well-known answer is as follows: legal gap is an evaluative concept; its reference cannot be established without a moral argument. For example, according to Soeteman³⁵,

The question whether a gap exists is, however, a question of valuation: it considers whether the conflict of interests has indeed not received attention and whether the consequence to the latter is that the giving of norms or more specific norms has *wrongfully* been omitted.

Therefore, legal gaps are *something more* than unregulated cases and the distinction between both types of situations would not depend on social facts, but rather on a certain evaluation of them. In this respect, many legal philosophers attempt to provide a general evaluative criterion that captures whether a certain situation is either a merely unregulated case or a legal gap. For example, Juan Ruiz Manero claims that law includes not only expressly enacted norms but also underlying reasons (or principles) that justify these norms. Explicit norms only provide prima facie solutions, but conclusive or definitive regulations are given by the balance of prima facie legal materials (i.e., explicit norms, principles, etc.). Although Ruiz Manero agrees with the idea that a (prima facie) legal gap is an unsolved generic situation, he adds that in cases of *genuine* legal gaps the balance of underlying reasons conclusively prescribes the relevant action as obligatory or forbidden³⁶. In other words, there are genuine gaps because there are reasons of principle that indicate a conclusive mandatory solution to a certain unregulated case. Thus, in cases of

³⁵ Soeteman 1989: 137-138.

³⁶ Ruiz Manero 2005: 123.

genuine legal gaps, law fails to solve a case that it *intends* to regulate, but in merely unregulated cases there are no failure.

I cannot offer here a detailed analysis of Ruiz Manero's reformulation, but I will stress three odd consequences. First, in this new reconstruction legal gaps are no longer connected to judicial discretion because in cases of genuine gaps judges have to apply the norm that stems from the balance of underlying reasons. As in other unregulated cases, there is no room for judicial discretion, his proposal is actually a rejection of judicial discretion *tout court*.

Second, Ruiz Manero rejects a permissive norm as an adequate result of the balance of reasons in unregulated cases. His argument seems to be that permissive norms do not make practical differences in relation to the addressee's behaviors, and it makes no sense to allow something that is already (weakly) permitted³⁷. However, this proposal cannot explain certain significant legal disagreements. Let me illustrate this criticism with a famous example taken from *Normative Systems*, referring to the restitution of a real state. In the first chapter of this book, Alchourrón and Bulygin show that the articles 2777 and 2778 of the old Argentinean Civil Code did not regulate certain case of the eight elementary cases of the universe of relevant cases³⁸. As is well known, these cases are formed by the combination of three properties: good faith of the transferor, good faith of the present holder, and the onerous character of the act of assignment (so-called "consideration"). Both articles provided no solution to the first case defined by the presence of the three above-mentioned properties, but in the other seven cases lawyers regarded restitution as obligatory. As Alchourrón and Bulygin stress in the Spanish version of their book, in this case, two famous Argentinian lawyers (e.g., Allende and Molinario) disagreed on the legal solution³⁹. On the one hand, Allende said that the restitution is not obligatory, but Molinario claimed that the actual holder must retribute the real state. I am not interested in their arguments, but in the fact that Ruiz Manero cannot identify such a case as a genuine legal gap. If Allende was right, the balance of underlying reasons results in the permission of the relevant action. But, according to Ruiz Manero, if a permission is the conclusive result of the balance of reasons the situation is no a legal gap, but an irrelevant case. On the contrary, if Molinario was right, the restitution would be obligatory, but this means that the eight cases of the universe UC would be solve with the same solution. The normative system would have become a categorical system, its eights cases would have also become irrelevant and no gap would arise because categorical norms regulate every possible case.

Finally, in Ruiz Manero's approach, the balance of reasons is understood in an "objective" sense. In his opinion, legal disagreements like the above mentioned be-

³⁷ Ruiz Manero 2005: 123-124.

³⁸ Alchourrón and Bulygin 1971: 18-21.

³⁹ Alchourrón and Bulygin 1974: 47-48.

tween the Argentinean lawyers (i.e., Molinario and Allende) are not a controversy about what the law ought to be, but rather it is a discrepancy about what the law actually is⁴⁰. Thus, although legal answers are not explicitly established in positive norms, law objectively imposes a solution as the result of the balance of underlying reasons. Judges have no discretion because they must discover the implicit right answer and, for the same reason, we must conclude that there is no legal gap.

It must be kept in mind that evaluative approaches to legal gaps attempt to find a philosophical criterion for dealing with (unrestricted) judicial discretion. Contrary to these approaches, Alchourrón and Bulygin favor a reconstruction of legal gaps only in neutral terms, i.e., a concept that can be applied without any evaluative reasoning. Paradoxically, they occasionally confuse normative gaps and unregulated cases. For example, in his reply to Fernando Atria, Bulygin says that «many of the possible actions and possible cases do not interest the law, which does not intend to regulate them and which, therefore, are not considered normative gaps»⁴¹. However, in a reply to Opalek and Wolenski, Alchourrón and Bulygin analyze a situation where actions p and $\sim p$ belong to the unregulated sphere and they say⁴²:

There is no norm concerning p or $\sim p$; both p and $\sim p$ are not regulated: both belong to the extranormative sphere. Both are weakly permitted (= non prohibited). The system is incomplete regarding p and $\sim p$.

The most interesting characteristic of complete systems is the fact that legal systems are complete when every possible maximal solution is entailed or excluded by their norms for each elementary case. However, from the fact that we can prove in each elementary case of a certain Universe of Cases that every maximal solution, e.g. OR (or its contradictory solution \sim OR) is implied by the norms of a certain system S, nothing follows in relation to another independent action. Thus, a complete system S in relation to an action A is always incomplete in relation to another action B.

This is a new and more general concept of legal gap because it is no longer restricted to a specific universe of actions. Let me suppose that norms of a system S only regulate an action q , but say nothing about another action p . The action p belongs, as well actions $p_1, p_2 \dots p_n$, to the extranormative sphere and, contrary to Alchourrón and Bulygin, it seems to be unnatural to say that S is incomplete in relation to this other set of infinite actions. Otherwise, from the fact that a certain criminal offence CO is not regulated by the norms of the Civil Code, it follows that (i) CO belongs to the unregulated extranormative sphere and (ii) Civil Law

⁴⁰ Ruiz Manero 2005: 111-112.

⁴¹ Bulygin 2005: 39.

⁴² Alchourrón and Bulygin 1984: 362. The same argument is repeated in Alchourrón and Bulygin 1988: 234-235.

is incomplete because it does not apply to CO. Rather, the controversy about the unregulated cases and the limits of law seems to refer to all the valid norms of the entire legal system. In other words, the ordinary understanding of “extranormative sphere” refers to situations that *entirely* escape from legal regulations. In this respect, the limits of legal systems are also the limits of law.

The problem of the reconstruction that Alchourrón and Bulygin offered of the relation between extranormative spheres and incomplete systems is more than a linguistic inaccuracy; it is an implicit rejection of a very important thesis of *Normative Systems*: the contingency of legal gaps⁴³. Legal systems either contain or do not contain a rule of closure. *Tertium non datur*. In the first case, no legal gap arises because every action is implicitly regulated. In the second case, a normative system is always an incomplete one because positive norms can regulate only a limited (restricted) set of actions.

It must be pointed out that even if a normative system is always incomplete in the new, more general sense, no conclusion on the judicial discretion can be drawn from this rather odd meaning of incompleteness. An action belonging to the extranormative sphere can be so irrelevant that judges have no discretion for modifying its permitted status. Moreover, according to Alchourrón and Bulygin, lawyers are not interested in the systematization of the entire legal order (henceforth, “the *total* system”). Rather, legal gaps are relative to a *partial* system or a portion of all valid legal norms. So, we need to distinguish between partial systems, total systems and the extranormative sphere. It could be true that the partial system S, composed only by norms N_1 and N_2 , is incomplete in a case C owing to S does not regulate R in a relevant case and, at the same time, it could be false that R belongs to the extranormative sphere because other valid norms in the total system, e.g., N_3 , provides a solution to R in C. For example, Alchourrón and Bulygin show that the articles 2777 and 2778 of the old Argentinian Civil Code do not regulate certain elementary case of the relevant universe of cases, but they add⁴⁴:

Of course, to say that the system [...] constituted by 2777 and 2778 is incomplete is not equivalent to asserting that the Civil Code is incomplete. It may well be that some other paragraph of the Code provides a solution for those cases to which we can find no solution in 2777 and 2778.

I agree with Alchourrón and Bulygin that a gap in the partial system says nothing about gaps in the total system, but the remaining problem is the connection between legal gaps and the judicial creation of law. If the existence of a legal gap in a partial system does not guarantee that a certain case is legally unregulated, then we

⁴³ Alchourrón and Bulygin 1971: 117.

⁴⁴ Alchourrón and Bulygin 1971: 19-20.

have no reason for accepting that in this case judges discretionally create new law.

Finally, I reject the idea that an evaluative general criterion for distinguishing legal gaps and unregulated cases can be discovered by legal philosophers. However, as Alchourrón and Bulygin have made clear, in a restricted sense the distinction between legal gaps and other unregulated cases depend on valuations, but the only relevant valuations are those made by positive legal authorities⁴⁵. From a legal point of view, the relevance of an action is always related to a set of cases (i.e., a Universe of Properties)⁴⁶. For example, legislators believe that a certain action A must be regulated and they correlate A with a set of circumstances that make a deontic difference; they create general norms that regulate this action in a certain universe of cases UC. As nothing can guarantee that in a particular generic case belonging to UC a solution is positively provided by enacted norms, there could be a normative gap. Thus, normative gaps only arise in a context of circumstances previously evaluated by legal authorities and, in such cases, judicial decisions are discretionary.

Leaving aside categorical normative systems, we could say that many actions (perhaps, an infinite number) are irrelevant because they have not been selected as relevant by legal authorities. These actions are merely unregulated ones and no judicial discretion is necessary in order to provide a solution to them. As it is clear, the extension of the class of unregulated cases depends on the extension of the class of regulated ones. Therefore, in order to identify an unregulated case, it is necessary to take previously into account the evaluations made by normative authorities.

4. The Problem of the Alien Norms

In a normatively closed legal system S, the *origin* or *pedigree* of alien norms (not their contents) explains why they cannot be invoked as legal justification in S. As they are invalid in relation to our own system, we need not pay attention to their content in order to discard them as adequate legal solutions. At the same time, the moral content of a certain *valid* norm plays no special role in the explanation of its legal force. Rather, the main reason for regarding it as an adequate legal justification is a peculiar *fact*: its membership in a certain system.

How could the *fact* that a norm belongs to a certain set be relevant in the sense that it makes a practical difference between norms? Why is the membership in a legal system – instead of its binding force – a fact that makes certain legal state-

⁴⁵ This solution is implicit in Alchourrón and Bulygin's *Normative Systems*, although they do not mention the irrelevance of *actions*. They only characterize *properties* as irrelevant in relation to cases and actions. See Alchourrón and Bulygin 1971: 101-102.

⁴⁶ This means that there are no categorical general norms in the legal domain. See for example, Kelsen 2005: 100-101.

ments true? Two radical answers are worth mentioning. On the one hand, Dworkin claims that we could understand better the normativity of law if the systematic reconstruction of law were abandoned⁴⁷. On the other hand, Bulygin maintains that «the problem of membership is absolutely independent of any speculation about the binding force of legal norms»⁴⁸.

As is well known, Kelsen rejects these radical solutions. He offers a complex answer that attempts to preserve not only the relevance of membership in a legal system but also the normative force of binding laws. Thus, Kelsen dissolves the problem of the binding force of alien norms, although he pays a conceptually high price. He rejects that invalid norms (and, by implication, also alien norms) could be legally binding. According to his approach, the only relevant fact for explaining legal force is the membership in a legal system and alien norms are legally binding only to the extent that they are not really “alien” ones. So, neither the thesis of the social sources, nor the thesis of the limits of law is threatened because judges actually justify their decisions in norms of their own systems. This solution deserves a closer inspection⁴⁹.

The recognition of foreign norms in cases regulated by Private International Law is the paradigmatic mechanism for dealing with the legal force of alien norms. In such cases, the norms of an alien State are applied by judges of our own legal system. However, in his *General Theory of Law and State*, Kelsen claims⁵⁰:

The essential point of the problem seems to be the application of the law of one State by the organs of another State. But, if the organ of a State, bound by the law of this State, applies the norm of a foreign law to a certain case, the norm applied by the organ becomes a norm of the legal order of the State whose organ applies it.

And, he adds⁵¹:

The rule obliging the courts of a State to apply norms of a foreign law to certain cases has the effect of incorporating the norms of the foreign law into the law of this State. Such a rule has the same character as the provision of a new, revolution-established constitution stating that some statutes, valid under the old revolution-abolished constitution should continue to be in force under the new constitution. The content of these statutes remains the same, but the reason for their validity is changed.

⁴⁷ Dworkin 1967: 45-46.

⁴⁸ Bulygin 2015: 247.

⁴⁹ A complete reconstruction of Kelsen’s solutions to the problem of the validity and binding force of legal norms must take into account the role played by the Basic Norm. I cannot revise such a doctrine here. See Paulson 2000: 279-293.

⁵⁰ Kelsen 2006: 244.

⁵¹ Kelsen 2006: 244.

This solution is grounded on two intertwined reasons. First, the unity of a system requires normative coherence. There can be neither extra-systematic nor intra-systematic normative conflicts. In particular, valid norms cannot contradict each other without destroying the systematic unity. Second, there is a conceptual relation between the force of legal norms and their membership in a legal system. According to Kelsen, validity *is* ‘binding force’ and norms are valid if and only if they belong to a particular legal system. In the case of Private International cases, the reason for the validity of a foreign norm N_F is not a norm of our own system. So, we face a dilemma: on the one hand, N_F would be a binding norm without a legal ground for its validity, or, on the other hand, our judges are legally obliged by an external or alien legal system. The first horn destroys the dynamic relation of validity and the second horn destroys the unity of the law. Kelsen avoids the dilemma with the fiction of a re-enactment of a new norm with the same content than foreign norms.

In a famous paper on the relation between international law and municipal law, Hart persuasively criticizes Kelsen’s ideas on the unity of legal systems⁵². It makes no sense to repeat here his arguments, but let me briefly explore one criticism that Hart did not mention in his paper.

In Kelsen’s reconstruction of Private International Law cases, three general norms play a decisive role⁵³. The first is the foreign norm (i.e., N_F); the second is the criterion of applicability (i.e. N_{CA}) of alien norms, that is, «the rule obliging [...] to apply norms of a foreign law». Finally, there is a new valid norm (i.e., N_N); it is created by judges and has the same content than the foreign norm N_F . Kelsen says that «strictly speaking, the organ of a State can apply only norms of the legal order of its own State»⁵⁴, so norms like N_N are foreign only with respect to its content, but not regarding the reason for its validity.

However, the preservation of the systematic unity is threatened by this strategy. As foreign norms often regulate actions and institutions (e.g. marriage) differently from our own norms, the reproduction of the content of foreign norms in a new own norm N_N could be in contradiction with the content of another own norm N_L . Therefore, the problem of the “inter-systematic” antinomies is reproduced at an internal level because it is possible (and highly probable) that the creation of a new norm leads to an “intra-systematic” conflict.

Let me now consider the equivalence between legal validity and binding force.

As is well known, Kelsen does not accept the existence of invalid norms, or norms that are in conflict with higher norms because norms are valid only if they

⁵² Hart 1983: 309-342.

⁵³ There is also an individual one, i.e. the judicial decision of the case, but since the validity of this norm is not in question, I will not discuss here its membership into the legal system. Bulygin denies that individual norms like judicial decisions are valid norms (i.e., part of the legal system). See Bulygin 1991: 262.

⁵⁴ Kelsen 2006: 244.

are created according to higher norms, e.g. constitutional norms. Thus, to say that there are unconstitutional norms is a “contradiction in its own terms”. But as it is obvious that a Parliament may issue a norm in conflict with the constitution, Kelsen is forced to assume that a tacit authorization in higher norms confers validity to “unconstitutional” inferior norms. Many legal philosophers have shown that such a solution is incompatible with some basic aspects of the own *Pure Theory* and it is not necessary to revise here their criticism⁵⁵.

Bulygin offers a solution to this Kelsenian puzzle. He points out that it is necessary to distinguish clearly between membership in a legal system (the validity of a norm) and applicability (the binding force of a norm) to a particular case⁵⁶. A norm N_1 belongs to a legal system if and only if it has been issued by a competent authority and its competence is relative to another higher norm N_2 . This higher norm is the reason for the validity of N_1 . In turn, a norm N_1 is applicable if and only if judges are obligated by another norm N_2 to apply N_1 to a certain case C. Thus, it can be said that N_2 provides a “criterion of applicability” in the legal system. Validity and binding force refer to a relationship between hierarchically ordered norms (e.g., N_1 and N_2), but there is no necessary coincidence between membership and applicability. An applicable norm may no longer be valid in the system (cases of ultra-activity of a norm) and it may also occur that a valid norm in the system is not yet applicable (*vacatio legis* cases).

This proposal is attractive because it allows analyzing the role sometimes played by invalid norms in the justification of judicial decisions and, at the same time, it seems to avoid Kelsen’s problematic solution (i.e. the recognition of a tacit alternative clause). Nevertheless, I would like to revise some problematic consequences that follow from Bulygin’s reconstruction.

First, Bulygin stresses that⁵⁷:

The distinction between valid and invalid norms is relevant above all for the problem of the annulment of norms. Invalid norms cannot only be derogated; they can also be annulled. Nevertheless, invalid norms are binding if they have not been annulled.

Annulment and derogation can be regarded as different legal techniques for eliminating the validity and binding force of legal norms. It is obvious that valid norms as well as invalid norms can be derogated and annulled. This is tantamount to saying that both valid and invalid norms are legally binding if they have not been derogated. As these two classes are exhaustive of the universe of legal norms, it

⁵⁵ See for example, Vernengo 1960: 207 ff., Nino 1985: 32 ff., Ruiz Manero 1990: 51 ff., Bulygin 1995: 16 ff.

⁵⁶ Bulygin 2015: 82-83.

⁵⁷ Bulygin 2015: 84.

follows – as Kelsen claims by means of his theory of alternative clause – that every non-eliminated legal norm is binding⁵⁸. In this respect, the distinction between validity and applicability does not help us to understand better these aspects of legal dynamics⁵⁹.

Second, derogation plays two functions: on the one hand, it affects the membership in a legal system, i.e. it eliminates a norm from the legal system and, on the other hand, it cancels the binding force of legal norms in future cases. In the *Pure Theory*, these functions are intrinsically related to each other, but in Bulygin's approach the relation is more complex. In general, Bulygin claims that derogation is the elimination of a norm from the legal system⁶⁰, and he argues against an "alternative explanation" of the connection between derogation and applicability. According to this alternative, a norm is a member of a system so long as it is applicable:

Thus, a derogated norm – provided it is still applicable to certain cases – has not been eliminated from the system. It continues to be a member of the system although its applicability has been restricted by derogation to a more limited range of cases.⁶¹

Bulygin offers several arguments against this reconstruction. For example, he points out that membership has conceptual primacy over the applicability because it is not possible to identify the applicable norms previously identifying the applicability criteria that are part (are valid) in the legal system. However, if derogation is mainly the elimination of norms from a certain system, it seems that it makes no sense to derogate invalid norms. Invalid norms are not part of the legal system, so they cannot be eliminated by means of derogation. This reconstruction is at odds with our legal practice since it is sometimes the case that a Parliament derogates unconstitutional norms. Moreover, the derogation of a certain norm N can be a political and legal change motivated by a judicial decision that declares N unconstitutional⁶². What is the effect of such derogation? Bulygin says that unconstitutional norms are not valid, then an unconstitutional norm cannot be "expulsed" from the legal system, but N has also been deprived of applicability as a consequence of a judicial decision on its constitutionality. So, the conclusion seems to be baffling:

⁵⁸ See Comanducci 1997: 165-182.

⁵⁹ A detailed analysis of this problem can be found in Rodríguez, Orunesu and Sucar 2001: 11-58. See also, in the same volume, Guastini 2001: 59-63.

⁶⁰ Bulygin 2015: 172.

⁶¹ Bulygin 2015: 184.

⁶² For example, in 1986 the Supreme Court of Argentina declared unconstitutional an article of the Law of Civil Marriage (1888) that forbids new marriages after divorce. Eight months later, in 1987, the Argentinian Parliament derogated this regulation and promulgated a new law that recognized divorce as a right to marriage again.

although derogation is essential in legal dynamics, it affects neither the membership nor the applicability of the unconstitutional norm.

Against this it could be argued that when a law is declared “unconstitutional”, it is declared inapplicable only to a particular case (at least, in the Argentinean legal system) and its derogation eliminates its applicability to future cases. However, contrary to Bulygin’s assumption, this reply assumes that derogation, at least in certain cases, does not eliminate the membership of a norm in the legal system (unconstitutional norms are not part of the system), but it only affects its binding force.

Finally, Bulygin does not explain why invalid norms are binding until they have been either derogated or annulled. In a decentralized system of constitutional control, it makes no sense to claim that there is a criterion that confers applicability to every invalid norm and, to the extent that they are not part of the legal system, it seems that the most intuitive conclusion is the rejection of the binding force of invalid norms. There is no need of a general criterion of applicability for invalid norms, even though in some exceptional circumstances, a specific criterion of applicability confers binding force to invalid norms.

To sum up: on the one hand, Kelsen cannot provide a sound reconstruction of the binding force of alien norms because he believes that only valid norms are binding. On the other hand, Bulygin also fails in his reconstruction because he claims that all invalid norms are binding (until their derogation or annulment). Although the distinction between validity and applicability is a useful conceptual tool, a further improvement seems to be necessary in order to explain the binding force of alien norms.

5. The Limits of Law and the Incorporation of Morality

Perhaps, incorporation of morality is the most controversial topic on the reception of alien norms. Inclusive legal positivists, for example, often claim that specific references to morality that we find in our legal systems incorporate moral norms into them. Joseph Raz illustrates this claim in the following way⁶³:

The first amendment of the US Constitution says, among other things, that ‘Congress shall make no law [...] a bridging the freedom of speech’, assuming, as it is generally assumed, that the freedom of speech referred to in it is not the freedom of speech existing in the common law before the passing of the Bill of Rights, but a moral right to free speech. This Amendment, too, is often taken as an example of the incorporation of morality by law.

⁶³ Raz 2009: 193.

From a historical point of view, inclusive legal positivism was developed as an answer to Dworkin's emphasis on the role played by legal principles⁶⁴. However, in a book published more than twenty years before the Dworkin's seminal paper⁶⁵, Joseph Esser defended that moral principles are part of the legal systems⁶⁶, and Kelsen, in a specific chapter of the *General Theory of Norms*, offers a detailed reply to the so-called Esser's "Transformation Theory"⁶⁷. Kelsen makes clear that the controversy on the validity of *legal* principles does not refer to the fact that legislators – motivated by their acceptance of some moral principles – often issue general norms that reproduce the content of those principles. Rather, the problem is whether we must accept the legal force of certain principles because their contents are morally justified.

Kelsen stresses that there is an intrinsic relation between "legal" principles and positive law and, in particular, that no ethical-political principle would be a legal one unless positivized by a legal authority. Where Esser wonders «Where do legal principles get their character as positive law»⁶⁸, Kelsen answers⁶⁹:

That presupposes that principles can be *legal* principles even before they are positive law. They can be "legal" principles only in the sense of Natural Law. But if one rejects Natural Law doctrine, as Esser does, one can only ask when a principle can be called a "legal principle".

Later, he adds⁷⁰:

That principles of morality, politics, and manners are "incorporated" by law-forming acts can only mean that legal norms created by law-forming acts agree – in virtue of their content – with these principles. But that is no reason for considering these principles to be positive law.

The connection between legal principles and positive law is even more clearly expressed in the analysis of the reasons for the validity of a judicial decision that "adopt" a moral principle. In this respect, Kelsen points out⁷¹:

The judicial decision in a concrete case which is not the application of an already valid, materially determinate general legal norm can be influenced by a principle of

⁶⁴ See for example, Waluchow 1994.

⁶⁵ Dworkin 1967: 14-46.

⁶⁶ Esser 1956.

⁶⁷ Kelsen 1991: 115-122.

⁶⁸ Esser 1956: 132.

⁶⁹ Kelsen 1991: 117.

⁷⁰ Kelsen 1991: 118.

⁷¹ Kelsen 1991: 115.

morality [...] The reason for the validity of this decision is the formal positive-law principle concerning *res judicata*, and not the principle of morality, politics, or manners, influencing the decision. There can be no question of ‘decisions of principle’... in the sense that the court applies a principle of morality, politics, or manners as it does a positive general norm. For it is only the later and not the principle which can be the reason for the validity of judicial decision. In virtue of the fact that similar cases are regularly decided in similar ways and become valid in virtue of the principle of *res judicata*, a general norm is created whose content agree with the principle which influenced the decision. But even then, the principle of morality, politics, or manners with which the content of the general norm agrees remains a norm different from this general legal norm.

There is a striking similarity between Kelsen’s solution to the binding force of legal principles and the recognition of foreign norms. In both cases it is stressed the fact that no norm is legally binding unless it is also part of the legal system. As I have advanced certain doubts on Kelsen’s solution to the problem of the reception of foreign norms, it would be appropriate to consider another explanation of the binding force of moral norms. For this reason, I will briefly revise Raz’s solution to this problem.

Although the existence of a rational (critical) morality does not play a major role in Kelsen’s analysis of legal principles, the objectivity of morality makes an important difference in Raz’s rejection of the incorporation of moral norms into legal systems. In other words, the problem is the connection between legal references to morality (e.g., cruel punishment) and “true” moral principles⁷².

Contrary to Kelsen, Raz denies that an explanation of the binding force of morality depends on the incorporation or re-enactment of moral principles into the legal systems. In particular, Raz states⁷³:

I believe that so-called ‘incorporating’ reference to morality belongs, with conflicts-of-law doctrines, to a non-incorporating form of giving standards legal effect without turning them into part of the law of the land.

However, can the analogy between morality and alien laws explain the binding force of moral norms? It must be kept in mind that Raz identifies two types of alien norms⁷⁴:

Norms are ‘adopted’ by a system because it is an open system if and only if either (1) they are norms which belong to another normative system practiced by its norm-

⁷² As Raz says: «“Morality” is used to refer only to true or valid considerations. In saying this, I merely clarify the sense in which I will use the term». Raz 2009: 186.

⁷³ Raz 2009: 195. See also, Raz 1979: 46.

⁷⁴ Raz 1979: 120.

subjects and which are recognized as long as they remain in force in such a system as applying to the same norm-subjects, provided they are recognized because the system intends to respect the way that the community regulates its activities, regardless of whether the same regulation would have been otherwise adopted, or (2) they are norms which were made by or with the consent of their norm-subjects by the use of powers conferred by the system in order to enable individuals to arrange their own affairs as they desire. The first half of the test applies to norms recognized by the rules of conflict of laws, etc. The second part of the test applies to contracts, the regulations of commercial companies, etc.

To be sure, Raz would not place morality next to the norms of the second group since the reason for adopting them is that they are voluntarily made by certain individuals in order to develop their autonomy. Law confers discretion on them by designing such normative contexts and helps for enforcing such voluntary agreements. However, morality also aspires to regulate actions that individuals do not want to carry out. For this reason, it seems more natural to equate the adoption of moral standards only with the “reception” of foreign law. In this respect, Raz says⁷⁵:

while the rule referring to morality is indeed law (it is determined by its sources) the morality to which it refers is not thereby incorporated into law. The rule is analogous to a ‘conflict of law’ rule imposing a duty to apply a foreign system which remains independent of and outside the municipal law.

However, Raz limits the remission to foreign norms of other systems effectively practiced (in force) in a community and this requirement is not necessarily satisfied by the norms of objective morality. Moreover, in international law we defer to other systems as a way of expressing a certain respect for the norms practiced in a foreign community because we recognize that individuals had good reasons to perform certain acts and comply with certain formalities (e.g., getting married according to certain rites, publicizing certain acts, etc.). This allows Raz to point out that the adopted norms are binding even though in our community we would have chosen to regulate the behavior in another way and also grant that the “openness” of a system is not necessarily a laudatory property since adopted norms may be wrong. Of course, these distinctions are perfectly natural in the recognition of foreign law, but completely inappropriate to account for the binding force of morality. First, objective morality is not contextually dependent and this implies that something cannot be morally appropriate in one community, but morally incorrect in another. Second, it is not possible to adopt wrong moral standards since they are simply not part of objective morality.

The solution to these deficiencies is apparently simple: it would be necessary

⁷⁵ Raz 1979: 64.

to add a new criterion according to which a legal system is open when it recognizes the validity of the moral standards to which it refers through its sources. But what is the point of stipulating this criterion? Would not be a circular reasoning to argue that the thesis of sources explains why morality is not part of the law and, simultaneously, argue that morality is not part of the law precisely because it does not satisfy that thesis? I will not answer these questions here, but I conclude that neither Kelsen nor Raz provide a convincing explanation of the binding force of moral norms.

6. Social Sources and the Incorporation of Logical Consequences

One of the most important changes in the development of the *Pure Theory of Law* is the rejection of the application of (certain) logical principles to law. More precisely, in his *General Theory of Norms*, Kelsen denies two specific theses: (i) the conflict of legal norms is a kind of logical contradiction and (ii) there could be a relation of logical entailment between norms⁷⁶. This important shift in Kelsen's ideas completes another change referred to the nature of norms. In the first period of the *Pure Theory*⁷⁷, there is no a clear distinction between legal norms and propositions, thus the relation between law and logic is not put into question. In the second edition of the *Pure Theory* there is a tension between norms and propositions that are partially hidden by the fact that Kelsen claims that logic principles can be indirectly applied to legal norms. However, in his last writings, Kelsen concludes that (i) norms are prescriptive statements (i.e. they are neither true nor false propositions), (ii) logical principles only apply to descriptive (i.e., true or false) propositions, and (iii) there is no logic of norms (i.e., logical principles cannot be applied to norms). Thus, at the end of his life, Kelsen stresses that only positive laws belong to a legal system and no law is a positive one if it is not created by an explicit act of will ("No imperative without emperor").

Admittedly, Kelsen is not a logician and many details of his arguments need to be drastically improved, but his intuitions on the connection between law and logic are still inspiring. For example, in 1991 von Wright wrote⁷⁸:

I came to think that logical relations such as contradiction and entailment could not hold between (genuine) norms and that therefore, in a sense, there could be no such

⁷⁶ See Hartney 1991: ix-liii. Also, Paulson 1992: 265-274; see specially, Paulson 1992: 270-273.

⁷⁷ A sophisticated reconstruction of the development of the *Pure Theory* can be found in Paulson 2017: 860-894.

⁷⁸ Von Wright 1991: 265. Later, he wrote: «Hägerström and Kelsen [...] had been my guides and heroes. I still think that there is an undeniable and important elements of correctness in their views». Von Wright 1999: 31.

thing as a “logic of norms”. This was a position not unlike that reached by Kelsen in his later years.

Kelsen’s skepticism about the validity of logically derived norms is rooted in his rejection of deontic logic, but it must be stressed that an affirmative answer to the question of the possibility of a genuine logic of norms is not by itself a justification of the validity of derived norms. For example, Raz (and other exclusive positivists like Marmor⁷⁹) accepts deontic logic, but at the same time, he denies the validity of all entailed laws. Moreover, according to Raz, the unrestricted acceptance of derived norms would be just another repudiable form of incorporationism⁸⁰. On the contrary, Bulygin (and Alchourrón) asserts that a legal system is a deductive normative system, i.e., it contains all logical consequences. I have elsewhere argued at length on this controversy and I believe that a definitive argument on the validity of derived norms is still missing⁸¹. Nevertheless, let me add here only a few more comments.

It seems to be clear that derived norms lack a special social source; but their binding force is almost never questioned by lawyers or judges in their legal decisions. In other words, it is “grammatically correct” – as Wittgenstein would say – to ground a legal claim in the fact that a certain duty logically follows from an explicitly enacted norm. Of course, this does not mean that such a logical conclusion will be the definitive answer to a legal problem, or that judges would be compelled to recognize this duty. In this respect, neither explicitly enacted norms nor logically derived ones can make sure the result of a particular controversy.

Thus, we can assume that logically derived norms are legally binding, but the remaining doubt concerns the reason for their legal force. According to Raz⁸²,

We want a test which will identify as belonging to a system all the norms which its norm-applying institutions are bound to apply (by norms which they practice) except for those norms which are merely ‘adopted’. But how are we to characterize the adopted norms? How are we to define with greater precision the character of an open system?

Many have tried to find the distinguishing mark in the manner or technique of the adoption. It seems to me that this is a blind alley. These distinctions inevitably turn on formal and technical differences which bear no relation to the rationale of drawing the distinction and lead to counter-intuitive results. We must rely on the reasons for recognizing these norms as binding, for our purpose is to distinguish

⁷⁹ Marmor 2001: 69-70.

⁸⁰ Raz 1994: 229-230.

⁸¹ On this point, see Navarro and Rodríguez 2014: 223-232.

⁸² Raz 1979: 119-120.

between norms which are recognized because they are part of the law and those which are recognized because of the law's function to support other social arrangements and groups.

To a certain extent, I agree with Raz on the fact that the reasons for recognizing the legal force of certain norms determines that alien norms are only adopted norms. But I must point out that Raz's claims threaten his own ideas on the alien nature of entailed laws for the following reason. The legal relevance of derived norms cannot be explained by analogy with Private International Law cases, morality or other mechanisms of reception of norms. For example, no criterion of applicability of derived norms could be, as a matter of logical necessity, valid in positive legal systems, and no empirical generalization could demonstrate that all legal systems necessarily incorporates derived norms. The only reason for accepting the legal force of derived norms is the fact that they are part of the law; that they are implicit in expressly enacted norms. Thus, every judge who recognizes the binding force of derived norms also assumes that they are valid in the legal system. No additional arguments or reasons are required other than the fact that entailed laws are implicit in the content of valid norms

Against this it could be argued that derived norms are only a rational (ideal) state of affairs that legal authorities must respect in order to avoid incoherence. Thus, although the inner logic of law compels to recognize norms that can be coherently integrated to our legal systems, it is not necessary to assume that derived norms are as legally binding as other valid norms in the legal systems⁸³. However, I do not believe that this is a persuasive answer because it seems to confuse the fact that derived norms are actually binding with a rational expectation on the development of law. In other words, our beliefs on the rationality or irrationality of some regulation have no bearing on the claim that law actually prescribes some action because such a prescription logically follows from other valid norms. In this respect, logical consequences can be regarded as legally relevant not because they were intended by legal authorities, but because we cannot make sense of what authorities actually attempt to decide without taking into account the logical consequences of the norms they enact.

7. Conclusions

Almost every legal philosopher accepts the idea that law has limits, but they pervasively disagree on the nature of such limits. To a certain extent, the disagreement is not a controversy about certain facts, but rather it refers to our understanding of

⁸³ Raz 1994: 248-250.

them. Perhaps, this is not a strange situation in philosophy. In this respect, it would be useful to remind von Wright's comments on Moore's analysis of the philosophical relevance of some common and widely accepted ideas⁸⁴:

Philosophical views which deny things we all take for granted also the philosophers when they do not philosophize must be rejected as absurd or senseless [...] With this, however, philosophizing about such matters has not come to an end. Of that Moore was completely clear. The problem, however, is not with the *truth* of the common sense opinions and statements, but with their *meaning*... To answer such questions is the task of *analysis*.

Following von Wright's recipe, one can ask what it *means* to claim that law has limits. It seems to me that the meaning of certain statements is shown by the consequences that we could draw from them. Thus, in this paper I have revised two theses that are often regarded as the implicit content of the idea of the limits of law: the existence of unregulated cases and the difference between legal norms and alien norms. The intuitive content of both theses leads to the problem of the open nature of legal systems. At the same time, they are intrinsically related to the scope and type of judicial discretion. For example, if all possible cases are regulated by legal systems, then there are no legal gaps and the only type of judicial discretion is the change of established legal consequences. On the other hand, if law is a normatively open legal system, then legal norms do not solve every possible case because in certain circumstances the law itself intentionally leaves certain cases unregulated. This fact does not mean that a judicial solution of such cases is discretionary because law can provide binding force to some alien norms.

The meaning of the metaphor of the binding force of a norm is elusive and I have shown that three leading contemporary philosophers offer incompatible solutions to the problem of the alien norms. Taking into account their different philosophical backgrounds, this is not a surprising fact, but it is worth noticing that none of such theories explains adequately the connections between unregulated cases, the systematic nature of law and the binding force of legal norms. For example, although we accept that, for example, positive law cannot explicitly regulate every human action, we disagree on the existence of legal gaps and the rules of closure. Besides, even if no legal philosopher denies that, for example, the French law is different from Italian law, we still disagree on the reason why in certain occasions Italian judges must take into account the content of French law in order to justify their decisions.

As a conclusion, it would be useful to offer a summary of the answers provided by Kelsen, Raz and Bulygin to the two problems that have structured this paper:

⁸⁴ Von Wright 1995: 30.

1. *Unregulated cases*

This first problem refers to the existence of unregulated generic cases and it has been analyzed in relation to the question of the existence of closure rules and legal gaps⁸⁵.

	<i>Law necessarily contains closure rules</i>	<i>Law can contain legal gaps</i>
Kelsen:	YES	NO
Raz:	YES	NO
Bulygin:	NO	YES

2. *Alien norms*

This second problem refers to the distinction between validity and binding force and it has been analyzed in relation to three questions:

a) *Foreign norms*

	<i>Foreign norms are valid in our legal system</i>	<i>Foreign norms are binding in our system</i>
Kelsen:	NO	NO
Raz:	NO	YES
Bulygin:	NO	YES

b) *Moral norms*

	<i>Moral norms are valid in our legal system</i>	<i>Moral norms are binding in our system</i>
Kelsen:	NO	NO
Raz:	NO	YES
Bulygin:	NO	

c) *Derived norms*

	<i>Derived norms are valid in our legal system</i>	<i>Derived norms are binding in our system</i>
Kelsen:	NO	NO
Raz:	NO	YES
Bulygin:	YES	YES

⁸⁵ Here I have only analyzed generic cases, because Kelsen, Raz and Bulygin agree on the fact that many individual cases are legally indeterminate.

The consequence of this reconstruction is that the limits of law can be understood in very different ways. Although this seems to be an obvious fact, it is not a triviality to invite attention to the fact that the disagreements on the limits of law is only another aspect of the controversy about the *nature* of law.

References

- Alchourrón, C.E. and Bulygin, E. (1971) *Normative Systems*, New York-Wein, Springer Verlag.
- (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- (1984). *Permissions and Permissive Norms*, in Krawietz, W. et al (eds), *Theorie der Normen*, Berlin, Duncker & Humblot, 349-371.
- (1988). *Perils of Level Confusion in Normative Discourse: a Reply to Opalek and Wolenski*, «Rechtstheorie», 19, 230-237.
- (2002). *Sobre la existencia de las normas jurídicas* (1979), México, Fontamara.
- Bulygin, E. (1991). *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, «Doxa», 9, 257-279.
- (1995). *Cognition and Intepretation of Law*, in Paulson, Stanely L., and Gianformaggio, L. (eds), *Cognition and Intepretation of Law*, Turin, Giappichelli, 11-35.
- (2005). *Creación y aplicación de normas*, in F. Atria et al., *Las lagunas del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- (2015) *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Comanducci, P. (1997). *Taking Kelsen Seriously*, in E. Garzón Valdés, W. Krawietz, G. H. von Wright, R. Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory*, Berlin, Duncker & Humblot, 165-182.
- Dworkin, R. (1967). *The Model of Rules*, «The University of Chicago Law Review», 35, 14-46.
- Esser, J. (1956). *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tuebingen, J.C.B. Mohr.
- Guastini, Riccardo (2001). *Cinco observaciones sobre validez y derogación*, «Discusiones», 2, 59-63.
- Harris, J.W. (1979). *Law and Legal Science*, Oxford, Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1983). *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.

- Hartney, M. (1991). *Introduction*, in Kelsen 1991.
- Honoré, T. (1987). *Making Law Bind*, Oxford, Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1991). *General Theory of Norms*, (Oxford: Oxford University Press, 1991).
- (1992). *Introduction to the Problems of Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press.
- (2005). *Pure Theory of Law*, Clark (NJ), The Lawbooks Exchange, Ltd.
- (2006). *General Theory of Law and State*, New Brunswick (NJ), Transaction Publishers.
- Marmor, A. (2001). *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press.
- Navarro, P., Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, New York, Cambridge University Press.
- Nino, C.S. (1985). *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- Nino, C.S. (1995). *Algunos modelos metodológicos de 'ciencia' jurídica* (1979), México, Fontamara.
- Paulson, S.L. (1992). *Kelsen's Legal Theory: the Final Round*, «Oxford Journal of Legal Studies», 12, 265-274.
- (1996). *On the Implications of Kelsen's Doctrine of the Hierarchical Structure*, «The Liverpool Law Review», 18, 49-62.
- (2000). *On the Puzzle Surrounding Hans Kelsen's Basic Norm*, «Ratio Juris», 13, 279-293.
- (2017). *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, «Modern Law Review», 80, 860-894.
- (2018). *Empowerment: Hans Kelsen's Radical Norm Theory*, manuscript of the address presented at the workshop “Hans Kelsen and Contemporary Jurisprudence”, Tarello Institute for Legal Philosophy, Department of Law, University of Genoa, April 26-27, 2018.
- Raz, J. (1970). *The Concept of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J. (1994). *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press.
- Raz, J., (2009). *Between Authority and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press.

- Rodríguez, J.L., Orunesu, C. and Sucar, G. (2001). *Inconstitucionalidad y derogación*, «Discusiones», 2, 11-58.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Ruiz Manero, J. (2005). *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, in Atria et al., *Las lagunas del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- Soeteman, A. (1989). *Logic in Law*, Dordrecht, Kluwer.
- Verdross, A. (1930). *Die Rechtstheorie Hans Kelsens*, «Juristische Blätter», 59, columns [Spalten] 421-3, repr. *WS* (n. 15), vol. 2, 1301-09.
- Vernengo, R. (1960). *La función sistemática de la Norma Fundamental*, «Revista Jurídica de la Universidad de Buenos Aires», I-II.
- Von Wright, G.H. (1968). *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Helsinki, Acta Philosophica Fennica.
- (1989). *A Reply to My Critics*, in Schilpp, Paul and Hahn, Lewis (eds.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*. The Library of Living Philosophers, Illinois, Open Court.
- (1991). *Is There a Logic of Norms?*, «Ratio Juris», 4, 265-283.
- (1995). *The Tree of Knowledge*, New York, Brill.
- (1999). *Deontic Logic – A Personal View*, «Ratio Juris», 12, 26-38.
- Waluchow, W.J. (1994). *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press.

Conversational Implicatures and Legal Interpretation. On the Difference between Conversational Maxims and Legal Interpretative Criteria

*Francesca Poggi**

Abstract

Currently, there is an ongoing debate which involves legal scholars, as well as philosophers of language and pragmatists, about the applicability of Grice's theory of conversational implicatures to legal statutes, i.e. about the possibility of interpreting legal statutes according to Grice's conversational maxims (or maxims that are similar to Grice's ones). The aim of this paper is twofold: first, to provide a clear reconstruction of the debate at stake; second, to advance an argument within that debate. After a brief presentation of Grice's theory (§2), I will examine the arguments that have been advanced in favour of and against the possibility of interpreting legal statutes according to Grice's model (§3), and then I will argue that the dispute should be engaged on a factual level. My thesis is that even if some legal interpretative criteria have a content similar to that of conversational maxims, their functioning is totally different, because they are not based on the existence of a mutual general expectation.

Keywords: Legal Interpretation. Conversational Implicatures. Interpretative Criteria. Paul Grice. Law.

1. Introduction

Currently, there is an ongoing debate which involves legal scholars, as well as philosophers of language and pragmatists, about the applicability of Grice's theory

* Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria", Università degli Studi di Milano, Via Festa del Perdono 7, 20122, Milano, francesca.poggi@unimi.it.

An earlier version of this essay was delivered at a seminar which took place, on November 23, 2016, at the Jagiellonian University of Cracow. I thank all the members of the audience for discussion, and in particular Izabella Skoczén, Tomasz Gizbert-Studnicki, and Andrzej Grabowski. I also thank the two anonymous referees for their critical observations and suggestions for improvement.

of conversational implicatures to legal statutes, i.e. about the possibility of interpreting legal statutes according to Grice's conversational maxims (or maxims that are similar to Grice's ones). The aim of this paper is twofold: first, to provide a clear reconstruction of the debate at stake; second, to advance a new argument within that debate. After a brief presentation of Grice's theory (§2), I will examine the arguments that have been advanced in favour of and against the possibility of interpreting legal statutes according to Grice's model (§3), and then I will argue that the dispute should be engaged on a factual level. My thesis is that even if some legal interpretative criteria have a content similar to that of conversational maxims, their functioning is totally different, because they are not based on the existence of a mutual general expectation.

2. Grice's theory of conversational maxims: an overview

Grice claims that conversations are governed by a series of maxims aimed at guaranteeing the efficient and effective use of language with a view to interaction¹. According to Grice, everything we say is interpreted, as far as possible, in a cooperative manner, i.e. it is interpreted as if it were an appropriate contribution to the communication in which we are engaged. For this to take place we often need to go beyond the meaning of what is said; we need to interpret what is said in a cooperative manner, or to be more precise, as though it were in accordance (at least to a certain extent)² with the conversational maxims at stake.

Grice identifies four maxims which, taken together, express the general cooperative principle (henceforth CP): «Make your conversational contribution such as is required, at the stage at which it occurs, by the accepted purpose or direction of the talk exchange in which you are engaged»³. The maxims identified by Grice are the following.

Quality:

Try to make your contribution one that is true, specifically:

1. Do not say what you believe to be false;
2. Do not say that for which you lack adequate evidence.

¹ Grice 1989: 22-40.

² The clarification "at least to a certain extent" is indispensable when taking account of cases involving the so-called exploitation or flouting of the maxims: cases in which a maxim is overtly violated in order to intentionally exploit the evidence of the violation and convey a certain message. In Grice's opinion, irony, metaphors, meiosis and hyperbole fall into this category: Grice 1989: 53 ff; Levinson 1983: chap. 3.

³ Grice 1989: 26.

Quantity:

1. Make your contribution as informative as is required (for the current purposes of the exchange);
2. Do not make your contribution more informative than is required.

Relation:

Be relevant.

Manner:

Be perspicuous, specifically:

1. Avoid obscurity of expression;
2. Avoid ambiguity;
3. Be brief (avoid unnecessary prolixity);
4. Be orderly.

Grice's theory represents a powerful instrument for the explanation of our everyday linguistic interactions: It can explain why we can perfectly understand each other, even when what we say is not, taken alone, cooperative, i.e. even when what we "literally" say does not sound by itself as if it is an appropriate response to the ongoing linguistic exchange⁴. According to Grice, it is the assumption that the maxims (or some of them)⁵ are followed⁶ in a certain context of utterance which allows the speaker to implicate – and the listener to infer – a certain communicative content, which is different, and sometimes, even more precise than the meaning expressed by what is said⁷.

Despite its intuitive soundness, Grice's theory is not free from problems: It has been criticised and revised in many points. Let us consider more closely how implicatures work and the problems posed by this theory.

⁴ It is worth noting that the Gricean notion of "what is said" does not necessarily coincide with (a kind of) literal meaning – that is, a (somehow) a-contextual sentence-meaning. Conversely, what is said is «equivalent to the proposition expressed by the use of a sentence or the truth-conditional content of the utterance, and is in turn dependent on reference resolution, indexical fixing and disambiguation»: Levinson 2000: 171. See also Grice 1989: 31; Reimer 1998: 598; Atlas 2005: 63; Bach 1994: 124.

⁵ The violation of a maxim can be justified by the respect for a different conflicting maxim: see *infra* § 4.

⁶ I use the verb "to follow" in a broad sense: in particular, I do not assume that maxims are intentionally followed. I only assume that we can account for the understanding process through the maxims.

⁷ I agree with the authors who claim that the maxims are also necessary to conclude that the speaker said what she said without implicating anything: «For even if what the speaker means is exactly what he/she says, the hearer must recognize this, even though that (that the speaker means exactly what he/she says) is not something that is explicitly communicated. And here too the CP plays a role: if the speaker is taken to be speaking literally, it is because that preserves the assumption that the speaker is observing CP»: Rysiew 2007: 293. C.f. also Strawson 1973; Bach 1997.

The first maxim of Quality is, according to Grice, the most important one: «[I]t might be felt that the importance of at least the first maxim of Quality is such that it should not be included in a scheme of a kind I am constructing; other maxims come into operation only on the assumption that this maxim of Quality is satisfied»⁸. Nevertheless, the first maxim of Quality is also one of the most puzzling. It seems to allow the inference from

- (a) “It is raining” to “I believe that it is raining”

But (a) is not an implicature, for it is clear enough that it cannot be cancelled (and, as we shall see, cancellability is a key property of conversational implicatures): Any attempt at cancellation brings about Moore’s famous paradox, “It is raining but I do not believe it”⁹. However, in Grice’s system, the first maxim of quality is a necessary element, for its overt violation (i.e. its exploitation) explains phenomena like ironies and metaphors. I will not discuss this difficulty here: I will simply treat it as a pseudo-maxim¹⁰.

While the first maxim of Quality focuses on the speaker’s sincerity – on the fact that the speaker believes what she says – the second maxim of Quality focuses on the speaker’s competence – on the fact that the speaker has reasons for believing what she says. According to the second maxim,

- (b) “Charles has two degrees” implicates “I have evidence to believe that Charles has two degrees”

The two maxims of Quality have received special attention in epistemology: So, e.g., Rysiew has argued that they found a general presumption of the reliability of testimony¹¹.

⁸ Grice 1989: 27.

⁹ Although this is not Grice’s opinion: «When I speak of the assumptions required in order to maintain the supposition that the Cooperative Principle and maxims are being observed on a given occasion, I am thinking of assumptions that are nontrivially required; I do not intend to include, for example, an assumption to the effect that some particular maxim is being observed, or is thought of by the speaker as being observed. This seemingly natural restriction has an interesting consequence with regard to Moore’s “paradox”. On my account, it will not be true that when I say that *p*, I conversationally implicate that I believe that *p*; for to suppose that I believe that *p* [...] is just to suppose that I am observing the first maxim of Quality on this occasion» (Grice 1989: 41-42). However, this point is questionable: Even if it is true that the first maxim of Quality is very important, it is true as well that – with the exception of the inference from “*p*” to “I believe that *p*” – this maxim does not seem to hold any specific implicature, so, *pace* Grice, it would play a role which is completely different from the one of the other maxims. Moreover, sometimes the implicatures which are governed by the other maxims seem to be nothing other than the assumption to the effect that some particular maxim has been observed: see, e.g., the example (i) in the text.

¹⁰ Following Horn, I think that it should be better to treat the first maxim of Quality as a postulate, as a *conditio sine qua non* for «the entire conversational and implicatural apparatus»: Horn 1984: 12.

¹¹ Rysiew 2007: 285-304. See also Elgin 2002: 291-308.

The first maxim of Quantity generates implicatures such as:

- (c) “The flag is white” normally implicates “The flag is only white”

As far as the second maxim of Quantity, Grice’s original formulation seems quite odd. Grice himself concedes that

it might be said that to be over-informative is not a transgression of the Cooperative Principle but merely a waste of time. However, it might be answered that such overinformativeness may be confusing in that it is liable to raise side issues; and there may also be an indirect effect, in that the hearers may be misled as a result of thinking that there is some particular point in the provision of the excess of information¹².

A perspicuous reformulation of the second maxim of Quantity is provided by Levinson (Levinson 2000: 112). According to Levinson, this maxim expresses our attitude to interpret every utterance on the basis of (our knowledge of) what is normal or typical. This maxim is therefore equivalent to: “Don’t provide unnecessary information, specifically don’t say what would be obvious anyway”¹³. In this essay, I will follow Levinson’s reformulation. The second maxim of Quantity produces implicatures such as:

- (d) “The spoon is in the cup” implicates “The spoon has its bowl-part in the cup”
 (e) “The head office said ‘Hello’ to the secretary and then he smiled” implicates “The head office said ‘Hello’ to the female secretary and then the head office smiled”

The maxim of relation (“Be relevant”) is surely an important one: It can explain a number of otherwise unintelligible linguistic interactions. Consider, e.g., the following dialogues:

- (f) A: What time is it?
 B: The local news has already started
 (g) A: Do you know what happened to the chicken?
 B: Well, the cat is licking its whiskers

It seems that these dialogues can be perfectly understood: Nevertheless, B’s answers, taken alone, are completely unrelated to A’s questions. But, in both cases,

¹² Grice 1989: 26-27.

¹³ Actually Levinson’s research program is totally different from Grice’s one. However, I will not engage with this issue here, and I will simply consider Levinson’s heuristic as an appropriate reformulation of Grice’s second maxim of Quantity.

we interpret B's replies as appropriate to A's questions, i.e. as relevant. Hence, in dialogue (f), B's response can be considered appropriate to A's question in so far as, in such a context, the utterance "The local news has already started" communicates "I don't know what time it is right now – because, in accordance with the first maxim of Quantity, if I had known, I would have told you – but I can give you some information – which, in accordance with the maxim of Relation, I understand and you can understand as pertinent to your question – from which I believe that you can approximately deduct the time, that is *The local news has already started*". Similarly, in the context outlined by dialogue (g), B's response can be understood as cooperative in that it can be interpreted as "I don't know what happened to the chicken but I think the cat ate it, given that *the cat is licking its whiskers*". But what exactly does it mean to be relevant? As Grice notices

Though the maxim itself is terse, its formulation conceals a number of problems [...]: questions about what different kinds and focuses of relevance there may be, how these shift in the course of a talk exchange, how to allow for the fact that subjects of conversations are legitimately changed, and so on¹⁴.

Finally, the maxim of Manner allows implicatures such as the following:

(h) "The water flowed down the bank" implicates (also in accordance with the maxim of Relation) "The water flowed down the river bank" if we are talking about a trip to the countryside; instead, it implicates (also in accordance with the maxim of Relation) "The water flowed down the bank building" if we are talking about a flood in our town.

(i) "Jane had a son and got married" normally implicates "Jane had a son and *then* got married"¹⁵.

To conclude, two basic proprieties of the conversational maxims are the can-

¹⁴ Grice 1989: 27. Grice's maxim of Relation has exerted a great influence on the succeeding literature: It can be considered as the ground of the Relevance theory, a theory developed mainly by Dan Sperber and Deirdre Wilson, which is, in many respects, an alternative to Grice's proposal. See Wilson and Sperber 1986; Wilson and Sperber 1995. For some criticisms to the Relevance Theory see Degen 2007. As far as legal interpretation is concerned, Skoczen provides convincing arguments in order to show that the Relevance theory is not applicable in the realm of law: Skoczén 2015: 351-362. In the same sense: Shaer 2013: 259-291. *Contra*: Carston 2013: 8-33 and Smolka and Pirker 2016.

¹⁵ Actually, the implicature from "and" to "and then" is debated: In particular, it is disputed whether it is really a standard Gricean implicature (i.e. whether the conjunction "and" has a unique meaning equivalent to the logical operator "&") and/or what the conditions are under which this implicature stands: See Blakemore 1992: 80; Carston 1993: 27; Carston 1995: 213; Davis 1998: 46 ff.; Levinson 2000: 122 ff.

cellability and the awareness of computability¹⁶. Conversational implicatures can always be cancelled (at least, in the short term), and this is because the *implicatum* is not part of the semantic content of what is said¹⁷. Moreover, one should be able to compute the conversational implicatures, i.e. to show that the *implicatum* follows from a maxim along with a given context of utterance.

3. Conversational maxims and legal interpretation

In this section, I will present three main arguments advanced against the possibility of applying conversational maxims in legal interpretation: For each argument, I will report its replies.

Preliminary we have to clarify what we mean by “the possibility of applying conversational maxims in legal interpretation”: this phrase can be intended, and it is intended, in at least two different senses.

First, some authors claim that Gricean maxims, or new formulations of Gricean maxims, are theoretically applicable in legal domain even if they are not actually applied. In sum, according to this position (that is not the most widespread) there is nothing in legal practice that prevents the mechanism of conversational implicatures. The opponents, instead, argue that the Gricean model is not theoretically applicable in the legal domain: i.e. that legal interpretation presents some relevant features that distinguish it from ordinary conversation and prevent the applicability of the conversational model.

Second, other theorists (and they are the most part) argue that Gricean maxims, or, more often, some maxims that are similar to Gricean ones (see §4), are, as a matter of fact, applied to legal interpretation: i.e. that the actual understanding of legal texts fit with Gricean conversational model, that legal interpretation takes place according to an inferential process that is identical or relevantly similar to that theorized by Grice. This claim clearly implies that the model of conversational implicatures is also theoretically applicable to legal domain. By contrast the opponents are required to prove that conversational model is not, as a matter of fact, applied when we interpret legal statutes.

Given the distinction above, the arguments against the possibility of applying conversational maxims in legal interpretation, that I will present in the following sections, are all theoretical arguments – i.e. argument against the abstract, theo-

¹⁶ See Grice 1989: 31, 39-40. For a discussion on the proprieties of the conversational implicatures, see Sadock 1978: 281-298; Levinson 1983: ch. 3; Atlas 2005: ch. 2; Bach 2005: 21-30.

¹⁷ Recently, the role of cancellability as a necessary condition for conversational implicatures has been challenged by Weirner 2006: 127-130. For some replies to Weirner, cf. Blome-Tillmann 2008: 156-160; Borge 2009: 149-154.

retical, possibility to apply Gricean model to legal interpretation. By contrast, the replies to those arguments may or may not assume that in fact Gricean model is followed by legislators and interpreters. For the moment, I will not engage with the factual question “Is Gricean model actually followed in legal interpretation?” – I will return on it on § 4 – but it must be clear that a negative answer to this question is presupposed by all the arguments we are going to analyse and only by some of the objections to these arguments.

The arguments that I will discuss, in order of increasing strength, are the following: Normative discourse is not informative (§3.1); Behind legal texts, there is not a (single, knowable) communicative intention (§3.2.); Legal context is indeterminate or opaque (§3.3).

3.1. *Normative discourse is not informative*

A first obvious reason why the maxims do not seem applicable to legal interpretation is that they are formulated with the assertive discourse in mind, or in other words, for a discourse which (i) aims to inform, and (ii) which can be either true or false. However, according to a very widespread view, norms do not aim to inform: They aim to guide behaviours, and therefore, they are neither true nor false.

This point is also noticed by Grice:

I have stated my maxims as if this purpose [*i.e. the purpose that a talk exchange is adapted to serve and is primarily employed to serve*] were a maximally effective exchange of information; this specification is, of course, too narrow, and the scheme needs to be generalised to allow for such general purposes as influencing or directing the actions of others¹⁸.

This argument, which holds both for legal norms and for the norms of ordinary conversation, is, surprisingly enough, underestimated in pragmatic literature¹⁹. By contrast, it is often addressed in legal literature: many legal theorists argue that some interpretative criteria, some canons of interpretation or construction, usually employed by judges and jurists, are exactly the legal analogous of conversational maxims. According to this latter position, some legal interpretative criteria are instances of Gricean maxims: through them the legislature can implicate and the interpreters can inference something further, or more precise, than, or different from, what is said – i.e.: from what is written in the statute (Sinclair 1985; Miller 1990; Slocum 2016; Skoczén *forth.*). I will return to these positions later on (§4). For now, it is sufficient to observe that the argument based on the normative character

¹⁸ Grice 1989: 28.

¹⁹ With the notable exception of Sbisà 2017: 24 ff.

of legal statutes is not decisive: surely enough, Gricean maxims can be reformulated to make them applicable to normative discourse²⁰.

3.2. *The Legislator's Intention*

A second argument focuses on the absence of a single, knowable, communicative intention beyond legal texts, and it runs as follows²¹: Conversational implicatures are intentional²²: they require the speaker's intention to implicate something, and they are examples of speaker's meaning (in Grice's sense)²³; but, behind a legal statute, there is not a unique, determined, collective intention, but very often, the members of parliaments do not even know the contents of the texts they approve (because they are technical texts drafted by experts, or simply because they do not read them and just follow the decisions of their party); more often, the members of parliaments interpret the texts on which they vote in different ways.

Several different objections to this argument have been raised.

Some authors have replied by appealing to a counterfactual legislative intention²⁴ or to the intention of a rational lawmaker²⁵. These moves are questionable: Within the jurisprudence (especially the continental jurisprudence), the interpretative argument which appeals to an ideal (coherent, rational, exhaustive, etc.) legislator is very old, just as old as the (many) criticisms of it²⁶. The following is one among many: To be rational implies choosing the suitable means to achieve the purposes one intends. But how should these purposes be chosen? Constitutionally relevant values may conflict, and the choice among them is a matter of politics, not of rationality (and pragmatics). Moreover, it is a choice that cannot be entrusted to the real intention of the (historical or current) legislator, because, as we have said, sometimes at least such an intention does not exist (or it is undetermined)²⁷. Moreover, as far as counterfactual intentions are concerned, the logic of counterfactuals is highly

²⁰ On this point see Poggi 2016.

²¹ This argument is supported by Marmor 2011; Poggi 2011.

²² See Bach 2005.

²³ Cf. Grice 1989: 117-137 and 86-116.

²⁴ See, e.g., Marmor 2005, ch. 8.

²⁵ See, e.g., Dascal and Wróblewski 1991; Capone 2013.

²⁶ This interpretative canon is the core of the attitude that Bobbio called "legal positivism as theory" and that characterised the European jurisprudence of the eighteenth and nineteenth centuries: Bobbio 1961.

²⁷ For other criticisms to the interpretative canon based on a fictitious intention – especially in Marmor's version: see Velluzzi 2007: 279-283. Outside the Gricean debate, one of the most brilliant defences of the central role of authorities' intentions and counterfactual intentions in legal interpretation is developed by Alexander 1995. It is doubtful whether Alexander succeeded in overcoming all the concerns about the counterfactual intentions: However, a careful examination of Alexander's arguments exceeds the scope of the present essay.

problematic: Their antecedent is, by definition, false and *ex falso sequitur quodlibet*.

Other authors instead criticise the premise on which the argument is based: the intentional character of conversational implicatures. This criticism is drawn through at least three (very similar) lines of argument.

The first is the so-called Default Model, developed mainly by Levinson²⁸. Levinson restates some of the Gricean maxims into three principles that can be conceptualised as heuristics, which the interlocutors follow by default, without any interpretative effort. In order to better understand the Default Model, we have to recall the Gricean distinction between generalised implicatures and particularised implicatures: Generalised implicatures are always produced, except in special circumstances, while particularised implicatures are produced only within particular contexts. For example, the utterance

(1) Some of the guests have already left

always implicates (except within very specific contexts):

(1¹) Not all the guests have left

whereas it possesses the particularised implicature

(1²) It must be late

only in the context of the following dialogue

(1³) A: Do you know what time it is?

B: Some of the guests have already left (i.e., it must be late)

According to the Default Model, only generalised implicatures occur automatically, by default, upon the occurrence of an implicature trigger, and thus, intrude effortlessly into the interpretation of an utterance. Therefore, as far as generalised implicatures are concerned, what is implicated does not rest on the actual speaker's intention, but rather, it rests on a heuristic that reflects the way in which people normally use language²⁹.

A second line of argument to neglect the intentional character of every implicature focuses on the normativity of implicitness³⁰. So, according to Sbisà, implicatures are meanings made available by the text that can be ascribed to the speaker (to the

²⁸ Levinson 2000.

²⁹ For an application of Levinson's Default Model to legal interpretation, see Slocum 2016: 23-43.

³⁰ Sbisà 2007; Morra 2011; Morra 2015; Morra 2016; Sbisà 2017.

speaker's intention) if ascribing them is reasonable.

In the case of conversational implicature, the retrieval of implicit meaning is supported by reason, namely, it occurs in conformity with (though not necessarily by means of) a possible argumentative route (which comprises the assumption that the Cooperative Principle and one or more of its maxims hold, and possibly, further contextual information)³¹.

In this picture, the “real” intention of the speakers plays no role in the process of understanding; rather, it is a result of this process: What counts is the intentions that can be ascribed to the speaker on the basis of the text itself and the rules and reasons that support our understanding of what is presupposed or implicated.

In previous essays, I have developed a third strategy to challenge the intentional character of every implicature: a strategy focused on the idea of conversational maxims as (formulations of) customary hermeneutic technical rules³². According to von Wright's classification, technical rules (or directives) indicate a means to reach a certain goal, aiming not at directing the will of the receivers, but at indicating that their will is conditioned: In other words, if they want to reach a certain goal, then they must maintain certain behaviour³³. The CP and conversational maxims then can be formulated in the following way:

(TR) If you want to cooperate and you want to understand and be understood, then you must follow the CP, that is m, m1 ,...

where “m, m1 ,...” stands for the contents of each maxim. According to this model, we apply conversational maxims by default when we try to understand and make ourselves understood.

The three lines of argument above are very similar³⁴. The basic idea that stands behind them is that maxims are rules (of a certain kind) that we usually follow in understanding others' discourse, regardless of whether the speakers manifested

³¹ Sbisà 2017: 29.

³² Poggi 2011; Poggi 2016.

³³ von Wright 1963: 9 ff.

³⁴ But they are not identical: Unlike Levinson, I assume that also generalised implicatures are context-sensitive, not only in the sense that the context can delete them, but also in the sense that, in some contexts, they are not produced at all (on the relevance of this disagreement see: Degen 2007). In such cases, it is not that the maxims do not work; rather, the maxims work, but the maxims themselves are context-sensitive. Instead, Sbisà's account rejects the idea that implicit meanings are always context-dependent: She excludes from the concept of “implicit meaning” every assumption that is shared by the speaker and the addressees, but is not indicated in the text in such a way as to make it retrievable (Sbisà 2017: 26) – so even particularised implicatures seem to be excluded.

their intention to follow them³⁵: This intention is, in some way, presumed until proven otherwise, and, indeed, maxims are the tools through which we attribute intentions to speakers. To clarify this point, consider the following dialogue:

- (m) A: When I arrived at the party, some guests had already gone
 B: Who remained?
 A: Nobody

According to the three lines of argument above, by uttering “some guests had already gone”, A implicates “not all guests had already gone”, regardless of what she intends to implicate. A violated the first maxim of Quantity, and in doing so, she caused the failure of the talk exchange: But she caused it precisely because B (like everybody else) took it for granted that she was following the maxims. Within this picture, the process of understanding appears as an inference to the best explanation of what a cooperative speaker – i.e. a speaker that follows the conversational maxims – intends to communicate in a given context³⁶. But, if the speaker is not actually cooperative, then the result of this inference does not correspond to her real communicative intention and therefore the communication fails.

All the previous remarks can weaken the role of legislative intention, or better, they can minimise the problems related to the absolute indeterminacy of legislative intention (whether it is real or fictitious or counterfactual or ideal)³⁷.

3.3. *Legal Context*

The last argument against the applicability of Gricean maxims to legal interpretation focuses on the insurmountable indeterminacy of contextual elements³⁸. In Grice’s account, maxims are context-sensitive: They produce different *implicata* in different contexts. By “contexts”, a broad set of assumptions is meant that includes Searle’s Background³⁹, the context of utterance (*Who? When? How?*), different kinds of common knowledge, and above all, the co-text (the dialogue, the sequence of utterances in which a given utterance occurs). Unlike ordinary conversation, legal interpretation presents a character that is, in some way, “a-contextual”. More specifically, the statutes will be applied to many future cases, and therefore, the context

³⁵ A similar (but not identical) thesis has been sustained by Green (2002 and 2007) and, to some extent at least, by Saul (2002a and 2002b). Contra cf. instead Bianchi 2011: 16-29.

³⁶ See Atlas and Levinson 1981; Macagno, Walton, and Sartor 2018.

³⁷ Actually, if we follow the Default Model or Sbisà’s thesis of the normativity of implicitness (see footnote 39 above), the role of legislative intention is not relevant only as far as generalised implicatures are concerned.

³⁸ See Poggi 2013.

³⁹ Searle 1978 and 1980.

in which they will be interpreted is structurally opaque⁴⁰. Above all, the co-text – the system of norms that will be considered relevant in order to interpret a statutory provision – is undetermined: It must be reconstructed, and it may be reconstructed in several different ways. This point must be examined more thoroughly.

In legal interpretation, the co-text plays a central role: It is trivial that legal provisions are not interpreted taken alone (which would produce absurd results), but within the systems formed by other legal provisions. These “reference-systems”, these legal co-texts, do not normally coincide with the whole legal system (which would be inefficient and useless), but with variously delimited sub-sets of legal provisions. The problem is that these sub-sets can be reconstructed in various ways, and it can be impossible to establish which way is better. Moreover, each sub-set can be interpreted in various ways, according to various interpretative criteria, and here again, there is not one “true” interpretation. Now, depending on how the legal co-text is constructed and interpreted, the same legal provision produces different implicata (or no implicatum at all). I will provide a brief example from Italian law.

Statute n. 6/2004 introduces a new form of support (the so-called “*amministrazione di sostegno*”, i.e. support administration) in favour of persons who, although not declared legally incapable, are not able to administer their assets. A legal provision regulates the judicial procedure to appoint the support administrator without prescribing that this procedure requires the participation of the defence lawyer of the person in question. Some judges decided that this participation is not necessary: They assumed, as legal co-text, the sub-set formed by Statute n. 6/2004 *plus* some constitutional rights, and in Grice’s terms, they concluded that what is said is cooperative, i.e. that the legislature has respected (some normative version of) the first maxim of Quantity and, therefore, that Statute n. 6/2004 provides a complete regulation. However, other judges decided that the participation of the defence lawyer is necessary, because in this field, the provision of par. 82 of the Italian civil procedure code – which prescribes, in general, the necessity of a lawyer’s assistance – must also be applied: They constructed the relevant legal co-text as consisting of Statute n. 6/2004 *plus* some constitutional rights *plus* par. 82. In Grice’s terms, they concluded that what is said by *this* last set is cooperative, and in particular, that Statute n. 6/2004 has respected (some normative version of) the second maxim of Quantity: Par. 82 being applicable, the Statute does not provide “over information”.

Other cases that show how the different ways of reconstructing the context affect the implicatures concern the “real” intention of the historic lawgivers, as publicly manifested: Sometimes, judges take this intention into account, whilst other

⁴⁰ As Skoczen writes: “The time gap between the uttering of the speaker (here the legislature) and the interpreting of the utterance by a hearer (the courts) in particular provides legalese with a unique and descriptively challenging trans-contextual character” (Skoczen 2015: 360).

times, they do not. In these cases, the implicatures are different because the context from which they are drawn is different.

A first reply against this argument focuses on Levinson's Default Model or on the normativity of implicitness. As we have seen, according to these approaches, generalised conversational implicatures are not context-dependent; therefore, it is argued that they always occur in legal interpretation, no matter how the relevant context is built.

This reply is not convincing. First, according to Levinson and Sbisà, a generalised conversational implicature can also be cancelled by a special context. So, e.g.,

(n) Is the flag red?

normally implicates

(n¹) Is the flag only red?

However, this implicature does not arise (or, better, according to Levinson, it is cancelled) if this question is posed by my cousin in front of a black and red flag, since I know (and he knows that I know) that he is colourblind, and he cannot distinguish red from green and brown, while he sees black without a problem.

Second, according to these approaches, generalised implicatures depend on what is said, on the text. E.g., Sbisà claims that implicatures are those assumptions that the text make available to the participants, so that they can work them out as a part of their understanding the text⁴¹. However, as we have said, in legal interpretation, it would be absurd to interpret a single legal provision alone: We must identify the "relevant" text, we must decide whether this relevant text includes only the single statute or also other legal provisions and which ones. Therefore, all the above problems re-emerge.

A second different kind of reply emphasises that the cases in which the context is not clear and can be reconstructed in different ways are quantitatively few: Usually, judges agree about the relevant co-text, or there is a reconstruction clearly preferable to the others⁴². This kind of reply seems to open a factual dispute, that now is time to address.

4. A factual question: legal interpretative criteria as Gricean maxims?

To sum up, among the arguments against the applicability of Grice's model to legal interpretation, the one based on the indeterminacy of the legal context seems

⁴¹ Sbisà 2017: 26 ff.

⁴² See, e.g., Ekins 2012.

the most convincing: However, it is not irresistible. One can object that in most cases legal context is clear enough and/or that even in ordinary conversation the context is often indeterminate, but this fact does not undermine the strength of the CP: even when the context is indeterminate the speakers follow the maxims, but, in this case, following the maxims does not guarantee the success of the communication.

As I've anticipated, many authors claim that Gricean maxims correspond (more or less) to traditional criteria of legal interpretation⁴³. According to this view, in order to grasp the meaning of a statute legal interpreters employ some well-established criteria, exactly those criteria that the legislature, in enacting the statute, expects they will employ and that interpreters know legislature expects they will employ. So, both interpreters and legislators rely on the very same interpretative criteria: criteria that, sometimes, enable to convey a further meaning than what is written in the statute. Clearly this move shifts the debate on factual questions: Does legal interpretation comply with Grice's theory of conversational implicatures? Are the interpretative criteria commonly applied by judges, lawyers and other legal interpreters relevantly similar to Grice's conversational maxims? Or, better, do legal interpretative criteria play in legal interpretation the same role as conversational maxims in ordinary conversation?

Many authors answer these factual questions affirmatively, arguing that some «maxims of statutory interpretation can be viewed as instances of Grice's general framework of interpretation»⁴⁴. So, e.g., in his seminal work Sinclair claims that Grice's four maxims correspond to the following well-known legal criteria⁴⁵:

Quality:

1. Do not enact a provision that can be shown not to further the legislative purpose
2. Do not enact a provision when there is no adequate evidence that it furthers the legislative purpose

Quantity:

1. Make each provision cover all the persons and actions you intend it to
2. Make each provision cover only the persons and actions you intend it to and no more

Relevance:

Be relevant to the scope of the statute

Manner:

Use the words the literal meaning of which gets closest at what you mean

⁴³ Sinclair 1985; Miller 1990; Morra 2011; Carston 2013; Slocum 2016; Morra 2015; Morra 2016; Macagno, Walton and Sartor 2018; Skoczén *forth.*

⁴⁴ Miller 1990: 1182.

⁴⁵ Sinclair 1985.

Or, to provide another example, Miller proposes the following, different, more complicated, and less clear matching scheme⁴⁶:

Quantity:

1. *expression unius est exclusio alterius*; principle of the negative pregnant; statutes in derogation of common law should be strictly construed; repeals by implication are not favoured; a court should defer to long-standing judicial or administrative interpretation; legislative re-enactment of a statute endorses long-standing judicial or administrative interpretation; a clear statement is required for federal regulation of matters traditionally governed by state law; administrative agencies have greater discretion to interpret general statutes than specific statutes; the plain meaning of a statute ordinarily governs.
2. *Ejusdem generis*

Quality

1. Interpret statutes to avoid absurdity; interpret statutes to give agencies reasonable and necessary powers to effectuate their statutory duties
2. In cases of economic regulation, courts should defer to legislative factfinding and should uphold statutes if the statute can be characterized as reasonable; in cases involving fundamental rights or suspect classifications, courts should not defer to legislative factfinding, but should instead require a close fit between legislative means and ends.
3. Give effect if possible to every word of the statute
4. Reconcile conflicting statutes if reasonably possible

Relation

1. *In pari material*
2. Statutes should be interpreted in light of the legislature's purposes

Manner

1. Court should interpret words according to their ordinary, common senses; Court should give legal words their established technical meanings
2. The plain meaning of a statute ordinarily governs
3. Give effect to every word the legislature used; *expressio unius est exclusio alterius*
4. Be orderly

It is undeniable that, with the exception of some maxims proposed by Miller that apply only in United States, the criteria above are employed in legal interpretation and legislators are supposed to know that they are employed. So far so good, but the question still stands: do these shared, well-established interpretative criteria play in legal interpretation the same role as conversational maxims in ordinary conversation?

⁴⁶ Miller 1990.

As Chiassoni points out⁴⁷, in legal interpretation different interpretative criteria produce different interpretative results, and the choice among them is discretionary. So, e.g., Sinclair's maxims of Quality can collide with both his maxims of Quantity and his maxim of Manner, and, in Miller's apparatus, the first sub-maxim of Quantity and the second sub-maxim of Manner are inconsistent with the second maxim of Relation. Does not the same also happen in ordinary conversation? Yes and no.

In ordinary conversation, maxims can conflict, but sometimes, the conflict is only apparent, and some other times, we know by default which maxim should be preferred.

Consider the following example proposed by Grice: "A: Where does C live? B: Somewhere in the South of France". In this case, there is

no reason to suppose that B is opting out, but his answer is, as he well knows, less informative than is required to meet A's needs. This infringement of the first maxim of Quantity can be explained only by the supposition that B is aware that to be more informative would be to say something that infringed the second maxim of Quality⁴⁸

Here, the conflict is only apparent: B does not violate the maxim of Quantity because she provides the maximum information that she can provide without violating the maxim of Quality.

Other times, the conflict is real, especially when the maxims of politeness are involved⁴⁹. However, in ordinary conversation, most of the time, we intuitively know which maxim must prevail. Levinson and Lakoff, e.g., try to figure out these meta-criteria for conflict resolution⁵⁰, and I think their proposals work quite well, although not always: Sometimes, the conflicts are real and cannot be resolved.

I think that, as far as legal interpretation is concerned, things stand differently. In most legal systems, the conflict between the various interpretative criteria is pervasive and physiological: It is the praxis and not an extraordinary violation. Different judges apply different maxims, or none of them, to the very same legal provision.

In a recent essay, Macagno, Walton and Sartor maintain that

the arguments of legal interpretation and the conversational maxims represent distinct levels of analysis of the reasoning underlying an interpretative dispute. The le-

⁴⁷ Chiassoni 1999: 92 ff.

⁴⁸ Grice (1989, pp. 32-33). For a critical discussion see Atlas (2005, pp. 71 ff.).

⁴⁹ If a friend asks "How do I look in this dress?", answering "You look like a striped whale" may be true (maxim of Quality), but not polite, and answering "You look very fine!" is polite, but violates the maxim of Quality; answering "I prefer the black one" is quite polite, but it violates the first maxim of Quantity.

⁵⁰ See Levinson 2000: 39 ff. and Lakoff 1973.

gal arguments can be used to point out the various perspectives on the subject matter that can be used pro and con a viewpoint, while the maxims can show the general strategies (relying on absent context, or the most natural reading, or the existing context, or the contextual and co-textual effects and consequences)⁵¹.

According to the authors, these two dimensions of interpretation can be integrated within an argumentative model and, more important, the presumptions underlying arguments, canons, and maxims can be ordered on the basis of the purpose of the law. More precisely, the authors claim that «The purpose of the law can be considered as a meta-presumption resulting from the broader context of the legal system, within which all the other presumptions need to be ordered»⁵². Admitted and not granted that the purpose of the law is a decisive criterion – «a meta-presumption, governing the choice and the hierarchy of the arguments that can be advanced to support an interpretation»⁵³ – the problem is that that purpose can be reconstructed in several different ways. The authors think that the purpose of law is grounded on contextual and factual evidence and contextual and factual presumptions. However, as we have seen, legal interpreters can shape the context and co-text of a legal provision in many different ways, they can ignore factual evidence about the real legislators' intention, they can rely on different contextual presumptions. As a result, the purpose of the law does not seem an univocal principle that organizes the interpretive process; it is rather a result of this process. Therefore, the argumentative model provided by Macagno, Walton and Sartor seems an empty scheme that, in the very same case, can be filled differently, and does not lead us to predict the alleged «univocal meaning of the contested statement»⁵⁴.

On this regards, it is worth noting that all the examples provided by authors who support a Gricean model of legal interpretation refer to controversial cases: cases discussed before courts, often supreme courts, cases on whose solution the legal community is divided. Consider, e.g., the following example, provided by Sinclair⁵⁵: *Caminetti v. United States*. The Mann Act applied to “any person who shall knowingly transport [...] in interstate commerce [...] any women or girl for the purpose of prostitution or debauchery, or for any other immoral purpose”. In *Caminetti v. United States* the problem was to establish whether this provision applies also to

⁵¹ Macagno, Walton and Sartor 2018: 99.

⁵² Macagno, Walton and Sartor 2018: 105.

⁵³ Macagno, Walton and Sartor 2018: 103.

⁵⁴ Macagno, Walton and Sartor 2018: 110. Moreover, it is worth noting that conceiving the purpose of law as a meta-presumption is not consistent with the Gricean model. In this model the speaker's intention is not a presumption – a part from the trivial sense in which I presume that what the speaker says is what she intends to say – but it is the output of the understanding process: to understand an utterance is to understand the speaker's communicative intention.

⁵⁵ Sinclair 1985, 397 f.

those who transport a woman in order to consume extra-marital sex consensually. The US Supreme Court gave an affirmative answer, arguing that the provision refers to all immoral acts and not only those of a “commercial” nature. According to Sinclair, the Supreme Court applied his version of the second maxim of Quantity: if the legislator had wanted to exclude such cases, she would not have used such a broad expression as “any other immoral purpose”. However, one can object that in this case the Court should have applied the criterion of the *ejusdem generis* (that, according to Miller, corresponds to Grice’s second maxim of Quantity). Or one can appeal to the lawmakers’ intention, since Congressman Mann’s own committee report stated that the Act was intended to cover commercial vice only. Or, again, one can interpret this provision in the light of some interpretations of some constitutional rights.

I think that all these disputes⁵⁶ are evidences – even if not proofs – of the fact that in legal interpretation it lacks a general expectation that certain hermeneutic criteria will be spontaneously followed in a certain intuitive order. This is tantamount to say that legal interpretation is not a cooperative enterprise in the same sense as ordinary communication is. Ordinary communication, in Gricean framework, is cooperative because speakers and addressees rely on the very same criteria in order to transmit and grasp the speaker’s communicative intentions. They rely on those criteria simply because there is a general mutual expectation that they will (§5). Instead in legal interpretation such mutual expectation lacks and therefore legal interpretation is not in this sense a cooperative enterprise. On this regard, the argument focused on the not cooperative nature of legal interpretation has been addressed in literature, but it must be clarified and rephrased, also because it has been sometimes misunderstood.

4.1. *On the not cooperative nature of legal interpretation*

According to a certain view legal interpretation diverges from Grice’s model, because it is not a cooperative enterprise, but a conflicting⁵⁷ or strategic one⁵⁸.

So, e.g., Marmor claims that the conversations among the legislators themselves during the enactment process, as well as the conversations between legislatures and courts, are forms of strategic behaviour: «[S]trategic interaction is partly a cooperative and partly a non-cooperative form of interaction [...] there is some degree of uncertainty about the norms that govern the particular conversation that enables the parties to the conversation to make strategic moves in it»⁵⁹. Specifically, accord-

⁵⁶ For some other examples see Morra (2015); Morra (2016); Poggi (2016).

⁵⁷ Poggi 2011 and 2016.

⁵⁸ Marmor 2007, 2008 and 2011.

⁵⁹ Marmor 2011: 94.

ing to Marmor, the uncertainty about the relevant conversational maxims can be of two kinds: «[S]ometimes it may not be entirely determinate whether a certain maxim applies or not, and sometimes the uncertainty concerns the level of commitment or adherence to maxims that are taken to apply»⁶⁰. Confining our attention to the relationship between judges and legislators, Marmor also endorses the thesis according to which the uncertainty about conversational maxims is functional for the strategic interests of both parties, because it allows «both parties to make various strategic moves in this game, so to speak»⁶¹.

Similarly, in a previous essay I have argued that «[L]aw is an often-conflictual undertaking»⁶²: «The parties in litigation are interested not in understanding what the legislator really wanted to say, but in winning the case [...] If in ordinary conversation the context can intervene and eliminate [...] uncertainties, in a trial even this will be the subject of controversy: as far as possible the parties will seek to twist the reconstruction of the context in their favour»⁶³.

Recently this view was criticized by Slocum, Bianchi, and Morra.

Following Lumsden⁶⁴, Slocum distinguishes between formal cooperation – i.e. the linguistic cooperation which involves acting according to conversational maxims – and substantial cooperation, which refers to the sharing of common goals amongst the communication partners and goes beyond the maximal exchange of information. Slocum argues that the CP «should be viewed as requiring only linguistic cooperation, as there is no common nonlinguistic goal in some cases where implicatures are applicable»⁶⁵. I agree with this interpretation, and I admit that maybe I have not been clear on this point⁶⁶. However, my thesis is precisely that in legal interpretation the linguistic cooperation does not occur. In other words, the thesis on the non-cooperative nature does not claim that legal interpretation is not cooperative because the parties pursue conflicting non-linguistic goals; it claims that legal interpretation is not cooperative because it does not rely on the mutual expectation that certain interpretative criteria will be always applied in a certain order.

In this regard, Bianchi and Morra argue that theses, such as those supported by Marmor and me, face two symmetrical difficulties: They unduly emphasise the collaborative aspect of cooperative conversations, on the one hand, and they unduly emphasise the conflictual aspect of strategic conversations, on the other hand.

⁶⁰ Marmor 2011: 94.

⁶¹ Marmor 2011: 101.

⁶² Poggi 2011: 34.

⁶³ Poggi 2011: 35. As noticed by Slocum (2016), also Sarangi and Slembrouck 1992 address the applicability of the CP to institutional discourse.

⁶⁴ Lumsden 2008: 1900. On this topic, see also Thomas (1998: 176-179); Ladegaard (2009: 649-666).

⁶⁵ Slocum 2016: 37.

⁶⁶ But see Poggi 2011: footnote 18.

According to Bianchi, different types of communicative exchange «call for different expectations an addressee is justified to entertain concerning the speaker's benevolence ("willingness") and competence ("ability")»⁶⁷. Bianchi claims that the Sophisticated Understanding strategy (proposed by Sperber)⁶⁸ can account for legal interpretation. According to that strategy, the speaker S

is not assumed to be benevolent or competent. She is merely assumed to intend to *seem* benevolent and competent. The addressee A should stop not at the first relevant enough interpretation that comes to mind, nor at the first interpretation that S might have thought would be relevant enough to A, but at the first interpretation that S might have thought would seem relevant enough to A⁶⁹.

Bianchi's examples concern cross examinations, and in general, testimonies and depositions: In these fields, her idea works pretty well; nevertheless, it seems difficult to apply it to the legal interpretation of authoritative texts, like statutes, since it is neither plausible nor relevant to conceive of the legislature as a speaker who intends to *seem* benevolent and competent. Legislature is supposed to direct behaviours and not to engage in a sophisticated strategy with the addressees, in order to manipulate them.

Morra argues that the CP also governs the textual exchange between the legislature and the courts, but in a manner that is somehow different than occurs in collaborative exchanges. Morra claims that what characterises the CP in legal interpretation is the high degree of indeterminacy: «[T]he statute, in adjudication, may suggest any implicature produced by the application of any maxim accepted in that context»⁷⁰, a context that Morra recognises «[t]he legislature cannot know a priori»⁷¹. Briefly, it seems that, according to Morra, judges are free to infer an implicatum or its opposite, as well as to infer nothing (with the only constraint being to conceive the text as bearing a communicative message and to provide arguments). However, it seems to me that this is tantamount to a claim that the CP does not govern legal interpretation. The parties of an ordinary conversation are not free to infer an implicatum or its opposite, as well as to infer nothing: not if they want to understand each other. If they want to understand each other they have to rely on the mutual expectation that conversational maxims hold in a certain intuitive order. If, instead, judges are free to follow or not one maxim or other, this means that in legal interpretation there is not such a general mutual expectation.

It is worth noting that my point is not that, in legal interpretation, maxims are

⁶⁷ Bianchi 2016: 192.

⁶⁸ See Sperber 1994.

⁶⁹ Bianchi 2016: 194.

⁷⁰ Morra 2016: 226.

⁷¹ Morra 2016: 227.

sometimes not applied: In ordinary conversations, maxims are also sometimes violated or at least not followed⁷². The problem is not even whether the cases in which the maxims are not applied and those in which it is controversial whether to apply one or the other maxim, or none of them, are more numerous than those in which it is undisputed that a maxim is to be applied. The point is that, before a legal dispute is resolved, we are never sure that it will be resolved according to the CP: Even in the cases in which all the judges come to accept an interpretation in accordance with Gricean maxims (or some variants of Gricean maxims), this result could not be taken for granted in advance.

5. Conclusion. On the difference between conversational maxims and legal interpretative criteria

In our ordinary conversations, everyone follows the CP and the maxims, there is a general mutual expectation that everyone follows them, and when this expectation is not satisfied, incomprehension arises: This is a fact. Maxims are followed because they are followed: We normally follow Gricean maxims because there is a general expectation that everyone follows them, and there is a general expectation that everyone follows them because we normally follow Gricean maxims. This is how the world goes. As Levinson states, the cognitive sciences have demonstrated the asymmetry between the slowness of human discourse, the slowness of the emission of acoustic signals, and the apparently greater speed of human thought⁷³. The CP and the maxims allow this asymmetry to be compensated for. However, this only proves that following the maxims is rational, but it is not a reason or a motive to follow the maxims. Obviously, our individual reason or motive to follow the CP is that everybody normally does: So, if we want to understand and to be understood, we must do what everyone normally does, i.e. follow the CP⁷⁴. However, this holds individually, for each one of us, and it is not a reason that justifies our practice as a whole.

The general mutual expectation that characterizes our ordinary conversation seems to clash with the pervasive uncertainty that dominates in legal interpretation. If one can always doubt whether the CP is to be applied, and/or which maxim must

⁷² Actually, if we also consider the maxims of politeness, which, in some contexts, prevail over the maxims formulated by Grice, violations are perhaps less common than one might think: see Lakoff 1973: 13-15.

⁷³ Levinson 2000: 28.

⁷⁴ I do not claim that the CP and the maxims are descriptions of certain regularities. According to my view, the CP and the maxims are hermeneutic technical rules, but they can play their role (i.e. to make people understand and be understood) because there is, as a matter of fact, a mutual general expectation that everyone follows them.

be applied, we can conclude that in legal interpretation there is not a general expectation that the CP will be respected, and therefore, that in that field, there is not, so to speak, a convention to employ conversational maxims (using “convention” in a broad sense)⁷⁵. My thesis is that the frequent cases of the non-application of the CP are evidence of this general lack of expectation, the indeterminacy of the legal context and the (substantial) strategic character of the legislature are probably the causes of it, and the linguistically conflicting nature of legal practice is its result.

To further clarify this point, consider that, as we have seen, conversational maxims can be conceived of as customary hermeneutic technical rules⁷⁶ or as heuristics that guide our default understanding⁷⁷, or more generally, as norms that guide (and define) our reasonable interpretation⁷⁸: In all these cases, I think, they are founded on the mutual expectation that they are normally followed. But if there is widespread uncertainty about their application, they are not hermeneutic technical rules (because to follow them does not guarantee the success of the communication), they are not customary (a customary rule followed occasionally is a *contradictio in adiecto*), they cannot guide a default interpretation (because each time, we cannot know if they will be applied or not), and they are not tools to determine which interpretation is reasonable (because contrary interpretations are also considered reasonable). The uncertainty about their application falsifies – or, better, makes impossible – the existence of a mutual expectation. In legal interpretation, I claim, there is such widespread uncertainty: We can never take for granted that some interpretative criteria will be applied, and in fact, very often, they are not. This means that, strictly speaking, in legal interpretation, we cannot even talk about a violation of the maxims (as Marmor does). In our ordinary conversation, where there is a general expectation that maxims are normally followed, and they are normally followed, we can speak of a violation; in legal interpretation, where there is not such expectation, we cannot speak of a violation, but we must simply say that the maxims do not hold.

My thesis does not amount to saying that, in legal interpretation, anything goes and there are no shared criteria to interpret statutes or to prefer one interpretation to another⁷⁹: I simply claim that these criteria do not operate as conver-

⁷⁵ Actually, I think that the Gricean maxims are also conventional in the technical sense of “convention” developed by Lewis (1969): They are an arbitrary solution to a coordination problem characterised by an overwhelming conformity and a mutual expectation of conformity. However, I recognise that the arbitrariness of conventions seems at odds with the supposed universality of the Gricean maxims – i.e. with the thesis, supported by many scholars, according to which, *ceteris paribus*, every utterance of a language *L* would have exactly the same implicatures of every synonymous utterance of any other language *L**n*.

⁷⁶ See Poggi 2011: 2016.

⁷⁷ See Levinson 2000.

⁷⁸ Sbisà 2007 and 2017.

⁷⁹ In this regard, I want to recall Gizbert-Studnicki’s thesis, according to which the rules of interpretation are not justified by some sort of semantic theory, nor do they reflect such a theory: the

sational maxims do, although they may have a similar content⁸⁰.

References

- Atlas, J.D. (2005). *Logic, meaning and conversation*, Oxford, OUP.
- Atlas, J.D., Levinson, S.C. (1981). *It-Clefts, Informativeness, and Logical Form: Radical Pragmatics*, in Cole, P. (ed.), *Radical Pragmatics*, New York: Academic Press, 1-61.
- Bach, K. (1994). *Conversational Implicature*, «Mind & Language», 9, 124-162.
- Bach, K. (1997). *The semantic-pragmatic distinction: What it is and why it matters*, «Pragmatik», 8, 33-50.
- Bach, K. (2005). *The Top 10 Misconceptions about Implicature*, in Birner, B., Ward, G. (eds.), *Drawing the Boundaries of Meaning: Neo-gricean Studies in Pragmatics and Semantics in Honor of Laurence R. Horn*, Amsterdam, John Benjamins, 21-30.
- Bianchi, C. (2011). *Implicature, intenzioni e normatività*, «Esercizi filosofici», 6, 16-29.
- Bianchi, C. (2016). *What Did You (Legally) Say? Cooperative and Strategic Interactions*, in Capone, A., Poggi, F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 185-199.
- Blakemore, D. (1992). *Understanding utterances. An introduction to pragmatics*, Oxford, Blackwell.
- Blome-Tillmann, M. (2008). *Conversational implicature and the cancellability test*, «Analysis», 68, 156-160.
- Bobbio, N. (1961). *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli.
- Borge, S. (2009). *Conversational Implicatures and Cancellability*, «Acta Analytica», 24, 149-154.

canons of construction are rules that are justified by, and reflect, the fundamental values of political morality underlying legal orders (Gizbert-Studnicki 2015). The discussion of this thesis exceeds the scope of this essay, but it seems to me that if we agree, and we can provide arguments to support this thesis, then it can be assumed as a proof (not evidence) that the CP is not applied in legal interpretation (at least in Western countries): In fact, this thesis implies that the nature of legal interpretative criteria is very different from the Gricean maxims.

⁸⁰ Macagno, Walton and Sartor (2018) claim that both «legal canons and pragmatic maxims can be regarded in terms of defeasible reasons» (77). In other words, these criteria would operate in the same way in so far as they fit with (or can be accommodated within) a non-monotonic framework of argumentation. Here I'm not interested in discussing this thesis: my point is that legal interpretative criteria do not rely on a mutual general expectation. Therefore, they cannot be assimilated to conversational maxims.

- Capone, A. (2013). *The role of pragmatics in (re)constructing the rational law-maker*, «Pragmatics & Cognition», 21, 399-414.
- Carston, R. (1993). *Conjunction, explanation, and relevance*, «Lingua», 90, 27-48.
- Carston, R. (1995). *Quantity maxims and generalised implicature*, «Lingua», 96, 213-244.
- Carston, R. (2013). *Legal Texts and Canons of Construction: A View from Current Pragmatic Theory*, in Freeman, M., Smith, F. (eds.), *Law and Language. Current Legal Issues*, 15, Oxford: OUP, 8-33.
- Chiassoni, P., (1999). *Interpretative Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes*, «Analisi e diritto 1999», 79-99.
- Dascal, M., Wróblewski, J. (1991). *The rational law-maker and the pragmatics of legal interpretation*, «Journal of Pragmatics», 15, 421-444.
- Davis, W.A. (1998). *Implicature, Intention, Convention and Principle in the Failure of Gricean Theory*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Degen, J. (2007). *Processing Scalar Implicatures: What Role Does the Question of Default Play for the Debate Between (Neo-)Griceanism and Relevance Theory?*, Osnabrück, PICS.
- Ekins, R. (2012). *The Nature of Legislative Intent*, Oxford, OUP.
- Elgin, C. (2002). *Take it from me: the Epistemological status of Testimony*, «Philosophy and Phenomenological Research», 65, 291-308.
- Gizbert-Studnicki, T. (2015). *The Normativity of Rules of Interpretation*, in M. Araszkiwicz, M., Banás, P., Gizbert-Studnicki, T., Pleszka, K. (eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Dordrecht, Springer, 243-264.
- Green, M.S. (2002). *Review of Implicature: Intention, Convention, and Principle in the Failure of Gricean Theory*, by Wayne Davis, «Philosophy and Phenomenological Research», 65, 241-44.
- Green, M.S. (2007). *Self-Expression*, Oxford, Clarendon Press.
- Grice, P.H. (1989). *Studies in the Way of Word*, Cambridge – London, Harvard University Press.
- Horn, L.R. (1984). *Toward a new taxonomy for pragmatic inferences: Q-based and R-based implicature*, in Schiffrin, D. (ed.), *Georgetown University Round Table on Languages and Linguistics*, Georgetown University Press, Washington D.C., 11-42.
- Ladegaard, H.J. (2009). *Pragmatic cooperation revisited: Resistance and non-cooperation as a discursive strategy in asymmetrical discourse*, «Journal of Pragmatics», 41, 649-666.
- Lakoff, R.T. (1973), *The Logic of Politeness; or, Minding your P's and Q's*, in Aa.Vv., *Papers from the Ninth Regional Meeting of the Chicago Linguistic Society*, Chicago, Chicago Linguistic Society, 13-15.

- Levinson, S.C. (1983). *Pragmatics*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Levinson, S.C. (2000). *Presumptive Meaning*, Cambridge – London, MIT Press.
- Lewis, D. (1969). *Convention*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Lumsden, D. (2008). *Kinds of Conversational Cooperation*, «Journal of Pragmatics», 40, 1896-908.
- Macagno, F., Walton, D., Sartor, G. (2018). *Pragmatic Maxims and Presuppositions in Legal Interpretation*, «Law and Philosophy», 37, 69-115.
- Marmor, A. (2005). *Interpretation and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2nd ed.
- Marmor, A. (2007). *What Does the Law Say? Semantics and Pragmatics in Statutory Language*, «Analisi e diritto 2007», 127-140.
- Marmor, A. (2008). *The Pragmatics of Legal Language*, «Ratio Juris», 21, 423-452.
- Marmor, A. (2011). *Can Law Imply more than It Says? On Some Pragmatic Aspects of Strategic Speech*, in Marmor, A., Soames, S. (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, OUP, 83-104.
- Miller, G.P. (1990). *Pragmatics and maxims of interpretation*, «Wisconsin Law Review», 1179, 1179-1227.
- Morra, L. (2011). *Implicature conversazionali nei testi di legge*, «Esercizi filosofici», 6, 214-231.
- Morra L. (2015). *Conversational Implicatures in Normative Texts*, in Capone, A., Mey, J.L. (eds.), *Pragmatics, culture and society*, Dordrecht, Springer, 537-562.
- Morra, L. (2016). *Widening the Gricean Picture to Strategic Exchanges*, in Capone, A., Poggi, F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 201-229.
- Poggi, F. (2011). *Law and Conversational Implicatures*, «International Journal for Semiotics of Law», 24, 21-40.
- Poggi, F. (2013). *The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation*, «Analisi e diritto 2013», 313-335.
- Poggi, F. (2016). *Grice, the Law, and the Linguistic Special Case Thesis*, in Capone, A., Poggi, F. (eds.), *Pragmatics and Law. Philosophical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 231-248.
- Reimer, M. (1998). *What is Meant by 'What is said'. A Reply to Cappelen and Lepore*, «Mind & Language», 13, 598-604.
- Rysiew, P. (2007). *Beyond words: Communication, truthfulness, and understanding*, «Episteme», 4, 285-304.
- Sadock, J.M. (1978). *On Testing for Conversational Implicature*, in Cole, P. (ed.), *Syntax and Semantics 9: Pragmatics*, New York, Academic Press, 281-298.

- Sarangi, S.K Slembrouck. S. (1992). *Non-cooperation in Communication: A Reassessment of Gricean Pragmatics*, «Journal of Pragmatics», 17, 117-154.
- Saul, J. (2002a). *Speaker Meaning, What is said, and What is Implicated*, «Nous», 36, 228-248.
- Saul, J. (2002b). *What is said and psychological reality: Grice's project and relevance theorists' criticism*, «Linguistics and Philosophy», 25, 347-372.
- Sbisà, M. (2007). *Detto, non detto. Le forme della comunicazione implicita*, Roma-Bari, Laterza.
- Sbisà, M. (2017). *Implicitness in Normative Texts*, in Poggi, F., Capone, A. (eds.), *Pragmatics and Law. Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 23-42.
- Searle, J.R. (1978). *Literal Meaning*, «Erkenntnis», 13, 207-224.
- Searle, J.R. (1980). *The Background of Meaning*, in Bierwisch, M., Kiefer, F., Searle, J.R. (eds.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht-Boston-London, D. Reidel Publishing Company, 221-232.
- Shaer, B. *Toward a cognitive science of legal interpretation*, in Freeman, M., Smith, F. (eds.), *Law and language: current legal issues*, 15, Oxford, OUP, 8-33.
- Sinclair, M.B.W. (1985). *Law and Language: the Role of Pragmatics in Statutory Interpretation*, «University of Pittsburgh Law Review», 46, 373-418.
- Skoczén, I. (2015). *Implicatures Within the Legal Context: A Rule-Based Analysis of the Possible Content of Conversational Maxims in Law*, in M. Araszkievicz, M., Banás, P., Gizbert-Studnicki, T., Pleszka, K. (eds.), *Problems of Normativity, Rules and Rule-Following*, Dordrecht, Springer, 351-362.
- Skoczén, I. (forth.). *Implicatures within legal language*, Dordrecht, Springer, forthcoming.
- Slocum, B.G. (2016). *Conversational Implicatures and Legal Texts*, «Ratio Juris», 29, 23-43.
- Smolka, J., Pirker, B. (2016). *International law and pragmatics*, «International Journal of Language and Law», 5, 1-40.
- Sperber, D. (1994). *Understanding verbal understanding*, in Khalifa, J. (ed.), *What is intelligence?*, Cambridge, Cambridge University Press, 179-198.
- Strawson, P.F. (1973). *Austin and "locutionary meaning"*, in Berlin, I., Ferguson, L.W., Pears, D.F., Pitcher, G., Searle, J.R., Strawson, P.F., Warnock, G.J. (eds.), *Essays on J.L. Austin*, Oxford, Clarendon Press, 46-68.
- Thomas, J. (1998). *Cooperative principle*, in Mey, J. (ed.), *Concise encyclopedia of pragmatics*, Elsevier, Amsterdam, 176-179.
- Velluzzi, V. (2007). *Whose Intentions and Authority? The Legislature's or the Interpreter's?*, «Analisi e diritto 2007», 279-283.

- von Wright, G.H. (1963). *Norm and action. A logical enquiry*, London, Routledge and Kegan Paul.
- Weirner, M. (2006). *Are All Conversational Implicatures Cancellable?*, «Analysis», 66, 127-30.
- Wilson, D., Sperber, D. (1986). *Relevance: Communication and cognition*, Blackwell, Oxford.
- Wilson, D., Sperber, D. (1995). *Relevance Theory*, in Ward, G., Horn, L. (eds.), *Handbook of Pragmatics*, Oxford, Blackwell, 607-632.

**Prova, verità e ragionamento giuridico
(Evidence, Truth and Legal Reasoning)**

Una concepción recursiva del razonamiento probatorio

*Rafael Hernández Marín **

Resumen

Es casi un lugar común la afirmación de que el razonamiento probatorio es una cadena de razonamientos. Sin embargo, esta afirmación no va acompañada de tesis complementarias que precisen cuál es la composición de esa cadena de razonamientos. En consecuencia, dicha afirmación queda como un tópico, sin justificación. A mi juicio, la única manera de presentar el razonamiento probatorio como una cadena de razonamientos es mediante una definición recursiva, que defina la noción de enunciado que, según el Derecho, puede formar parte del razonamiento probatorio. El objetivo de este trabajo es presentar esa definición, que permitirá distinguir entre los enunciados que, según el Derecho, pueden formar parte del razonamiento probatorio en calidad de premisas iniciales y los que, según el Derecho, pueden formar parte del razonamiento probatorio en calidad de conclusiones.

Palabras clave: Razonamiento probatorio. Cadenas de razonamientos. Motivación de las decisiones judiciales.

Abstract

The statement that evidential reasoning is a chain of reasoning is almost common place. However, this statement is not accompanied by complementary theses that specify the links in the chain. Consequently, this statement remains without justification. In my opinion, the only way to present evidential reasoning as a chain of reasoning is through a recursive definition, which defines the notion of sentence that, according to the law, can belong to evidential reasoning. The main goal of

* Departamento de Fundamentos del Orden Jurídico y Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, Apartado de Correos 4021, Murcia, España, rafaher@um.es. La investigación realizada en este trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, «Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos, decisiones», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, AEI y FEDER.

this paper is to present a definition, which will allow us to distinguish between the sentences that, according to the law, can belong to evidential reasoning as initial premises and those that, according to the law, can belong to evidential reasoning as conclusions.

Keywords: Evidential Reasoning. Chains of Reasoning. Legal opinions.

1. Introducción

En un razonamiento simple o en sentido estricto, solo existen enunciados de dos clases: las premisas y la conclusión. Para describir un razonamiento, es necesario naturalmente identificar sus premisas y su conclusión.

Pero en una cadena de razonamientos, integrada por uno o más (sub)razonamientos, es posible hacer más distinciones, concretamente, las siguientes: las premisas iniciales, la conclusión final, y otros enunciados que son a la vez conclusiones de algún subrazonamiento de la cadena y premisas de otro de dichos subrazonamientos. Contemplados desde el punto de vista de su integración en la cadena de razonamientos, estos otros enunciados pueden ser considerados conclusiones intermedias o bien premisas no iniciales.

Ello permite agrupar o dividir los enunciados integrantes de una cadena de razonamientos de dos maneras:

Una primera forma de agrupar los enunciados integrantes de una cadena de razonamientos, que podemos denominar “división o agrupación de tipo 1”, divide dichos enunciados en premisas iniciales y conclusiones, distinguiendo dentro de estas últimas entre conclusiones intermedias y la conclusión final de la cadena.

La segunda forma de agrupar los enunciados integrantes de una cadena de razonamientos, que podemos denominar “división o agrupación de tipo 2”, divide dichos enunciados en premisas y la conclusión final, distinguiendo dentro de aquellas entre premisas iniciales y premisas no iniciales.

Y del mismo modo que para describir un razonamiento sencillo o en sentido estricto es necesario distinguir su composición, también para describir una cadena de razonamientos es necesario describir su composición, esto es, los enunciados que la integran, agrupados de una manera u otra.

El razonamiento probatorio es un razonamiento, incluido en la motivación de una decisión judicial, que pretende probar la ocurrencia o no de ciertos hechos extraprocesales. Y, según sostiene de manera casi unánime la teoría jurídica, ese razonamiento es en rigor una cadena de razonamientos.

Sin embargo, la afirmación de que el razonamiento probatorio es una cadena de razonamientos no va acompañada de tesis complementarias que precisen cuál es la composición de esa cadena de razonamientos. En consecuencia, dicha afirmación queda como un tópico, sin justificación.

Aunque al jurista lo que le debe interesar ante todo no es la composición de los razonamientos probatorios que de hecho realizan los diversos tribunales judiciales. Estos razonamientos variarán de un tribunal a otro o de un caso a otro. Lo único o lo más importante de dichos razonamientos es si estos son como según el Derecho deben ser.

Para responder a esta cuestión, es indispensable saber previamente cuál debería ser, según el Derecho, la composición de un razonamiento probatorio cualquiera realizado por un tribunal judicial cualquiera. Hemos de saber cuál es la composición concreta que, según el Derecho, ha de tener esa cadena de razonamientos; es decir, qué enunciados, y en calidad de qué, pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho.

El Derecho aquí aludido es el conjunto de normas jurídicas procesales que regulan la motivación de las decisiones judiciales, en la cual se inserta el razonamiento probatorio¹. Dentro de estas normas, cabe distinguir normas o reglas de dos clases: reglas generales, relativas a todos los razonamientos integrantes de la motivación de una decisión judicial, y reglas particulares, relativas a algunos de los razonamientos integrantes de la motivación (como el razonamiento ontológico-jurídico, el razonamiento interpretativo y el razonamiento probatorio), que introducen excepciones a esas reglas generales.

En mi opinión, la más importante de las normas jurídicas españolas reguladoras de la motivación en general es el segundo enunciado del art. 218.2 de la LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil), que prescribe cómo han de ser los razonamientos que integran la motivación de una decisión judicial. El texto de este precepto es el siguiente:

«La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

Lo más importante de este precepto es, a mi juicio, su exigencia final de que la motivación se ajuste siempre a las reglas de la lógica y de la razón. Por lo que se refiere a la expresión “reglas de la lógica”, en la actualidad existen numerosas clases de lógicas, cada una de las cuales proporciona su propio catálogo de reglas lógicas. Pero es natural pensar que este precepto procesal se refiere a las reglas lógicas clásicas, como la regla *modus ponendo ponens* y las diferentes reglas de introducción y eliminación de los símbolos lógicos.

En cuanto al término “reglas de la razón”, el problema es el opuesto: no hay ningún catálogo de reglas de la razón. Sin embargo, parece que una de las reglas de la razón, en particular, de la razón científica, es la regla que exige decir o buscar la verdad. Una consecuencia de esta regla sería la exigencia de que los enunciados

¹ Me voy a referir exclusivamente a las normas jurídicas procesales españolas, que son las que conozco. Aunque, por cuanto sé, en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural existen regulaciones procesales muy parecidas a la española.

integrantes de los razonamientos incluidos en la motivación de una decisión judicial no fueran tesis falsas, ni tampoco, quizá, tesis gratuitas.

Por ejemplo, supongamos que un juez, en la motivación de una decisión suya, afirmara que el perito x afirma tal cosa en el informe pericial z aportado al procedimiento; y, sin embargo, el informe pericial z no hubiera sido aportado al procedimiento o bien hubiera sido aportado, pero en él el perito x no dijera en absoluto lo que el juez afirma que dice. En este caso, ese juez habría infringido la regla que exige decir la verdad. Pero hay que preguntarse si, al infringir dicha regla, el juez había infringido además alguna norma jurídica. En mi opinión, la única norma jurídica española actual que cabría citar es precisamente el art. 218.2 de la LEC, si consideramos que una de las reglas de la razón a las que dicho artículo se refiere es precisamente la regla que exige decir la verdad.

La presencia de afirmaciones falsas como las del ejemplo anterior en las motivaciones de decisiones judiciales son tal vez algo excepcional. Pero no es tan raro que los tribunales judiciales realicen afirmaciones gratuitas al motivar sus decisiones. Por ejemplo, en ocasiones los tribunales judiciales afirman que tal cosa generaría “alarma social”, sin que dicha afirmación vaya acompañada de ningún dato, informe, teoría, etc., que avale esa conclusión. Aunque, en mi opinión, son los altos tribunales (los tribunales supremos y los tribunales constitucionales) quienes con más frecuencia realizan afirmaciones gratuitas, cuando se pronuncian acerca de lo que un principio, valor o derecho constitucional exige o prohíbe.

Por otra parte, la exigencia de que la motivación de una decisión judicial se ajuste siempre a las reglas de la lógica y de la razón impone un requisito a todos los razonamientos incluidos en la motivación considerados globalmente: dichos razonamientos han de ser, como los razonamientos científicos, razonamientos válidos deductiva o inductivamente; es decir, han de ser razonamientos tales que sea imposible o al menos improbable que, en el caso de que sus premisas sean verdaderas, su conclusión sea falsa. Y he de observar a este respecto que precisamente el denominado “silogismo judicial” o “silogismo de la aplicación del Derecho”, considerado el prototipo de razonamiento jurídico, no es, a mi juicio, un razonamiento válido y, por ello, incumple el art. 218.2 de la LEC².

Conforme a las observaciones precedentes, el problema, antes planteado, de qué enunciados pueden formar parte, según el Derecho, del razonamiento probatorio puede ser planteado ahora de la manera siguiente:

Se trata de describir o indicar de algún modo qué enunciados pueden formar parte del razonamiento probatorio según las normas jurídicas procesales que regulan la motivación de las decisiones judiciales; más concretamente, según las normas

² Este es un tema muy importante que no puede ser abordado resumidamente y de manera incidental en este trabajo. Me remito a las exposiciones que realizo en Hernández Marín 2013: 111-112 y 271.

jurídicas generales que regulan la motivación (entre las cuales destaca el citado art. 218.2 de la LEC) y según las normas jurídicas particulares que regulan el razonamiento probatorio, que introducen excepciones a esas normas generales, y que serán mencionadas oportunamente.

En mi opinión, la única manera de realizar esa tarea de describir correctamente qué enunciados pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho (según esas normas jurídicas generales y particulares) es mediante una definición recursiva. Solo mediante una definición recursiva es posible presentar el razonamiento probatorio como una cadena de razonamientos.

Dado que el problema que nos ocupa es el de qué enunciados pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho (según las citadas normas jurídicas generales y particulares que regulan la motivación), la propiedad que una definición recursiva del razonamiento probatorio ha de definir es la propiedad de ser un enunciado que puede formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho (esto es, de ser un enunciado que, según el Derecho, puede pertenecer al razonamiento probatorio o que el Derecho admite en el razonamiento probatorio).

Esta definición permitirá distinguir ulteriormente entre los enunciados que pueden formar parte, según el Derecho (según dichas normas jurídicas generales y particulares), del razonamiento probatorio en calidad de premisas iniciales y los que pueden formar parte, según el Derecho, del razonamiento probatorio en calidad de conclusiones. De este modo, los enunciados integrantes de esa cadena de razonamientos que es el razonamiento probatorio pueden ser agrupados conforme a lo que al inicio (al hablar de las cadenas de razonamientos) he denominado “agrupación de tipo 1”.

2. Las cláusulas-base de la recursión

La definición recursiva que voy a presentar consta de tres cláusulas-base, que son las que expongo y comento a continuación.

1ª cláusula: Si *E* es un enunciado *referente a un hecho procesal y es verdadero*, entonces *E* puede formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, concretamente, según la regulación general de la motivación.

Conforme a la interpretación antes realizada del segundo enunciado del art. 218.2 de la LEC, que es la más importante de las reglas jurídicas españolas generales que regulan la motivación de las decisiones judiciales, este precepto exige que los enunciados incluidos en la motivación de una decisión judicial sean verdaderos. Luego, si un juez o tribunal judicial incluye en la motivación de una decisión suya una afirmación referente a cualquier hecho procesal (a lo que ha dicho o ha hecho durante el proceso una de las partes litigantes o un testigo o a lo que dice un documento aportado al procedimiento, etc.) y esa afirmación es verdadera, entonces esa

afirmación puede formar parte del razonamiento según dicho enunciado jurídico y, por tanto, según el Derecho. Esto es precisamente lo que dice esa 1ª cláusula, que acaba de ser formulada.

No se observa aquí ninguna excepción a la regla general contenida en el segundo enunciado del art. 218.2 de la LEC. Parece más bien, por así decirlo, una aplicación de dicha regla a las pruebas o hechos procesales. La excepcionalidad reside en las limitaciones respecto a los objetos o eventos que pueden ser pruebas o hechos procesales. Estas limitaciones son establecidas por la regulación legal del procedimiento probatorio (que comprende la proposición, la admisión y la práctica de las pruebas procesales) y por el juez, que ha de aplicar esa regulación legal. Dichas limitaciones, al prohibir que determinados hechos se incorporen al proceso en calidad de pruebas procesales, impiden que ciertos enunciados verdaderos referentes a esos hechos excluidos del proceso puedan formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, de acuerdo con la 1ª cláusula.

2ª cláusula: Si *E* es un enunciado *referente a un hecho extraprocesal y es notoriamente verdadero*, entonces *E* puede formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, concretamente, según el art. 282.4 de la LEC.

Lo que dice este art. 282.4 de la LEC es lo siguiente: «No será necesario probar los hechos [extraprocesales] que gocen de notoriedad absoluta y general».

Cabe contemplar este enunciado jurídico como una excepción a las reglas generales que regulan la motivación de las decisiones judiciales. Pues, según dicho precepto, la verdad de un enunciado *E* es condición necesaria, pero no suficiente, para que *E* pueda formar parte del razonamiento probatorio.

3ª cláusula: Si *E* es un enunciado *referente a un hecho extraprocesal y es admitido como verdadero por las partes litigantes*, entonces *E* puede formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, concretamente, según el art. 282.3 de la LEC.

Lo que dice el art. 282.3 de la LEC es lo siguiente: «Están exentos de prueba los hechos [extraprocesales] sobre los que exista plena conformidad de las partes».

También este enunciado jurídico constituye una excepción a las reglas generales que regulan la motivación de las decisiones judiciales. Pues, según dicho enunciado jurídico, la verdad de un enunciado *E* no es condición necesaria, ni suficiente para que *E* pueda formar parte del razonamiento probatorio.

Los enunciados que, conforme a alguna de las tres cláusulas-base que han sido formuladas, tienen la propiedad de poder formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, o sea, según las normas jurídicas citadas, son los enunciados que pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho en calidad de premisas iniciales de esta cadena de razonamientos. Por ello, se puede decir que cada una de esas normas jurídicas establece una condición suficiente para que un enunciado pueda formar parte del razonamiento probatorio en calidad de premisa inicial.

3. La cláusula recursiva de la definición

3.1. *Formulación*

Cabe preguntarse si, de modo análogo, existe alguna norma jurídica que establezca una condición suficiente para que un enunciado pueda formar parte del razonamiento probatorio en calidad de conclusión de esta cadena de razonamientos.

En el Derecho español actual, lo más parecido a esa norma jurídica es quizá el art. 386.1 de la LEC, que dice lo siguiente:

«A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

Si entendemos que esas menciones a hechos aluden a enunciados (a enunciados referentes a hechos), este artículo deja traslucir la idea de que un enunciado puede ingresar en el razonamiento probatorio, concretamente, en calidad de conclusión, si guarda cierta relación indeterminada (“enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”) con otros enunciados que ya forman parte del razonamiento probatorio. O sea, este precepto deja traslucir la idea de recursión y también la idea de cadena de razonamientos.

Sin embargo, en mi opinión, la cláusula recursiva que necesitamos es la cláusula siguiente, que no alude al artículo 386.1 de la LEC, y que es la última de las cláusulas que integran la definición recursiva antes anunciada:

4ª cláusula: Un enunciado E puede formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, concretamente, según una determinada norma jurídica N , si E es la conclusión de un razonamiento R que cumple dos requisitos:

- a) Las premisas de R son enunciados (A_1, A_2, \dots, A_n) que pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho;
- b) Ese razonamiento R (cuyas premisas son los enunciados A_1, A_2, \dots, A_n , y cuya conclusión es el enunciado E) es un razonamiento autorizado por el Derecho, autorizado por la norma jurídica N .

Los enunciados que pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho conforme a esta cláusula son los enunciados que pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho en calidad de conclusiones de esta cadena de razonamientos. Supongamos que un enunciado E , no solo puede formar parte, según el Derecho, del razonamiento probatorio como conclusión de esta cadena de razonamientos, sino que de hecho forma parte del razonamiento probatorio según el Derecho como conclusión; es decir, supongamos que un enunciado E forma parte del razonamiento probatorio según el Derecho, como conclusión de un razonamiento R autorizado por el Derecho, cuyas premisas A_1, A_2, \dots, A_n pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho. Ello implica suponer que los enunciados A_1, A_2, \dots, A_n , premisas del razonamiento R , y que pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, también forman parte de

hecho del razonamiento probatorio según el Derecho. Por consiguiente, al ingresar en el razonamiento probatorio conforme al Derecho tanto los enunciados A_1, A_2, \dots, A_n , premisas del razonamiento R , como el enunciado E , conclusión de dicho razonamiento, también ingresa en el razonamiento probatorio conforme al Derecho el propio razonamiento R globalmente como subrazonamiento de dicho razonamiento. Y así es como el razonamiento probatorio se va constituyendo como una cadena de (sub)razonamientos.

3.2. Comentario

3.2.1. *Los enunciados que, según el Derecho, pueden formar parte del razonamiento probatorio como conclusiones han de ser conclusiones de razonamientos, cuyas premisas puedan, según el Derecho, formar parte del razonamiento probatorio*

Spongamos que en un juicio una de las partes litigantes sostiene la afirmación

(E₁) Isabel golpeó a Pedro el día 9 de junio en el bar b y en la calle,

con la finalidad de justificar la tesis siguiente:

(E₂) Isabel golpeó a Pedro el día 9 de junio en el bar b .

Es decir, esa parte litigante presenta el razonamiento siguiente:

[R₁] Isabel golpeó a Pedro el día 9 de junio en el bar b y en la calle [premisa].
Isabel golpeó a Pedro el día 9 de junio en el bar b [conclusión].

Es indudable que este razonamiento [R₁] es válido deductivamente. Mas lo que ahora deseo destacar es que, para que el juez que conoce ese caso pueda introducir en el razonamiento probatorio en calidad de conclusión, como uno de los litigantes pretende, el enunciado (E₂), el Derecho exige, conforme a la 4ª cláusula, que este enunciado (E₂) sea la conclusión de un razonamiento, como el razonamiento [R₁], que cumpla dos requisitos.

El primero de esos requisitos, que es el único que en este momento deseo comentar, es que las premisas de dicho razonamiento sean enunciados que, según el Derecho, puedan formar parte del razonamiento probatorio. En el caso del razonamiento [R₁], su única premisa es el enunciado (E₁), que se refiere a un hecho extraprocesal (o a hechos extraprocesales); y, aunque este enunciado (E₁) sea verdadero, no es notoriamente verdadero, ni tampoco, cabe suponer, admitido como verdadero por las partes litigantes. Por consiguiente, el enunciado (E₁) no puede formar parte del razonamiento probatorio en calidad de premisa inicial de esta cadena de razonamientos. Podría ocurrir que el enunciado (E₁) cumpliera los requisitos exigidos por el Derecho para ser una conclusión del razonamiento probatorio (requisitos establecidos en la 4ª cláusula y que he comenzado a comentar). Pero, si no cumple estos requisitos, como voy a suponer, el enunciado (E₁) no puede formar parte, según el

Derecho, del razonamiento probatorio ni como premisa inicial, ni como conclusión, es decir, bajo ningún concepto.

Por consiguiente, de acuerdo con estas suposiciones, el razonamiento $[R_1]$ no cumple el primero de los dos requisitos que son necesarios, según la 4ª cláusula, para que el enunciado (E_2), que es su conclusión, ingrese en el razonamiento probatorio conforme al Derecho. Por esta razón, el Derecho no admite que el enunciado (E_2) ingrese en el razonamiento probatorio en calidad de conclusión de esta cadena de razonamientos (al menos mientras el razonamiento $[R_1]$ sea la única justificación recibida por el enunciado (E_2) para dicho ingreso).

3.2.2. *Los enunciados que, según el Derecho, pueden formar parte del razonamiento probatorio como conclusiones han de ser conclusiones de razonamientos autorizados por el Derecho*

Conforme a la 4ª cláusula, para que el Derecho autorice que un enunciado E ingrese en el razonamiento probatorio como conclusión de esta cadena de razonamientos, es necesario que E sea la conclusión de un razonamiento autorizado por el Derecho.

A este respecto cabe distinguir entre los razonamientos que son autorizados por el Derecho de modo específico y los razonamientos que son autorizados por el Derecho de modo genérico.

3.2.2.1. *Razonamientos autorizados por el Derecho de modo específico*

Consideremos el razonamiento siguiente:

[R2] Según la escritura pública ep , Miguel ha comprado el piso P a Carmen el día d [premisa]. Miguel ha comprado el piso P a Carmen el día d [conclusión].

La única premisa de este razonamiento es el enunciado “Según la escritura pública ep , Miguel ha comprado el piso P a Carmen el día d ”. Supongamos que este enunciado es verdadero y además que la escritura pública ep a la que dicho enunciado se refiere ha sido aportada al procedimiento judicial correspondiente en tiempo y forma. En este caso, dicha premisa es un enunciado verdadero referente a un hecho procesal. Por lo cual, y conforme a la 1ª cláusula, dicha premisa puede formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho (concretamente, en calidad de premisa inicial de esta cadena de razonamientos). Por consiguiente, el enunciado “Miguel ha comprado el piso P a Carmen el día d ”, que es la conclusión del razonamiento $[R_2]$, es la conclusión de un razonamiento que cumple el primero de los dos requisitos que el Derecho exige, conforme a la 4ª cláusula, para que su conclusión pueda ingresar en el razonamiento probatorio (a diferencia de lo observado respecto al razonamiento $[R_1]$, que no cumple dicho requisito).

Mas, para que el enunciado “Miguel ha comprado el piso P a Carmen el día d ”, conclusión del razonamiento $[R_2]$, pueda formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, es necesario además, conforme a la 4ª cláusula, que dicho razonamiento $[R_2]$ esté autorizado por el Derecho.

Y el Derecho autoriza efectivamente, además de modo específico, el razonamiento $[R_2]$. Esta autorización está contenida en preceptos procesales, como los arts. 319 y 317 de la LEC, que establecen que las escrituras públicas y otros documentos públicos «harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación [...]» (lo mismo vale respecto a los documentos privados no impugnados, según el art. 326.1 de la LEC).

El Derecho, al autorizar el razonamiento $[R_2]$, está autorizando a la vez que la conclusión de dicho razonamiento ingrese en el razonamiento probatorio (a condición, naturalmente, de que la premisa del razonamiento $[R_2]$ pueda formar parte, según el Derecho, del razonamiento probatorio).

Es posible que los razonamientos similares a $[R_2]$ o algunos de ellos en particular no sean válidos. No obstante, el Derecho autoriza de modo expreso y específico todos esos razonamientos con independencia de su validez y en contra, por tanto, de lo que establecen las normas jurídicas generales que regulan la motivación de las decisiones judiciales.

Consideremos ahora el razonamiento siguiente:

[R3] Según el testigo T_1 , propietario del bar b , Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [premisa]. Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [conclusión].

La única premisa de este razonamiento $[R_3]$ es el enunciado “Según el testigo T_1 , propietario del bar b , Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b ”. Supongamos que este enunciado es verdadero y además que el testigo T_1 al que dicho enunciado se refiere ha emitido su declaración en el correspondiente procedimiento judicial. En este caso, esa premisa es un enunciado verdadero referente a un hecho procesal. Por lo cual, y conforme a la 1ª cláusula, dicha premisa puede formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho (concretamente, en calidad de premisa inicial de esta cadena de razonamientos). Por consiguiente, el enunciado (E_2), “Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b ”, que es la conclusión del razonamiento $[R_3]$, es la conclusión de un razonamiento que cumple el primero de los dos requisitos que el Derecho exige, conforme a la 4ª cláusula, para que ese enunciado o conclusión pueda ingresar en el razonamiento probatorio.

Mas, para que el enunciado (E_2), conclusión del razonamiento $[R_3]$, pueda formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, es necesario además, conforme a la 4ª cláusula, que dicho razonamiento $[R_3]$ esté autorizado por el Derecho.

En este caso, el Derecho no autoriza de modo específico el razonamiento $[R_3]$, a pesar de que este razonamiento tiene la misma forma que el razonamiento $[R_2]$,

que sí está autorizado de modo específico por el Derecho. Quizá la diferencia más importante entre las normas jurídicas que regulan las pruebas tasadas, como los documentos públicos, y las que regulan las pruebas sujetas a la denominada (indebidamente, en mi opinión) “libre valoración”, como las declaraciones testimoniales, consiste precisamente en que las primeras autorizan razonamientos de ese tipo, mientras que las segundas no.

3.2.2.2. Razonamientos autorizados por el Derecho de modo genérico

No obstante, aunque el razonamiento $[R_3]$ no esté autorizado por el Derecho de modo específico, podría estar autorizado por el Derecho de modo genérico. En este caso, dicho razonamiento cumpliría los dos requisitos que son necesarios, conforme a la 4ª cláusula, para que el enunciado (E_2), “Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar *b*”, que es la conclusión de dicho razonamiento, pueda formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho.

Más, para que el razonamiento $[R_3]$ esté autorizado por el Derecho de modo genérico, es necesario que dicho razonamiento cumpla las exigencias establecidas por las normas jurídicas generales que regulan la motivación de las decisiones judiciales, en particular, por el antes citado art. 218.2 de la LEC. Según observaciones anteriores, una de las exigencias establecidas en dicho precepto es que los razonamientos integrantes de la motivación de una decisión judicial sean razonamientos válidos. De ahí que podamos concluir que, para que el Derecho autorice de modo genérico un razonamiento, es condición necesaria que se trate de un razonamiento válido.

Esta exigencia no es cumplida por el razonamiento $[R_3]$, dado que este no es un razonamiento válido, ni deductiva, ni inductivamente. Por ello, dicho razonamiento no es un razonamiento autorizado por el Derecho de modo genérico. Y, dado que tampoco está autorizado por el Derecho de modo específico, el razonamiento citado no está autorizado por el Derecho.

En consecuencia, el razonamiento $[R_3]$, aunque cumple el primero de los dos requisitos que el Derecho exige, conforme a la 4ª cláusula, para que el enunciado (E_2), “Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar *b*”, que es su conclusión, ingrese en el razonamiento probatorio, no cumple el segundo de dichos requisitos. Por tanto, el enunciado (E_2) no puede según el Derecho, y conforme a la citada 4ª cláusula, ingresar en el razonamiento probatorio (al menos mientras el razonamiento $[R_3]$ sea la única justificación recibida por el citado enunciado para ese ingreso).

Pero supongamos que el Derecho autoriza que forme parte del razonamiento probatorio, en calidad de premisa inicial o de conclusión de esta cadena de razonamientos, el enunciado siguiente: “El testigo T_1 es fiable (o sea, es objetivo, imparcial, carece de interés en el pleito, sus cualidades sensoriales están en perfecto estado, etc.)”. En este caso, el juez podría formular el siguiente razonamiento:

[R4] Según el testigo T_1 , propietario del bar b , Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [premisa]; el testigo T_1 es fiable [premisa]. Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [conclusión].

Tal vez sea aceptable considerar este razonamiento $[R_4]$ como válido. Mas, en cualquier caso, el requisito de validez de los razonamientos plantea dos problemas.

El primero de ellos es que, mientras la noción de validez deductiva es una noción precisa, no ocurre lo mismo con la noción de validez inductiva. Un razonamiento válido deductivamente es un razonamiento tal que es imposible que sus premisas sean verdaderas y su conclusión sea falsa (es decir, es un razonamiento cuyas premisas implican su conclusión, o sea, un razonamiento tal que cualquier interpretación que haga verdaderas sus premisas hace también verdadera su conclusión)³.

Los razonamientos que no son válidos deductivamente son denominados a veces “razonamientos inductivos”, usando esta expresión en sentido amplio. Los razonamientos inductivos, aunque no sean válidos deductivamente, pueden ser válidos inductivamente. Esto ocurre cuando es improbable que sus premisas sean verdaderas y su conclusión sea falsa. Mas, dado que la noción de probabilidad es imprecisa, además de polémica, también la noción de validez inductiva es imprecisa.

Esta circunstancia constituye un problema para el juez, dado que la mayoría de los subrazonamientos que integran el razonamiento probatorio son inductivos y el juez ha de decidir, antes de incluir un determinado razonamiento R en el razonamiento probatorio, si dicho razonamiento R es o no válido (inductivamente). Pero no es un problema raro para el juez, dado que el juez está acostumbrado a lidiar diariamente con nociones imprecisas, vagas, como “trato degradante”, “urgente necesidad”, “negligencia”, etc.

Aunque hay un segundo problema, no menos importante que el anterior, que es el de la posibilidad de que la validez de un razonamiento, aunque sea una condición necesaria, no fuera una condición suficiente para que un razonamiento esté autorizado por el Derecho de modo genérico. El problema al que estoy aludiendo puede ser ilustrado con el anterior razonamiento

[R4] Según el testigo T_1 , propietario del bar b , Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [premisa]; el testigo T_1 es fiable [premisa]. Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [conclusión].

Pues supongamos que Isabel, la persona a la que se refiere la primera premisa y la conclusión del razonamiento $[R_4]$, tiene una hermana gemela, María, físicamente muy parecida a ella, es decir, supongamos que es verdadero el enunciado siguiente:

(E₃) María es físicamente muy parecida a Isabel.

³ Véase Mosterín y Torretti 2002: 119-120.

Supongamos además que el parecido físico entre las dos hermanas es un hecho extraprocesal notorio en el círculo en el que se desarrollan los acontecimientos del pleito, de tal manera que el enunciado (E_3), “María es físicamente muy parecida a Isabel”, es un enunciado referente a un hecho extraprocesal y notoriamente verdadero. Aunque también cabría suponer, alternativamente, que María está presente en el juicio y el juez puede observar el parecido físico entre las hermanas. En este caso (E_3) sería un enunciado referente a un hecho procesal y verdadero. Tanto bajo una suposición, como bajo la otra, el enunciado (E_3) sería un enunciado verdadero que podría formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, concretamente, en calidad de premisa inicial de esta cadena de razonamientos.

El hecho de que el enunciado (E_3) sea verdadero y pueda formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho no cuestiona la validez del razonamiento [R_4]. Pero sí cuestiona que la validez de este razonamiento sea condición suficiente para que este razonamiento esté autorizado por el Derecho de modo genérico y su conclusión, el enunciado (E_2), “Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar *b*”, pueda ingresar según el Derecho en el razonamiento probatorio, concretamente, conforme a la 4ª cláusula, o sea, en calidad de conclusión de esta cadena de razonamientos. Ello invita a postular alguna exigencia adicional, en cuanto exigencia de esas reglas de la razón mencionadas en el art. 218.2 de la LEC, para evitar que el enunciado (E_2), conclusión del razonamiento [R_4], pueda ingresar conforme al Derecho en el razonamiento probatorio.

Según ciertas ideas muy extendidas, para que un enunciado pueda formar parte del razonamiento probatorio en calidad de conclusión, es necesario y suficiente que el enunciado esté confirmado por ciertas pruebas procesales y no esté refutado o cuestionado por otras pruebas procesales distintas. Esta exigencia no es cumplida por el enunciado (E_2), “Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar *b*”, del ejemplo que estamos comentando, dado que este enunciado, aunque está confirmado por ciertas pruebas procesales (por el testimonio de un testigo fiable), está cuestionado por otras (por el parecido físico entre las hermanas Isabel y María). Por consiguiente, de acuerdo con esta teoría, el enunciado citado no podría formar parte del razonamiento probatorio.

El problema de esta teoría es que no contempla el razonamiento probatorio como una cadena de razonamientos, como muestra el siguiente ejemplo. Supongamos que un juez, en su razonamiento probatorio, formula el enunciado “A la luz de las pruebas disponibles, está probado que el demandado fue el causante del daño”, pero no dice nada acerca de qué pruebas son esas. Es posible que este enunciado esté confirmado por algunas de las pruebas disponibles y no esté cuestionado por ninguna otra prueba. En este caso, dicho enunciado podría ingresar en el razonamiento probatorio, según la teoría que estoy comentando. Sin embargo, según las tesis que sostengo, ese enunciado no podría ingresar en el razonamiento probatorio conforme al Derecho, ni siquiera en el caso de que el enunciado citado fuera ver-

dadero. Pues el enunciado “El demandado fue el causante del daño” se refiere a un hecho extraprocesal; y, aunque sea verdadero, no es notoriamente verdadero, ni tampoco, cabe suponer, admitido como verdadero por las partes litigantes. Por tanto, en mi opinión, ese enunciado no puede ingresar en el razonamiento probatorio conforme al Derecho como premisa inicial de esta cadena de razonamientos, como el juez lo ha introducido. Tendría que ingresar en el razonamiento probatorio en calidad de conclusión, ligado a otros enunciados que el juez haya introducido previamente en el razonamiento probatorio conforme al Derecho, cosa que el juez no ha hecho.

Por esa misma razón, tampoco me parecen modelos adecuados para el razonamiento probatorio el modelo hipotético-deductivo, propuesto por L. FERRAJOLI⁴, ni el de la inferencia a la mejor explicación, ni el de la coherencia narrativa (al menos mientras estos modelos no sean reformulados, por así decirlo, de manera que presenten el razonamiento probatorio como una cadena de razonamientos). Aunque aún más desencaminadas, para el estudio del razonamiento probatorio, me parecen esas teorías de la argumentación jurídica que contemplan un argumento o razonamiento como un diálogo entre dos o más partes⁵. Esta perspectiva es útil para analizar la práctica de la prueba testifical o pericial, en la que los abogados de las partes litigantes cruzan argumentos y contraargumentos. Pero no es útil para el análisis del razonamiento probatorio incluido en la motivación de una decisión judicial, porque dicho razonamiento es obra exclusivamente del juez que dicta una decisión y la motiva; y además el Derecho no obliga al juez a incluir en su razonamiento probatorio ninguna réplica a los razonamientos realizados por las partes en apoyo de sus pretensiones.

Otra teoría, también muy extendida, que hallamos en M. TARUFFO, sostiene que, para que un enunciado pueda formar parte del razonamiento probatorio en calidad de conclusión, es necesario que el juez valore todas las pruebas o bien justifique por qué no ha valorado las pruebas que no ha valorado⁶. Conforme a esta teoría, si el juez del ejemplo que estamos analizando introdujera en el razonamiento probatorio el enunciado (E₂), “Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar *b*”, cometería un error, dado que no ha valorado todas las pruebas, concretamente, no ha valorado la prueba de que María es físicamente muy parecida a Isabel, y además no ha justificado por qué no ha valorado esta prueba. El problema de esta teoría es que la exigencia que postula es imposible de cumplir. Ante todo es imposible

⁴ Véase Ferrajoli 1990: 120 ss.

⁵ Véase, por ejemplo, Walton 2005: 1.

⁶ Taruffo 2009: 243: «Dunque, *tutte* [énfasis en el original] le prove che erano disponibili per la decisione debbono essere prese espressamente in considerazione, e anche la loro valutazione deve essere adeguatamente giustificata. In sostanza, il giudice deve spiegare per quali ragioni ha ritenuto attendibili determinate prove [...], ed anche quali sono le ragioni per cui non ha ritenuto attendibili altre prove».

que un juez valore todas las pruebas procesales. A este respecto es preciso tener en cuenta que una prueba procesal no es simplemente una declaración testifical, sino cada una de las palabras, insinuaciones, gestos, modo de vestir, etc., de un testigo; una prueba procesal es cada una de las palabras contenidas en los miles de documentos que a veces integran los autos judiciales. Necesariamente el juez ha de tener en cuenta solo unas pocas de las pruebas procesales disponibles y no tendrá en cuenta otras, que son la mayoría. Pero además el número de estas otras pruebas procesales, que el juez no ha tenido en cuenta, sigue siendo tan elevado que también es imposible que el juez se pronuncie respecto a cada una de ellas, para justificar por qué no la ha tenido en cuenta.

En mi opinión, la exigencia que necesitamos, o que necesitamos postular, es la siguiente: se trata de exigir, para que el Derecho autorice de modo genérico un razonamiento R , no solo que R sea un razonamiento válido, sino también que si a las premisas de R fueran añadidas otras premisas adicionales, que sean enunciados que el Derecho (procesal) admite en el razonamiento probatorio, el razonamiento resultante también sea válido.

Esta segunda exigencia o requisito, que denomino “requisito de validez monótonica-procesal”, no la cumple en el ejemplo que nos ocupa el razonamiento, antes citado,

- [R4] Según el testigo T_1 , propietario del bar b , Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [premisa]; el testigo T_1 es fiable [premisa]. Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [conclusión].

Según observaciones anteriores, este razonamiento [R_4], que es un razonamiento inductivo, podría ser válido, válido inductivamente, y así lo vamos a considerar. Sin embargo, si a las premisas de dicho razonamiento añadimos como premisa adicional el enunciado, citado anteriormente, y que el Derecho (procesal) admite en el razonamiento probatorio,

- (E₃) María es físicamente muy parecida a Isabel,

el resultado es el razonamiento siguiente:

- [R₅] Según el testigo T_1 , propietario del bar b , Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [premisa]; el testigo T_1 es fiable [premisa]; María es físicamente muy parecida a Isabel [premisa]. Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [conclusión].

Y este otro razonamiento [R_5], que también es inductivo, no es válido inductivamente: la probabilidad de que sea verdadera su conclusión, siendo verdaderas sus premisas, no es mayor que la probabilidad de que dicha conclusión sea falsa.

Si un razonamiento R es deductivo (como “Todos los cretenses mienten; Epiménides es cretense. Por tanto, Epiménides miente”), entonces cumple las dos condiciones necesarias para estar autorizado de modo genérico por el Derecho. Pues,

en este caso, y en primer lugar, R es válido deductivamente (los términos “razonamiento deductivo” y “razonamiento deductivamente válido” son sinónimos, a mi juicio). Por otra parte, la validez deductiva es monotónica; lo que significa que si a las premisas de un razonamiento que es deductivamente válido les añadimos como nuevas premisas cualquier conjunto de enunciados el resultado es un razonamiento distinto, pero también válido deductivamente.

En cambio, no todos los razonamientos inductivos cumplen las dos condiciones necesarias para estar autorizados de modo genérico por el Derecho. Algunos de ellos, como los razonamientos $[R_3]$ y $[R_5]$ citados previamente, ni siquiera cumplen la condición de validez⁷. Otros razonamientos inductivos, aunque cumplen la condición de validez, no cumplen la condición de validez monotónica-procesal. Un ejemplo de ello es precisamente, y como acaba de ser observado, el razonamiento

[R4] Según el testigo T_1 , propietario del bar b , Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [premisa]; el testigo T_1 es fiable [premisa].
Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b [conclusión].

El requisito de validez monotónica-procesal exige al juez que, cuando formule un razonamiento R como subrazonamiento de su razonamiento probatorio, no pase por alto ningún enunciado que pueda formar parte, según el Derecho (procesal), del razonamiento probatorio y que al ser añadido como premisa a las premisas del razonamiento R formulado por él el resultado sea un razonamiento inválido. A un juez no se le puede exigir, como hace TARUFFO, que tenga en cuenta todas las pruebas procesales (es decir, que no pase por alto ninguna prueba) o que justifique por qué no ha tenido en cuenta las pruebas que no ha tenido en cuenta. Pero sí se le puede exigir que no pase por alto ninguna prueba relevante. Y, para cumplir esta exigencia, es necesario que los subrazonamientos incluidos por el juez en el razonamiento probatorio satisfagan el requisito de validez monotónica-procesal, dado que un razonamiento que no cumple este requisito pone en evidencia que una prueba relevante ha sido pasada por alto.

Resumamos ahora los comentarios realizados respecto a algunos de los ejemplos que han sido analizados:

El enunciado (E_2) , “Isabel golpeó a Pedro el día nueve de junio en el bar b ”, es la conclusión de cuatro razonamientos: los razonamientos $[R_1]$, $[R_3]$, $[R_4]$ y $[R_5]$. Para que ese enunciado forme parte del razonamiento probatorio según el Derecho

⁷ Con relación a los razonamientos inductivos, algunos autores hablan de “fuerza”, en vez de “validez”. Sin embargo, el término “validez inductiva” permite construir de modo natural, por así decirlo, un concepto genérico de validez, que engloba la validez deductiva y la validez inductiva. Y este concepto genérico de validez permite exponer y comentar de manera más simple (y también, según creo, más elegante), las condiciones que, a mi juicio, son necesarias para que un razonamiento esté autorizado por el Derecho de modo genérico.

conforme a la 4ª cláusula, o sea, como conclusión de esta cadena de razonamientos, es necesario que dicho enunciado sea la conclusión de un razonamiento que cumpla dos requisitos.

El primero de esos requisitos es que las premisas del razonamiento sean enunciados que puedan formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho. Conforme a suposiciones previas, este requisito no es cumplido por el razonamiento $[R_1]$, pero sí por los otros tres razonamientos, por los razonamientos $[R_3]$, $[R_4]$ y $[R_5]$.

El segundo requisito es que se trate de un razonamiento autorizado por el Derecho, bien de modo específico, bien de modo genérico. Los razonamientos $[R_3]$, $[R_4]$ y $[R_5]$ no están autorizados por el Derecho de modo específico. Pero podrían estar autorizados por el Derecho de modo genérico. Aunque para ello es necesario que cumplan dos condiciones. La primera de ellas es la condición de validez, condición que los razonamientos $[R_3]$ y $[R_5]$ no cumplen, dado que estos razonamientos no son válidos, ni deductiva, ni inductivamente. La segunda condición es la condición de validez monotónica-procesal, que el razonamiento $[R_4]$ no cumple, a pesar de cumplir la condición de validez; pues, si a las premisas de dicho razonamiento $[R_4]$, añadimos como premisas adicionales otros enunciados que el Derecho (procesal) admite en el razonamiento probatorio el resultado es el razonamiento $[R_5]$, que no es un razonamiento válido.

Por consiguiente, el enunciado (E_2), conclusión de los cuatro razonamientos citados, no puede ingresar en el razonamiento probatorio como conclusión de esta cadena de razonamientos (al menos mientras la única justificación para ello sean dichos razonamientos).

La importancia del requisito de validez monotónica-procesal en el razonamiento probatorio del juez puede ser apreciada en el caso que se expone continuación.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante, "TSJ") conoció un litigio motivado por el hecho de que unas quinientas personas ocuparon ilegalmente una finca, afecta al Ministerio de Defensa Español. Cinco de ellas fueron condenadas por dicho tribunal por un delito de usurpación de inmuebles y cuatro de ellas, por un delito de desobediencia grave a la autoridad. El delito de desobediencia consistía en haber desobedecido un mandato, que podría haber sido emitido bien por alguna de las autoridades militares que estaban al frente de la unidad militar instalada en la finca ocupada, bien por miembros de la Guardia Civil que acudieron al incidente, bien por el juez cuya intervención fue solicitada. Este delito está tipificado en el art. 556 del código penal español, que en la fecha en la que ocurrieron los hechos (mes de julio de 2012) tenía la redacción siguiente: «Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550 [artículo que castiga los atentados a la autoridad], resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año».

Los condenados recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo Español. Este, en sentencia 800/2014, de 12 de noviembre, confirmó la condena por usurpación, pero no la condena por desobediencia. Y para justificar que, en sus conversaciones con los mandos militares y con la Guardia Civil, los condenados no habían cometido ese delito, el Tribunal Supremo alegó que no hubo por parte de estas autoridades un «mandato expreso, concreto y terminante». Estas fueron las palabras del Tribunal Supremo en la sentencia citada (F.J. 9º):

«Para la fundamentación de la subsunción de la conducta de los acusados en este tipo delictivo, se refiere la Sala en primer lugar a que “*el Capitán de la Guardia Civil **les comentó** [énfasis añadido por el Tribunal Supremo] una y otra vez las consecuencias de su actitud desobediente y les pidió casi diariamente que desalojaran la finca de modo voluntaria*” (sic). En el relato fáctico se señala igualmente que al llegar los ocupantes a la finca, “*el Capitán de la Guardia Civil **les comentó** [énfasis añadido por el Tribunal Supremo] que estaban realizando un acto ilegal y debían desalojar la finca y desistir de su intención*”. Ahora bien estos “comentarios” y “peticiones”, no revisten propiamente el carácter de “*mandato expreso, concreto y terminante*” que exige como presupuesto necesario el delito de desobediencia».

De manera que el Tribunal Supremo tomó al pie de la letra esos pasajes del relato fáctico realizado por el TSJ y no atisbó en ellos el menor indicio de una orden o mandato por parte de la Guardia Civil. Y creyó ingenuamente que los mandos y agentes de la Guardia Civil se desplazaron al lugar de los incidentes, no para dar la orden de desalojar la finca a quienes la habían ocupado ilegalmente, sino para hacerles llegar a estos algunos comentarios y formularles algunas peticiones. Por ello, realizó el razonamiento siguiente en el pasaje antes transcrito:

[R₆] La Guardia Civil hizo comentarios a los ocupantes de la finca [premisa]; un comentario no es una orden o mandato [premisa]. La Guardia Civil no dio órdenes a los ocupantes de la finca [conclusión].

Supondremos, como supone el Tribunal Supremo, que todos los enunciados contenidos en el relato fáctico de los hechos realizado por el TSJ reúnen las condiciones que el Derecho exige para ser incluidos en el razonamiento probatorio (en calidad de premisas iniciales o de conclusiones de esta cadena de razonamientos). De modo que supondremos que cumple estas condiciones la primera premisa del razonamiento [R₆], que es un enunciado formulado tácitamente por dicho TSJ y que el Tribunal Supremo asume como propio. La segunda premisa del mismo razonamiento [R₆] puede ser introducida en el razonamiento probatorio conforme al Derecho en calidad de premisa inicial de este razonamiento, en cuanto que se trata de un enunciado referente a un hecho extraprocesal y es notoriamente verdadero.

Por consiguiente, el enunciado

(E₄) La Guardia Civil no dio órdenes a los ocupantes de la finca

es la conclusión de un razonamiento, el razonamiento $[R_6]$, que cumple la primera condición que es necesaria, según el Derecho, para que su conclusión, el enunciado (E_4), pueda formar parte del razonamiento probatorio como conclusión de esta cadena de razonamientos: las premisas del razonamiento $[R_6]$ pueden formar parte, según el Derecho, del razonamiento probatorio.

Sin embargo, para la inclusión del enunciado (E_4) en el razonamiento probatorio conforme al Derecho como conclusión, es necesario que ese razonamiento $[R_6]$, del cual el enunciado (E_4) constituye su conclusión, además de tener premisas que puedan formar parte, según el Derecho, del razonamiento probatorio, cumpla un segundo requisito, a saber: estar autorizado por el Derecho, bien de modo específico, bien de modo genérico. El razonamiento $[R_6]$ no está autorizado por el Derecho de modo específico, pero cabría la posibilidad de que estuviera autorizado por el Derecho de modo genérico. Mas, para ello es necesario, conforme a las observaciones precedentes, que el razonamiento $[R_6]$ cumpla dos condiciones: validez, a secas, y validez monotónica-procesal. Como antes se ha dicho, los razonamientos deductivos cumplen ambas condiciones. Los inductivos, en cambio, es posible que ni siquiera cumplan la primera de dichas condiciones; y, en el caso de que la cumplan, es posible que no cumplan la segunda condición.

El razonamiento $[R_6]$ es inductivo: aunque sus premisas sean verdaderas, su conclusión podría ser falsa. Y es dudoso que sea inductivamente válido. Ello depende de cómo estimemos la probabilidad de que sea verdadera su conclusión, supuesta la verdad de sus premisas: si estimamos que esa probabilidad es alta o muy alta, consideraremos dicho razonamiento inductivo como inductivamente válido; en caso contrario, lo consideraremos inductivamente inválido. Por mor de la argumentación, supondré que el razonamiento $[R_6]$ es inductivamente válido y, por ello, cumple el primero de los dos requisitos necesarios para ser un razonamiento autorizado por el Derecho de modo genérico. Pero, para tener esta autorización, el razonamiento $[R_6]$ ha de cumplir un segundo requisito de validez, la validez monotónica-procesal. Este requisito exige en el caso actual que, si al razonamiento $[R_6]$ añadiéramos como premisas adicionales otros enunciados que, conforme al Derecho (procesal), podrían formar parte del razonamiento probatorio, el resultado fuera otro razonamiento válido.

Para comprobar que el razonamiento $[R_6]$ no cumple este segundo requisito, basta con presentar el propio relato fáctico del TSJ, que el Tribunal Supremo cita en el pasaje ante transcrito y asume como propio, poniendo el énfasis en lugares distintos de los destacados por el Tribunal Supremo, como voy a hacer a continuación. El Tribunal Supremo cita las siguientes palabras del TSJ destacando algunas de ellas: «*el Capitán de la Guardia Civil les comentó* [énfasis añadido por el Tribunal Supremo] *que estaban realizando un acto ilegal y debían desalojar la finca y desistir de su intención*». Podemos aceptar que el hecho de que el TSJ relata lo sucedido con las palabras “les comentó” implica que el TSJ afirmó que el Capitán de la Guardia

Civil hizo un comentario, un comentario en sentido estricto. Pero ello no excluye que el TSJ *dijera* también que «*el Capitán de la Guardia Civil les comentó [o sea, **les dijo o les advirtió**] que estaban realizando un acto ilegal y **debían desalojar la finca y desistir de su intención**».*

Y no solo eso. En el pasaje de la STS 800/2014 antes transcrito, el Tribunal Supremo dice lo siguiente:

«[...] se refiere la Sala en primer lugar a que “el Capitán de la Guardia Civil **les comentó** [énfasis añadido por el Tribunal Supremo] una y otra vez las consecuencias de su actitud desobediente y les pidió casi diariamente que desalojaran la finca de modo voluntaria”. En el relato fáctico se señala igualmente [...]».

Pero si se consulta la sentencia 36/2013, de 21 de noviembre, del TSJ que había enjuiciado el caso, se podrá comprobar que el pasaje íntegro de esta sentencia, en el que se halla ese texto citado por el Tribunal Supremo, dice lo siguiente:

«A la vista de la doctrina jurisprudencial reseñada, y proyectada al caso que nos ocupa, el relato probatorio revela claramente el delito de desobediencia grave por el que se acusa. Trasladando los criterios expuestos y partiendo del relato probatorio, complementado y desarrollado en la fundamentación jurídica, se comprueba que **la negativa de los cuatro acusados fue rotunda y contumaz**. El Capitán de la Guardia Civil les comentó una y otra vez las consecuencias de su actitud desobediente y les pidió casi diariamente que desalojaran la finca de forma voluntaria; frente a ello, y en todo momento, persistía y se reiteraba la absoluta e inmodificable voluntad de **incumplir la orden**. Cuando la negativa reiterada no permitía ninguna opción a las autoridades, que no fuera **dejar incumplida una orden**, proceden a pedir orden judicial, [...], ante las reiteradas y legítimas **órdenes de desalojo** de la finca ocupada».

En la misma sentencia del TSJ aparecen numerosos pasajes, que el propio Tribunal Supremo cita en los antecedentes de hecho de su sentencia, pero ignora en los fundamentos jurídicos, que ponen de relieve de modo inequívoco que los ocupantes de la finca fueron requeridos repetidamente por diversas autoridades y con diversas locuciones para que abandonaran la finca, pero no atendieron dichos requerimientos. Los ocupantes causaron además diversos daños en la finca ocupada y es improbable que las autoridades presentes en los acontecimientos contemplaran dichos comportamientos pasivamente. Mas, para los objetivos presentes, no es necesario alargar el relato de los hechos realizado por el TSJ. Es suficiente observar que este relato, introducido por este tribunal en el razonamiento probatorio conforme a Derecho según hemos supuesto, contiene el siguiente enunciado:

(E₅) La Guardia Civil ordenó a los ocupantes que desalojaran la finca.

Y si este enunciado (E_5) es añadido como premisa adicional al razonamiento [R_6], el resultado es el razonamiento siguiente:

[R_7] La Guardia Civil hizo comentarios a los ocupantes de la finca [premisa]; un comentario no es una orden o mandato [premisa]; la Guardia Civil ordenó a los ocupantes que desalojaran la finca [premisa]. La Guardia Civil no dio órdenes a los ocupantes de la finca [conclusión].

A diferencia del razonamiento inductivo [R_6], cuya validez inductiva hemos supuesto, el razonamiento inductivo [R_7] no es válido inductivamente: supuesta la verdad de sus premisas, no solo es que su conclusión no sea probablemente verdadera, sino que es sin duda falsa. Por esta razón, el razonamiento [R_6], aunque tenga validez inductiva, carece de validez monotónica-procesal. El razonamiento [R_6] cumple la primera condición para estar autorizado genéricamente por el Derecho, pero no cumple la segunda de esas condiciones. Mientras que el razonamiento [R_7] ni siquiera cumple la primera condición, la de validez, a secas. Por todo ello, el enunciado (E_4) (“La Guardia Civil no dio órdenes a los ocupantes de la finca”), conclusión de ambos razonamientos, es la conclusión de razonamientos que no están autorizados por el Derecho genéricamente; y, puesto que tampoco es la conclusión de algún razonamiento que esté autorizado de modo específico por el Derecho, dicho enunciado no es la conclusión de un razonamiento autorizado por el Derecho. Por esta razón, el Derecho no admite que el enunciado (E_4) ingrese en el razonamiento probatorio como conclusión de esta cadena de razonamientos.

Y no está de más observar que, en cambio, según el art. 386.1 de la LEC citado anteriormente, el enunciado (E_4) (“La Guardia Civil no dio órdenes a los ocupantes de la finca”) quizá podría formar parte del razonamiento probatorio como conclusión, dado que este enunciado es la conclusión de un razonamiento válido (inductivamente), el razonamiento [R_6], cuyas premisas son enunciados que pueden formar parte, según el Derecho, del razonamiento probatorio. Dicho de otro modo y en los términos del precepto procesal citado, este precepto autoriza tal vez a un tribunal a presumir la certeza del hecho descrito por el enunciado (E_4) (“La Guardia Civil no dio órdenes a los ocupantes de la finca”), dado que entre los hechos admitidos o probados (que son los hechos descritos por los enunciados “La Guardia Civil hizo comentarios a los ocupantes de la finca” y “Un comentario no es una orden o mandato”) y el hecho descrito por el enunciado (E_4) existe quizá “un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”.

3.3. Reformulación de la cláusula recursiva

Los comentarios precedentes a la 4ª cláusula, la cláusula recursiva, de la definición recursiva presentada anteriormente permiten complementar dicha cláusula y reformularla de la manera siguiente:

4ª cláusula: Un enunciado E puede formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho, concretamente, según una determinada norma jurídica N , si E es la conclusión de un razonamiento R que cumple los dos requisitos siguientes:

a) Las premisas de R son enunciados ($A_1, A_2, \dots A_n$) que puedan formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho;

b) Ese razonamiento R (cuyas premisas son los enunciados $A_1, A_2, \dots A_n$, y cuya conclusión es el enunciado E) es un razonamiento autorizado por el Derecho, autorizado por la norma jurídica N ,

– bien de modo específico [como sucede si N es una de las normas jurídicas que regulan las pruebas tasadas],

– bien de modo genérico [como sucede si N es una de las normas jurídicas que regulan la motivación en general], para lo cual es necesario que:

- R sea válido (deductiva o inductivamente); y
- si a las premisas de R añadimos otras premisas adicionales, que sean enunciados que pueden formar parte del razonamiento probatorio según el Derecho (procesal), el razonamiento resultante también sea válido.

Bibliografía

- Ferrajoli, L. (1990). *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza.
- Hernández Marín, R. (2013). *Razonamientos en la sentencia judicial*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons.
- Mosterín, J. y Torretti, R. (2002). *Diccionario de lógica y de filosofía de la ciencia*, Madrid, Alianza.
- Taruffo, M. (2009). *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, Laterza.
- Walton, D. (2005). *Argumentation Methods for Artificial Intelligence in Law*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer.

Verità, conoscenza e incertezza processuale da Ferrajoli ai “teorici del fatto”

Elena Marchese *

Sommario

Il lavoro analizza l’influenza che Ferrajoli ha avuto su una parte della dogmatica giuridica a lui successiva (i c.d. “teorici del fatto”) sui temi di verità, conoscenza e certezza processuale. Il *paper* è essenzialmente una critica all’idea dell’avvenuta “riabilitazione” del realismo aletico in campo giuridico e alle modalità in cui è stata analizzata e giustificata la nozione di verità da parte di questi teorici.

Parole chiave: Verità. Incertezza. Realismo e anti-realismo aletici. Teorici del fatto. Ferrajoli.

Abstract

This work analyses the influence Ferrajoli has had on a part of juridical scholars (i.e. the so-called “fact-theorists”) on the topics of truth, procedural knowledge, and certainty. The paper essentially questions the occurrence of “rehabilitation” of alethic realism in the legal field and the ways the notion of truth has been analysed and justified by these theorists.

Keywords: Truth. Uncertainty. Alethic Realism and Anti-realism. Fact-Theorists. Ferrajoli.

Introduzione

Il presente saggio ricostruisce il dibattito giusfilosofico sul tema della verità e dell’accertamento fattuale in ambito processuale, evidenziandone alcune peculiarità.

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, elena.marchesee@gmail.com. Ringrazio Giovanni Battista Ratti e Giovanni Tuzet, così come due anonimi *referee*, per aver letto e commentato con grande cura questo lavoro rendendolo indiscutibilmente migliore.

La struttura del lavoro è tripartita. Nella prima parte si metterà in risalto la grande influenza che Ferrajoli ha avuto sui lavori della dogmatica giusfilosofica¹, influenza apprezzabile, soprattutto, nella scelta dei temi e nelle modalità di analisi (Parte I). La letteratura di cui ci occupiamo, infatti, ha ripercorso le tesi di Ferrajoli sulla critica al realismo “ingenuo” e sull’eredità (pregiudizio metafisico e il pregiudizio epistemico) che esso ha lasciato nelle riflessioni dei giuristi (Parte II).

Infine, si presenterà il problema, ancora aperto, della “riabilitazione” del realismo aletico in ambito giuridico (Parte III). Nelle conclusioni – Parte IV – si affermerà che la letteratura contemporanea, pur avendo avuto grandissimi meriti teorici, non si è ancora, (del tutto) liberata dall’influenza del primo realismo e non ha concesso sufficiente attenzione alla giustificazione dei presupposti filosofici sottesi alle proprie tesi. Affermerò infine, che la riabilitazione del realismo aletico in ambito giuridico è ancora una questione aperta e gravida d’interesse per il giurista.

Parte I. Teorici del fatto

1. Unità di metodo

Negli ultimi trenta anni si è diffuso in ambito giusfilosofico un cospicuo interesse per il tema dell’accertamento processuale dei fatti. È possibile trovare un minimo comun denominatore tra i lavori di alcuni di questi studiosi che, in mancanza di un nome migliore, possiamo chiamare “teorici del fatto”². Essi, pur nelle reciproche diversità, hanno condiviso spesso scopi e mezzi di analisi e afferiscono a quella che può essere chiamata la «tradizione razionalista della prova»³. In sostanza, si può

¹ Soprattutto sull’opera di coloro che chiameremo “teorici del fatto”.

² Ci riferiamo, in particolar modo, a Ferrer, Ferrua, Gascón Abellán, Gonzalez Lagier, Taruffo e Tuzet. In questo lavoro ci limiteremo a fare *specifico* riferimento a Ferrer 2012 e 2005; Tuzet 2016; Gascón Abellán 1999; González Lagier 2013; Taruffo 2009 e 1992 e Ferrua 2012 ma ciò non impedirà di fare rimandi ad altri testi di questi autori. L’analisi si concentrerà, soprattutto, su alcune questioni concettuali riguardanti il tema della verità della *quaestio facti*, lasciando quindi, sullo sfondo, le questioni meramente probatorie.

³ Twining 2006: 172 ss. Professione di fede razionalista viene fatta, esplicitamente, da Gascón Abellán 1999 e Ferrer 2012. Ferrer 2012: 3-4 afferma che la sua opera, si iscrive nella “tradizione razionalista della prova” e che l’appartenenza a tale ambito, implica la difesa di alcuni assunti centrali: “a) l’accertamento della verità come obiettivo istituzionale dell’attività probatoria nel processo giudiziale; b) l’accettazione del concetto di verità come corrispondenza, che risulta essere il concetto più adeguato per dare conto delle esigenze dell’applicazione del diritto [...]; c) il ricorso alle metodologie e alle analisi proprie della epistemologia generale ai fini di valutare la prova, giacché costituiscono i migliori strumenti disponibili ai fini di massimizzare le probabilità che la decisione sui fatti assunta nel processo corrisponda a verità”. Si sottolinea che questi autori condividono una vicinanza anche con l’indirizzo filosofico analitico e – sebbene esso non sia apertamente esplicitato – anche con la corrente del “Nuovo Realismo” filosofico di Ferraris, De Caro, Eco.

dire che questi lavori condividono una “particolare tecnica di ricerca”⁴ e di analisi. Per quanto riguarda gli scopi di ricerca è chiara la volontà di portare al centro della riflessione giusfilosofica la “realtà” e, quindi, anche i problemi collegati all’accertamento fattuale (la prova) e alla verità.

Tutto ciò, mentre le principali concezioni filosofiche relative al tema della verità sono orientate in tutt’altro senso. Si pensi, ad esempio, alle correnti deflazioniste che hanno caratterizzato la discussione in tema di verità degli ultimi anni⁵. A ben vedere, però, potremmo trovare almeno un piccolo punto di contatto tra il deflazionismo e i lavori dei teorici di cui stiamo trattando. Entrambi, infatti, condividono l’aspirazione a “smitizzare” (cioè a svuotare da cariche ideologiche, vaghe e mistiche), le nozioni relative alla realtà, alla prova e alla verità⁶.

Nonostante questo punto comune, però, tali orientamenti hanno avuto esiti completamente opposti: mentre il deflazionismo si è risolto nell’affermazione dell’inutilità delle nozioni “smitizzate”, i teorici del fatto, invece, dopo aver loro restituito “un volto umano”⁷, ne hanno ribadito la centralità in quanto nozioni funzionali a raggiungere gli scopi del diritto e la protezione dei consociati dall’arbitrio giudiziale⁸. In questo modo essi hanno di fatto attribuito alla loro riflessione filosofica una funzione *sociale*, espressa, principalmente, nell’analisi e nella critica giurisprudenziale e legislativa. I teorici del fatto sembrano condividere, inoltre, il distacco dallo stereotipo dell’*“armchair philosophy”*, sono giuristi il cui filosofare mira ad avere effetti sulla pratica giuridica: ad essere utile a scopi pratici. Ciò, sebbene essi non abbiano ancora effettivamente prodotto lavori eminentemente empirici.

Quanto ai mezzi utilizzati per l’analisi dei problemi collegati all’accertamento fattuale, si devono ricordare: 1) un “approccio razionalista” che ha permesso di riappropriarsi di tali concetti e di ribadirne l’importanza per il mondo giuridico,

⁴ Abbagnano 1971: 581 utilizza questa locuzione per definire la parola “metodo”.

⁵ Le concezioni deflazioniste della verità, pur nella loro intrinseca differenza, sono più o meno concordi nel sostenere almeno una tesi: e cioè che il predicato “vero” non costituisca nessun tipo di proprietà sostanziale. Da questa posizione derivano generalmente due atteggiamenti tipicamente deflazionisti: 1) che un problema ontologico-metafisico, relativo al tema della verità, semplicemente, non si pone e 2), che è necessario “sgonfiare” la nozione di verità da tutti quei tentativi inflazionisti di vedere in essa qualcosa che, di fatto, non c’è. Tra gli esponenti di questa corrente possiamo ricordare: Paul Horwich.

⁶ Ne è un esempio il dibattito – citato indirettamente anche da Ferrajoli 1989: 55, nota 38 – riguardante la necessità o meno di scrivere la parola “verità” con la “v” maiuscola o minuscola.

⁷ Cioè aver affermato che, un certo grado d’insopprimibile incertezza non li rende mete inarriabili o irraggiungibili.

⁸ Sul punto si veda: Tuzet 2016: 3, che nel suo libro fa proprio quell’approccio che «insiste sull’importanza dei controlli di razionalità nella prassi giuridica e sulla controllabilità della decisione giudiziale» [...] «in modo che questa non dipenda da un mero atto d’autorità ma abbia una dimensione razionale e sia basata sulla valutazione delle prove per quanto riguarda la ricostruzione dei fatti rilevanti» senza dimenticare l’importanza di un approccio fallibilista e la pretesa veritativa che quest’ultimo implica. Si veda anche: Ferrer 2012: 5.

senza cadere in quel cieco scientismo⁹ che aveva caratterizzato le riflessioni giuridiche post-illuministe e positiviste. L'approccio razionalista di questi lavori inoltre è accompagnato, spesso, anche da una forte criticità nei confronti del soggettivismo e del nichilismo epistemico¹⁰, elementi che, di fatto, pongono questi lavori in contrasto con le posizioni – maggiormente in voga – afferenti al postmodernismo¹¹. Infine, si può dire che l'attitudine di questi lavori è generalmente sia descrittiva che normativa¹². 2) Una spiccata propensione alla *multi- e inter-disciplinarietà*¹³. Queste teorie si sono spesso appoggiate a studi sviluppati in altri ambiti del sapere specialistico, si pensi ai frequenti rimandi che questi testi fanno a studi di logica, probabilità, statistica, psicologia, sociologia e scienze cognitive¹⁴. 3) Un approccio teorico “sincretista” che, non dimenticando l'importanza delle distinzioni analitiche, ha saputo riconoscere e dar conto del modo in cui esse possono essere poste in una qualche relazione con la realtà¹⁵. Questo punto può essere interpretato come

⁹ Con questo termine si intende quell'atteggiamento intellettuale (tipico del positivismo) che ritiene, come unico sapere valido, quello delle scienze fisiche e sperimentali e svaluta ogni altra forma di sapere.

¹⁰ Con “soggettivismo” si allude a quella dottrina che riduce la realtà a stati o atti del soggetto. Con “nichilismo epistemico” ci si riferisce, invece, alla dottrina che afferma l'inesorabile fallimento a cui i nostri sforzi conoscitivi sarebbero destinati. Di fatto può avvicinarsi allo scetticismo nell'affermare che non possiamo conoscere nulla.

¹¹ Il termine è stato introdotto nel dibattito filosofico, nel 1979, da Lyotard col suo “*La condition postmoderne*”. Si caratterizza per alcune tesi quali: il rifiuto delle pretese fondazionali della filosofia moderna (ma anche della certezza e dei valori assoluti), l'affermazione della costruzione sociale dell'io, la negazione della possibilità di accesso alla realtà ed il suo frequente appoggiarsi all'irrazionalismo e al relativismo. Questo indirizzo filosofico è – in qualche misura – un'evoluzione dell'idealismo anche se lo supera nel suo non essere una teoria metafisica. In Italia tale indirizzo è stato portato avanti da Gianni Vattimo. Taruffo 2009: 74, parla esplicitamente di reazione all'“l'ubriacatura post-moderna”.

¹² Gascón Abellán 1999: 47 ss.

¹³ Sul punto Twining 2006: cap. XV e Tuzet 2016: 2, sostengono che proprio l'“interdisciplinarietà” è uno dei fattori di maggior interesse filosofico della materia probatoria. Tuzet aggiunge che un altro fattore d'estremo interesse, sono i possibili nessi tra dimensione pratica ed epistemica.

¹⁴ Agüero 2018, critica l'utilizzo e l'applicazione, da parte di questi autori, di un lessico mutuato dal mondo scientifico (quali “soglie”; “standard”) a problemi giuridico-fattuali ai quali, secondo la sua opinione, esso non potrebbe essere applicato. Egli accusa inoltre questa letteratura di incarnare un'ideale tecnocratico di filosofo che ha reso le discussioni sulla prova inservibili al “profano”. Tale critica sembra insostenibile in entrambe le sue parti. Quanto alla prima, perché è schiava di un pregiudizio metafisico che ritiene il materiale empirico fuori e dentro il processo come qualcosa di completamente distinto. In merito alla seconda perché, il fatto che si sia sviluppato un linguaggio tecnico, non vuol dire che i discorsi di questi autori siano oscuri o vaghi. Anzi, i testi dei teorici del fatto sono caratterizzati generalmente da un linguaggio piano e sintassi lineare, come tipico del metodo analitico.

¹⁵ Ad esempio, Tuzet riconosce che è possibile affermare la sussistenza di una «relazione strutturale tra *quaestio facti* e *quaestio juris* di cui il ragionamento probatorio è parte». Sullo stesso punto Taruffo, in Ferrer 2005: 12, afferma che processualisti e filosofi del diritto, per lungo tempo, hanno assunto – erroneamente – che i problemi della prova potevano essere trattati in maniera atomistica, come se non avessero mutue e reciproche connessioni. È per questo, secondo l'autore, che il tema dell'accertamento fattuale non ha trovato, per lungo tempo, terreno fertile né nell'ambito della filosofia

parte dell’eredità del dibattito che ha riguardato sia le categorie dell’analitico e del sintetico¹⁶, sia l’ermeneutica giuridica¹⁷. 4) Infine, uno degli elementi condivisi da tutti questi autori è il riferimento alle tesi sviluppate da Ferrajoli in *Diritto e Ragione*. Quest’opera ha avuto e ha una grandissima influenza sui teorici del fatto che, se da una parte ne hanno ripercorso – in maniera quasi esegetica – alcuni punti, dall’altra ne hanno, forse, sottovalutato altri.

Non so se l’unità d’intenti e di mezzi che abbiamo ricordato, sia sufficiente ad affermare l’esistenza di un vero e proprio “metodo” o addirittura di una “scuola” unitaria di pensiero sull’accertamento fattuale e la verità, ad ogni modo credo che l’unitarietà delle tesi difese, la sovra-nazionalità che ha assunto il fenomeno e l’impatto che queste teorie hanno avuto sul mondo della filosofia del diritto e sul diritto positivo, consentano di affermare che siamo di fronte – almeno – ad una corrente di pensiero nuova che si iscrive nel solco del “nuovo realismo”¹⁸.

2. L’influenza di Ferrajoli nella letteratura contemporanea su accertamento fattuale e verità

Come affermavo, la letteratura giuridica – in particolar modo quella in lingua italiana e castigliana – ha avuto (ed ha) un enorme debito nei confronti della citata opera di Ferrajoli e ciò, con particolare riferimento a due aspetti: 1) la difesa del garantismo e del cognitivismo giudiziale e 2) i temi nei quali è stata scomposta l’analisi del tema della verità.

La difesa del garantismo e del cognitivismo come antidoto all’arbitrio giudiziale è un obiettivo comune a tutta l’opera dei teorici del fatto. Essa è stata attuata, soprattutto, tramite l’ancoraggio delle analisi alla realtà fattuale e a canoni di valutazione il più possibile razionali, così come attraverso la chiarificazione concettuale e la presa di coscienza che un’analisi adeguata di temi come la verità o l’accertamento processuale, necessita di essere svolta non solamente con strumenti giuridici ma anche filosofici e soprattutto epistemologici¹⁹. Ciò perché l’utilizzo di nozioni filosoficamente adeguate serve non solo a tutelarci da possibili derive decisioniste ma

del diritto né in quello della dogmatica giuridico-processualista. In sostanza, i primi se ne erano disinteressati ritenendole questioni da “pratici del diritto” e i secondi le avevano trattate, principalmente, da un punto di vista meramente classificatorio.

¹⁶ Quine 1966; Putnam 1987.

¹⁷ Soprattutto per quanto riguarda la mediazione tra “universalità” e “concretezza”, “testo della norma” e “fatto concreto”. Si veda Ferrua 2012: 39 ss., Tuzet 2016: 2 ss. ma anche Viola, Zaccaria 1999 e Pastore 1996.

¹⁸ Eco 1997, Ferraris 2012 e 2013.

¹⁹ Tra i teorici del fatto, l’autrice che ha trattato in maniera più completa e accurata le tematiche epistemologiche è senza dubbio Gascón Abellán 1999. Alcuni degli argomenti di questo lavoro sono ispirati a spunti della sua analisi.

anche ad una corretta applicazione del diritto e del principio di stretta legalità.

Il riconoscimento della centralità dell'epistemologia per la comprensione e l'applicazione corretta del diritto è, infatti, uno degli spunti più pionieristici e – allo stesso tempo – più sottovalutati dell'opera di Ferrajoli. Grazie ai teorici del fatto, i concetti di “verità” e “prova” sono quindi divenuti correttamente applicabili al mondo giuridico, solamente in quanto adeguatamente comprensibili da un punto di vista filosofico. Tale fenomeno ha portato ad un parziale e progressivo “allargamento” delle nozioni giuridiche. Da concetti frutto di elaborazioni meramente giuridiche, a nozioni complesse, debitorie di elaborazioni filosofiche, epistemologiche e storico-politiche.

Per quanto concerne il secondo punto, esso riguarda i temi nei quali è stata scomposta l'analisi della nozione di verità nell'opera dei teorici del fatto. Questi autori in particolare, hanno infatti ripercorso, ampliato e diffusamente approfondito (tanto da farli diventare un vero e proprio *leit motiv*) alcuni punti particolari. Ne ricordiamo i più ricorrenti:

- la verità come “ideale regolativo”;
- il “pregiudizio metafisico” (che in letteratura è stato scomposto: nella “sopravalutazione della conoscenza diretta”, nella nozione di “verità reificata”²⁰ e nell’“assolutismo deluso”);
- l'utilizzo della concezione semantica di Tarski;
- la differenza tra verità materiale e formale;
- la differenza tra verità “storica”, “scientifica” e “giuridica”.

Potremmo dividere questi temi in due grandi gruppi. Il primo che prenderemo in considerazione è quello (più generale) che si iscrive nell'ambito della critica al “primo” realismo e della sua “eredità” nella teorizzazione giuridica (punti: 1.,2.,3.). Eredità che non manca ancora di influenzare, *inter alia*, le tesi di chi l'ha ampiamente criticata. Possiamo connettere le tesi afferenti a questo primo gruppo, principalmente, alla giustificazione di questioni di tipo ontologico-metafisico attinenti, cioè, a quale concezione della realtà seguire e alla relazione tra linguaggio, mondo e rappresentazioni. Sono tesi sostanzialmente normative che mirano a problematizzare e a fornire strumenti di concettualizzazione della realtà e la formazione di una rappresentazione più “adeguata” della stessa.

Le tesi afferenti al secondo gruppo (nel quale facciamo rientrare i punti 4 e 5), invece, riguardano, più in particolare, l'influenza che i mezzi e il contesto di accertamento – *intra* o *extra* processuale – hanno sulla nozione di verità. La questione che mi pare essere sottesa qui è, invece, di natura concettuale ed epistemica perché si interroga su questioni quali: “il contesto e i mezzi di accertamento, influiscono (e in che modo) sull' “identità” della verità risultato di tali processi epistemici?”

²⁰ Anche questa nozione è stata analizzata sotto due punti di vista, quello metafisico-ontologico (verità reificata) e quello epistemico (verità troppo forte).

“processi e contesti epistemici diversi, portano a nozioni di verità sostanzialmente diverse? Ammesso di sì, che relazioni ci sarebbero tra queste differenti nozioni?”. Nel presente lavoro non si potrà dare risposta a tali quesiti, essi vengono comunque menzionati al fine di rendere conto del grande spazio inesplorato che, per il filosofo del diritto, questi quesiti rappresentano.

Vale la pena ricordare, da ultimo, che le questioni afferenti a questo secondo gruppo (4, 5), sono, comunque, connesse a quelle relative al primo (1,2, 3) in quanto esse dipendono concettualmente dal tipo di concezione metafisico-ontologica che si sceglierà di difendere. In definitiva, il secondo gruppo si può ricostruire come una serie di temi inscritti nel primo.

A mio avviso l’attenzione che Ferrajoli ha posto su questi temi è troppo poca. Credo anche che la maggior parte dei teorici del fatto abbia dato ancora troppo poco spazio all’esplicitazione dei presupposti filosofico-epistemologici assunti nella formulazione delle proprie tesi sulla verità e che, proprio rispetto a questi temi, non si sia data una critica vera e propria della posizione di Ferrajoli. Infatti, se da una parte i teorici del fatto hanno sposato forti impostazioni ontologico-metafisiche (per la maggior parte afferenti al realismo aletico²¹), allo stesso tempo, quasi mai le hanno adeguatamente motivate. Inoltre, l’unanime critica contro il realismo ingenuo, non si è trasformata (ancora), nell’elaborazione e nello sviluppo di una concezione di realismo alternativa. L’impressione è che questi autori abbiano fornito intuizioni e ricostruzioni che, per la maggior parte, sono davvero corrette e illuminanti, ma che esse si siano fermate ad uno sguardo ancora ampliabile, cioè a valle dei temi analizzati. La realtà, però, è che a monte dei fenomeni epistemologici analizzati (e delle giuste intuizioni di questi giuristi) c’è ancora molto da dire.

Una chiarificazione rispetto al tipo o ai tipi delle possibili – o meno – relazioni tra il piano semantico e quello epistemologico, in ambito giuridico, rimane ancora uno dei campi teorici meno esplorati e gravido di conseguenze sul piano pratico.

3. Ferrajoli e la centralità dell’epistemologia

La nozione di “ragione”, in rapporto al diritto, è stata declinata da Ferrajoli in tre modi diversi: «ragione *nel* diritto» – attinente all’epistemologia del diritto – che

²¹ In questo lavoro con tale locuzione ci riferiremo (definendola in maniera assai minimale) a quella concezione metafisica che afferma: “la realtà esiste e non dipende da noi”. La nozione di anti-realismo, invece, sarà utilizzata in più accezioni: nella sua variante *epistemica* (i fatti e le cose del mondo esistono, ma dipendono dalla mia conoscenza di essi), nella sua variante *idealista-postmodernista* (la realtà esterna non esiste, non esistono principi fondazionali, la certezza e la conoscenza non sono possibili, possiamo, al massimo, ottenere delle credenze su oggetti costruiti dalla nostra mente) e, infine, nella sua variante *costruttivista* (il mondo esterno c’è, ma non possiamo conoscerlo in quanto tale, possiamo conoscerlo solo tramite le nostre costruzioni sociali).

riguarda il tema della razionalità delle decisioni penali; «ragione *del* diritto» – in senso assiologico – dove la «ragione» riguarda la giustificazione etico-politica delle pene e delle proibizioni, e «ragione *di* diritto» – relativa alla dogmatica penalista – che riguarda, più precisamente, il tema della validità o coerenza logica interna a ciascun sistema penale²². Noi ci occuperemo solo della prima di queste tre accezioni, dato che collega, in maniera peculiare, la ragione alla conoscenza²³.

Nella sua opera, Ferrajoli, ha riconosciuto una rilevanza centrale all'epistemologia. Ciò è riscontrabile sia dalla sistematica di *Diritto e Ragione* (che inizia proprio con una sezione intitolata: «Epistemologia. La ragione nel diritto»), ma anche dal fatto che il suo stesso «sistema generale del garantismo»²⁴ si caratterizza proprio in base al “modello di epistemologia” ad esso sottesa, e cioè su un'epistemologia basata su definizioni legislative che denotino il più esattamente possibile (da un punto di vista empirico e non valutativo) il fatto punibile e nel quale l'accertamento avvenga attraverso «asserzioni soggette a verifica» o confutazione. Un'epistemologia, quindi, orientata ai principi garantistici, cioè volta alla minimizzazione del potere e alla massimizzazione del sapere²⁵, il tutto a tutela dei cittadini dal potere dell'autorità giudiziaria.

In particolare, l'autore sottolinea che ciò che mantiene l'unità del nostro sistema penale garantista²⁶ (sebbene esso sia il risultato di una lunga serie di dottrine molto varie, spesso confliggenti e non sempre liberali²⁷), è proprio il fatto che i principi garantistici che lo compongono si identificano, prima di tutto, come uno «schema epistemologico»²⁸, diretto ad assicurare «il massimo grado di razionalità e di attendibilità del giudizio»²⁹.

²² Ferrajoli 1989: XVI.

²³ Su tale collegamento si potrebbero fare molte considerazioni, ma in questa sede basti accennare che, la nozione classica di conoscenza come “credenza vera e giustificata” implica, nel suo terzo elemento, quello della ragione. Tale nozione sembra quindi presupposta da Ferrajoli anche se non esplicitamente sposata.

²⁴ Ferrajoli 1989: VII.

²⁵ Ferrajoli 1989: XVI.

²⁶ Che si ispira ai principi: di stretta legalità, di materialità e offensività del reato, alla responsabilità penale come responsabilità personale, al contraddittorio e alla presunzione di innocenza: Ferrajoli 1989: 5.

²⁷ Ferrajoli 1989: 5-6.

²⁸ Ferrajoli 1989: 6.

²⁹ Ferrajoli 1989: 6. Queste idee hanno in grandissima parte caratterizzato l'opera dei teorici del fatto. Si noti che l'uso che Ferrajoli fa del termine “epistemologia” è perlomeno ambiguo. In questo e nel precedente paragrafo ne vengono presentate due nozioni differenti, una che la definisce in base ai valori che persegue e l'altra in base alla razionalità e all'attendibilità del giudizio. Inoltre, sebbene “razionalità” e “attendibilità” siano ricordate dall'autore insieme ed in congiunzione, sembra corretto sostenere che esse non siano sullo stesso piano ma che la razionalità della decisione (cioè la sua idoneità a produrre inferenze corrette) e l'attaccamento della stessa alla realtà di riferimento, siano entrambe funzioni (o meglio componenti, necessarie, sebbene non sufficienti) dell'attendibilità del giudizio.

Se si accetta quanto appena affermato e che per Ferrajoli «il giudizio penale – come del resto ogni attività giudiziaria – è un “sapere-potere”, cioè una combinazione di conoscenza (*veritas*) e decisione (*auctoritas*)»³⁰, allora è anche plausibile ritenere che, per l'autore, esista «un nesso indissolubile tra lo schema epistemologico» e l'identità di ogni modello processuale. Esso potrà essere, infatti, tendenzialmente garantista o tendenzialmente inquisitorio a seconda del tipo di epistemologia ad esso sottesa.

Nel sistema proposto da Ferrajoli, quindi, la funzione epistemologica del diritto penale ha una funzione auto-protettiva (serve a mantenere l'unità di un sistema cui sono sottese dottrine differenti) ed etero-protettiva (in quanto evita, o dovrebbe, evitare derivate quali autoritarismo e dispotismo, perché è ancora il giudizio alla razionalità e alla realtà).

Tutto ciò premesso, ci sono almeno due principali problemi sottesi alla concezione epistemologica di Ferrajoli. In primo luogo, è chiaro che la nozione di “epistemologia” non viene esplicitamente definita e che, nonostante i molteplici rimandi bibliografici operati dall'autore, il concetto rimane oscuro³¹. La nozione di epistemologia viene infatti presentata da Ferrajoli con una serie di sovrapposizioni concettuali tra conoscenza e assiologia del processo e spesso identificata con una specifica *ideologia* della conoscenza processuale³².

In secondo luogo, non si può far a meno di notare una certa sproporzione tra il ruolo e la carica ideologica che Ferrajoli sembra affidare all'epistemologia e la trattazione che lo stesso autore riserva a questo tema all'interno di *Diritto e Ragione*. Essa risulta essere troppo esile, e, a parte le prese di posizione programmatiche, non arriva mai ad avere un'autonomia concettuale propria.

3.1. Il carattere apofantico degli enunciati processuali come garanzia processuale

Secondo Ferrajoli, un sistema di epistemologia garantista è sostenuto, oltre che dal principio di stretta legalità (che impone la tassatività e la determinatezza delle formulazioni legislative), dal principio di stretta giurisdizionalità che si fonda sulla «verificabilità o falsificabilità» delle ipotesi accusatorie (cioè del carattere apofantico di questi enunciati) e sulla loro «prova empirica» in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la confutazione³³. Come lo stesso Ferrajoli sostiene,

³⁰ Ferrajoli 1989: 18 ss.

³¹ Con epistemologia, all'interno di questo lavoro, intenderemo l'insieme dei principi, delle procedure e delle modalità tramite le quali si conosce ma anche, in senso lato, l'insieme di studi che si sono occupati di questi temi.

³² “Epistemologia” e “cognitivismo” sembrano spesso sovrapporsi nelle parole di Ferrajoli, ma spesso, la parola “cognitivismo” viene riferita solo al collegamento imprescindibile che il processo deve avere con la realtà fattuale per non diventare autoritarismo.

³³ Ferrajoli 1989: 8-9. Anche i termini “verificabilità”, “falsificabilità” in opposizione a “prova

questo principio presuppone logicamente il – anzi, è una sua condizione d'effettività del – principio di legalità.

Riprendendo le parole di Francis Bacon, Ferrajoli sottolinea che la «giuris-dizione» è – «o almeno aspira ad essere – *ius dicere* e non *ius dare*: cioè un'attività normativa che si distingue da ogni altra»³⁴ perché è motivata da asserzioni supposte vere e non solo da prescrizioni. È un'attività, quindi che, a suo parere, non può essere meramente potestativa o discrezionale.

Proprio sulla base di questi punti, Ferrajoli, formula una vera e propria affermazione programmatica: se il cognitivismo è alla base sia del principio di stretta legalità, sia di quello di stretta giurisdizionalità ed è, di fatto, la nostra principale difesa contro l'arbitrio, allora una giustizia penale non arbitraria, deve per forza essere una giustizia penale cognitiva, cioè basata su giudizi penali prevalentemente cognitivi (in fatto) e ricognitivi (in diritto). Deve essere insomma una giustizia penale «in qualche misura “con verità”»³⁵.

Ferrajoli sembra ricondurre il rapporto tra cognitivismo processuale – o meglio, tra il carattere epistemologico del diritto – e la verità, solamente, alla natura apofantica³⁶ degli enunciati processuali d'accusa e alla loro “prova empirica” tramite adeguate procedure. Tutto questo, però, sembra essere un'elaborazione troppo minimale se si considera l'importanza e il ruolo che l'autore, almeno astrattamente, ha riservato al tema dell'epistemologia. Come dicevamo, seppur in maniera totalmente implicita, Ferrajoli, sembra difendere una concezione classica di conoscenza ma una discussione sul tema e sulle conseguenze ad esso connesse non viene fornita.

Parte II. I *loci* della letteratura sulla verità

Moltissimi sono quindi i temi (relativi all'accertamento fattuale e all'analisi della nozione di verità nel processo) che, dopo essere stati introdotti e trattati da Ferrajoli, sono stati ripresi, ampliati e analizzati anche da gran parte della dottrina giusfilosofica successiva. Questi punti ricorrenti di analisi possono essere suddivisi in due grandi gruppi. Il primo che verrà analizzato è quello relativo alla critica del realismo “ingenuo” e della sua eredità. Il secondo gruppo, invece, riguarda la definizione della nozione di verità tramite l'analisi di alcuni specifici contesti e modalità epistemiche. Analisi che sembra essere volta a definire se l'accertamento *intra* ed

empirica” sono espressioni presentate in modo ambiguo. Interpretiamo le prime come “possibilità teorica di verifica o falsificazione” degli enunciati processuali e la seconda come prova effettiva (riscontro, nella realtà, di elementi a sostegno dell'enunciato processuale).

³⁴ Ferrajoli 1989: 9.

³⁵ Ferrajoli 1989: 10.

³⁶ Ferrajoli parla di carattere “assertivo”.

extra processuale conduca a nozioni di verità sostanzialmente diverse. Il secondo gruppo si può concepire come concettualmente legato al primo³⁷.

1. L'eredità del realismo ingenuo

1.1. L'inadeguatezza epistemica del realismo ingenuo

Uno degli spunti più pionieristici nell'analisi effettuata da Ferrajoli sul tema della verità è l'aver percepito l'importanza e l'influenza che le concezioni ontologico-metafisiche hanno sulla dogmatica giuridica e sulla pratica del diritto. Il merito particolare di quest'autore sta proprio nell'aver tentato di allargare le strette definizioni giuridiche adeguandole agli standard della discussione filosofica.

I temi racchiusi all'interno del primo gruppo di *loci*³⁸, sopra ricordati, sono stati formulati da Ferrajoli quale critica all'eredità che il “primo” realismo ha lasciato nelle teorizzazioni giuridiche. L'intento primario di Ferrajoli in queste pagine, sembra essere, soprattutto, quello di svincolare la nozione di verità da quella pretesa – “ingenuamente” realista – che la vorrebbe raggiungibile senza margini di incertezza³⁹ e, in seconda battuta, dal considerarla alla stregua di un oggetto *fisicamente* presente da qualche parte, in attesa di essere scoperto⁴⁰.

L'autore afferma in particolare che il discredito scientifico (ma io aggiungerei, soprattutto filosofico) che ha coinvolto il “primo realismo”⁴¹ e la contestuale mancanza di un modello epistemologico alternativo e adeguato, sia la ragione primaria dello scetticismo e della diffusa diffidenza tra i giuristi relativamente al tema della verità nel processo⁴².

Dopo aver specificato l'inadeguatezza di tale concezione, Ferrajoli afferma esplicitamente di voler “riabilitare” la nozione real-corrispondentista di verità in ambito giuridico, tramite l'introduzione e l'utilizzo della concezione semantica di Tarski all'interno delle discussioni giuridiche sul tema della verità.

Sebbene questo sia – indubbiamente – uno degli spunti più innovativi di Fer-

³⁷ Si riprendono quindi, simmetricamente, i due temi sottesi all'elenco visto prima: quello che potremmo definire “ontologico” e quello “epistemologico”.

³⁸ Utilizzeremo questa locuzione come sinonimo di “luoghi comuni ricorrenti” nella letteratura di riferimento e, in special modo, per indicare quei temi che, introdotti originariamente da Ferrajoli, sono stati ripercorsi dai teorici del fatto.

³⁹ La pretesa di assolutezza cognitiva e di esattezza valutativa del “primo” realismo.

⁴⁰ La pretesa ontologica.

⁴¹ Che Ferrajoli chiama anche «realismo gnoseologico volgare» o «ingenuo» e che egli ritiene «sicuramente inadeguato e inattendibile» ma senza spiegarne le ragioni, se non per il rischio di derive autoritarie. Si veda Ferrajoli 1989: 20, 22, ma anche 53, nota 30. Riprendono le riflessioni sulle posizioni metafisiche Damaška 1998 e Tuzet 2016: 83 ss.

⁴² Ferrajoli 1989: 20.

rajoli⁴³, sfortunatamente, a parte la dichiarazione d'intenti, tale riabilitazione sembra consistere, meramente, nella traduzione degli enunciati processuali (relativi alla *quaestio iuris* e alla *quaestio facti*) nel bicondizionale tarskiano e in un piccolo inquadramento storico relativo alla genesi del corrispondentismo⁴⁴. Inoltre, l'idea stessa di "riabilitazione" del realismo non viene sviluppata se non implicitamente, tramite la sola introduzione dei "loci" sopra menzionati.

Sulla questione della "riabilitazione" del realismo e sull'apporto, a questi fini, della concezione tarskiana torneremo dopo. Ci concentreremo ora sulla definizione del "primo" realismo.

Il tema, seppur in termini diversi, è stato ripreso da Tuzet che ha affermato la necessità – al fine di una corretta comprensione dei problemi relativi al tema della verità nel processo – di una chiara esplicitazione delle «assunzioni filosofiche e metafisiche» ad essi sottese⁴⁵. Così, Tuzet, prendendo le mosse da un lavoro di Damaška⁴⁶, presenta un quadro relativo a quattro posizioni metafisiche, tra le quali quella del "realismo ingenuo" che si caratterizzerebbe, in particolare, nell'affermare che i nostri enunciati – se sono veri – si trovano, in una relazione di «rispecchiamento fedele» con la realtà, al contrario di quelli falsi che, invece, non rispecchiano la realtà (o la rispecchiano male) a causa di qualche vizio o errore. Per ogni fatto vi sarebbe, quindi, (almeno) un enunciato che vi corrisponde e viceversa.

Tuzet fa notare chiaramente la difficile sostenibilità di tale posizione in quanto comporta una proliferazione indiscriminata di "fatti" (anche negativi) con la possibilità di esiti contro-intuitivi. Il problema principale del primo realismo, quindi, sarebbe la pretesa di applicare in maniera diretta le caratteristiche proprie del linguaggio e del pensiero alla realtà⁴⁷.

Se volessimo enucleare altre caratteristiche fondamentali di questa posizione filosofico-ontologica potremmo ricordare:

⁴³ Lo è, sia l'introduzione della concezione tarskiana, sia la voglia di riabilitare il realismo in campo giuridico. Se infatti, introducendo Tarski nella riflessione giuridica, egli ha sostanzialmente affermato che era finito il tempo in cui il diritto aveva creduto di poter essere un universo chiuso alla riflessione filosofica, dall'altra ha puntato i riflettori su una questione completamente sconosciuta ai giuristi del tempo. In entrambi i casi ha affermato che la filosofia poteva essere utile alla chiarezza della riflessione giuridica.

⁴⁴ L'autore specifica che le origini del corrispondentismo sono antichissime e che sono legate, in special modo, all'idea parmenidea di «corrispondenza ontologico-metafisica tra proposizioni e fatti e tra linguaggio e realtà» e che, tale assunzione, fu poi portata avanti dal neopositivismo logico, nelle tesi del primo Wittgenstein e da Russell: Ferrajoli 1989: 53, nota 30. Sullo stesso punto, Ferrajoli ricorda come già Neurath, negli anni '30, avesse criticato tale impostazione. Per un breve quadro storico dell'evoluzione della filosofia della scienza si veda Gascón Abellán 1999: 13-27.

⁴⁵ Tuzet 2016: 82.

⁴⁶ Damaška 1998.

⁴⁷ Tuzet 2016: 84-85.

- la pretesa di intendere il concetto di verità in maniera statica e ontologica;
- la pretesa di descrivere la corrispondenza in termini di relazione immediata e diretta tra enunciato e mondo, di relazione univoca (uno a uno) tra designazioni e designati⁴⁸;
- la pretesa di concepire la corrispondenza come “identificazione” tra enunciato e realtà;
- la pretesa di certezza assoluta nelle valutazioni e il mancato riconoscimento dei limiti intellettuali, cognitivi e razionali⁴⁹;
- il mancato riconoscimento della ricchezza semiotica del mondo, del pluralismo e del fallibilismo rappresentativo.

Tutti questi punti sono riferibili sia a una *tesi ontologica*, relativa ad una pretesa di definizione metafisica dei concetti di “verità” e “corrispondenza”, sia ad una *tesi epistemologica*, relativa ad una pretesa di certezza assoluta e anti-fallibilista.

Le due tesi appena enunciate rappresentano le debolezze sulle quali Ferrajoli fonda la sua critica al realismo. Questa critica, come abbiamo detto, viene enucleata nei due gruppi di *loci* precedentemente ricordati. Passeremo ora a una loro analisi più compiuta.

2. Il «pregiudizio metafisico»⁵⁰

Inizieremo analizzando il primo gruppo di *loci*, quelli relativi al “pregiudizio” ontologico-metafisico che il primo realismo ha lasciato (e lascia) nei lavori dei giuristi.

2.1. *Ideale regolativo*⁵¹

I giuristi del fatto hanno quasi univocamente condiviso la tesi, proposta in campo giuridico da Ferrajoli, secondo cui l’idea di «raggiungere ed asserire una verità oggettivamente o assolutamente certa è un’ingenuità epistemologica»⁵². A questo

⁴⁸ Ferrajoli 1989: 53, nota 30, specifica che questa è un’idea che il realismo ingenuo aveva mutuato da Moritz Schlick. Sul concetto di verità come relazione triadica e asimmetrica (uno a molti) si veda Tuzet 2013: 181 ss.

⁴⁹ Sul punto si veda Gascón Abellán 1999: 13 ss.

⁵⁰ Ferrajoli 1989: 20.

⁵¹ Questo punto può avere due accezioni, in senso metafisico-ontologico quando in letteratura si è parlato di “avvicinamento”; “approssimazione” e in senso epistemico/concettuale come obiettivo della ricerca e della conoscenza. Per ragioni di mera praticità in questa sede verrà trattato solamente in senso epistemico-concettuale.

⁵² Ferrajoli 1989: 23.

proposito l'autore, utilizza anche le idee di "approssimazione", "accostamento", "avvicinamento" e "verosimiglianza"⁵³ affermando che, se possiamo sostenere una nozione di verità "oggettiva" e "assoluta", dobbiamo farlo intendendola come un "modello" o un "ideale regolativo", che saremo *sempre* «incapaci di eguagliare, ma al quale possiamo avvicinarci»⁵⁴, proprio come suggeriva Popper⁵⁵.

La letteratura che si è sviluppata da Taruffo in poi ha, in vario modo, ripreso questo concetto di verità come "principio regolativo" del processo senza, tuttavia, definirlo chiaramente⁵⁶. E in che senso, infatti, la verità sarebbe un ideale regolativo o un modello limite? Come può qualcosa che non conosciamo, e che sembra oltrepassare le nostre capacità intellettive, orientare (regolare) la nostra ricerca o esserne l'obiettivo, il limite?

A ben vedere, però, tale formulazione sembra essere semplicemente un espediente linguistico o, meglio, un "contenitore concettuale" per fronteggiare la mancanza di certezza (assoluta) e, allo stesso tempo, ribadire che, però, ci interessa come sono (o come sono state) le cose in realtà.

Ma dopo tutto, forse, vale ancora la critica di equivocità che Ferrajoli rivolgeva a Popper⁵⁷, e cioè che spesso, chi usa metafore come quella dell'"avvicinamento", dell'"accostamento", della "meta", da una parte cerca di sfuggire alle categorie ontologico-metafisiche, ma dall'altra sembra comunque comprometersi con esse⁵⁸.

2.2. La verità "reificata" e la sopravvalutazione della conoscenza diretta

Il pregiudizio metafisico sembra permanere, tuttavia, anche in due tendenze teoriche dei giuristi sul tema della verità. Possiamo convenire di chiamarle "reificazione della verità" e "sopravalutazione della conoscenza diretta"⁵⁹.

Uno degli effetti più comuni che il "pregiudizio metafisico" ha portato nelle teorizzazioni dei giuristi può essere definito col concetto di «verità reificata»⁶⁰. Nonostante la caratterizzazione minima che ne dà Ferrua esso si sostanzierebbe nella pratica di considerare la verità alla stregua di un oggetto materiale che è nascosto e che deve essere trovato e portato alla luce. Ferrua critica questa posizione soste-

⁵³ Ferrajoli 1989: 55, nota 37.

⁵⁴ Ferrajoli 1989: 23.

⁵⁵ Popper 1972: 393 e 401. Ferrajoli sottolinea che Popper si stia chiaramente ispirando all'idea tarskiana di verità oggettiva come «limite ideale» (Tarski 1983: 62).

⁵⁶ Ne parlano Ferrua 2012: 33 e Ubertis 2015, ma viene ricordato anche da Tuzet 2016: 76 ss., che lo definisce: «criterio concettuale di fondo che spiega e giustifica la ricerca di prove».

⁵⁷ Ferrajoli 1989: 55, nota 39.

⁵⁸ Ferrajoli afferma che la metafora dell'avvicinamento, serve proprio a esprimere la «relatività» della verità alle conoscenze di volta in volta raggiunte. Ferrajoli 1989: 23.

⁵⁹ Tale definizione fa chiaro riferimento alla nota distinzione: conoscenza "diretta", "proposizionale", "pratica". Questo punto è menzionato anche da Gascón Abellán 1999: 13 ss.

⁶⁰ Ferrua 2015: 14.

nendo che essa comporti una «illusione referenziale» che ci fa credere che la verità sia qualcosa di «fisicamente» presente da qualche parte⁶¹. Anche in questo caso v'è una sovrapposizione tra il concetto di verità e le caratteristiche epistemiche che gli attribuiamo. Una nozione siffatta non solo comporta una serie di problemi concettuali ed epistemici relativi alla sovrapposizione del piano semantico del linguaggio con quello epistemico dell'accertamento, ma comporta altresì derive scettiche o nichiliste dovute alla pretesa assolutista di chi, aspettandosi di trovare “qualcosa”, si imbatte nell'incertezza dell'accertamento fattuale⁶².

Con la seconda, la “sopravalutazione della conoscenza diretta”, s'intende la tendenza dei giuristi (anche di alcuni tra i teorici del fatto) ad una generale sopravalutazione della qualità epistemica del materiale conosciuto tramite conoscenza percettiva, rispetto a qualsiasi altra modalità di conoscenza. Tale tipo di conoscenza implica l'attualità fisica (sensibile) dell'oggetto materiale conosciuto e avviene tramite la sua percezione sensoriale.

Possiamo trovarne degli esempi nelle parole di Ferrua:

Dato che l'ipotesi da verificare è insuscettibile di riscontro diretto nel reale [...] nulla può garantire la sua corrispondenza a ciò che è stato⁶³.

Nulla può definitivamente garantire che il fatto attribuito all'imputato corrisponda a ciò che “è stato”⁶⁴.

[La verità] è una pretesa mai compiutamente realizzabile, avendo come oggetto, quei *fantasmi* che sono i fatti del passato⁶⁵.

Ma si veda anche Ferrajoli che inserisce, tra le ragioni che rendono «la verità processuale una verità inevitabilmente “approssimativa”», il fatto che «la verità processuale [...] non può essere affermata sulla base di osservazioni dirette»⁶⁶.

Anche Ubertis, parla di conoscenza diretta e afferma che: «Il giudice deve pronunciarsi su condotte umane [...] ormai trascorse e [...] non ripetibili, ossia con riferimento alle quali è impossibile riprodurre esattamente eventi che appartengano alla loro medesima fattispecie»⁶⁷ e aggiunge che «la locuzione “prova di un fatto” è scorretta giacché non si può mai provare un “fatto” *a posteriori*, ma è se mai pos-

⁶¹ La questione relativa alla “referenzialità” nei discorsi di Ferrua è molto rilevante ma qui non può essere trattata.

⁶² Sebbene, generalmente, il realismo ingenuo (se esasperato), porti allo scetticismo, esso può condividere dei punti col nichilismo epistemico che invece, solitamente, è frutto di posizioni idealiste. Gli opposti spesso, si toccano.

⁶³ Ferrua 2015: 15.

⁶⁴ Ferrua 2015: 15.

⁶⁵ Ferrua 2015: 79. Corsivo mio.

⁶⁶ Ferrajoli 1989: 25.

⁶⁷ Ubertis 2015: 13.

sibile esperirlo o constatarlo al momento del suo accadere»⁶⁸. Questo fenomeno ha chiari collegamenti con la tendenza precedentemente illustrata e ne condivide gli esiti tendenzialmente nichilisti e scettici.

Sebbene ad autori come Ferrajoli e Ferrua non siano certamente ascrivibili tesi scettiche o nichiliste – ed entrambi siano ben consapevoli della dannosità di tali posizioni – tale consapevolezza non sembra averli liberati totalmente da una sopravvalutazione (ed idealizzazione) della qualità epistemica di quanto conosciuto tramite i sensi e dalla credenza che l'immediatezza, insita in questo tipo di attività cognitiva, dia garanzie epistemiche molto maggiori rispetto a qualsiasi altro tipo di conoscenza.

In questo lavoro non si cerca di sminuire la grandissima rilevanza che, epistemicamente parlando, la conoscenza diretta fornisce. Si vuole solo evidenziare che anche questa ha i suoi limiti e che spesso può non essere così affidabile.

Basti pensare ai risultati prodotti dalle scienze sociali come la psicologica giuridica e cognitiva che hanno restituito un quadro nient'affatto rassicurante quanto alla qualità epistemica di quanto conosciuto tramite percezione⁶⁹.

Forse troppo spesso, la comunità giuridica ha mancato di dare il giusto peso al valore aggiunto dell'intersoggettività. Le garanzie epistemiche conferite ad una tesi dopo lo scrupoloso controllo di un'intera comunità di studiosi, oppure, dopo una completa *discovery* probatoria e lo scontro in contraddittorio, mi sembrano tendenzialmente più rassicuranti di quelle che sarebbe possibile conferire ad un unico testimone oculare (foss'anche il giudice stesso) nel caso in cui veda interamente il fatto.

Lascерemo ora queste riflessioni per dedicarci ai problemi afferenti al secondo gruppo di *loci* sul tema della verità e dell'accertamento fattuale. Tale gruppo di tesi afferisce alle debolezze teoriche di tipo epistemologico del primo realismo e ai pregiudizi epistemiche che il realismo ingenuo ha lasciato nelle tesi dei giuristi.

3. Il pregiudizio epistemico

3.1. L'assolutismo deluso

Autori come Taruffo, Ferrer e Ferrua hanno evidenziato, in senso critico, l'attitudine (diffusa tra i giuristi, e non solo) di essere degli «assolutisti delusi»⁷⁰.

⁶⁸ Ubertis 2015: 14.

⁶⁹ Mi limito a citare: Musatti 1930; De Cataldo 1988; Mazzoni 2003; Bona 2010.

⁷⁰ Hart 2002: 163; parla di «assolutista deluso» in riferimento allo scetticismo normativo. Ferrajoli 1989: 36-37 parla invece di «illuministi delusi» riprendendo i «verificazionisti» e «giustificazionisti delusi» di Popper 1972: 391. La figura viene ricordata anche da Ayer 1967: cap. IV; da Twining 2006: 96-97; da Taruffo 1992: 10, note 22-23; da Ferrer 2012: 11, nota 7; e da Ferrua 2012: 32 e 2015: 14, il quale sostiene che tale atteggiamento derivi dal sostenere una nozione «troppo forte» di verità.

Sebbene in letteratura se ne sia parlato in termini personalistici, tale nozione indica piuttosto una “patologia” *del discorso* teorico e sarebbe quindi, più corretto parlare di “assolutismo deluso”.

Avviene – in sostanza – che nell’opera di molti autori, la “rilevanza teorica” (l’importanza) attribuita a un dato concetto si traduca, spesso, in descrizioni stereotipate e perfezionistiche, esposizioni o spiegazioni connotate dall’applicazione a quel concetto di caratteristiche e qualità inarrivabili o, semplicemente, migliori di quanto non siano in realtà⁷¹. Tale fenomeno funziona, quindi, tramite un processo di “idealizzazione” che comporta l’attribuzione di caratteristiche tanto perfezionistiche quanto irrealistiche al concetto studiato e la sua definizione in termini «troppo forti»⁷².

Ferrua utilizza questa locuzione nell’ambito della sua riflessione sul tema della verità e, sebbene il concetto non venga esplicitamente definito, è possibile darne almeno due letture: la prima in senso epistemologico: a) come identificazione della nozione di “verità” con quella di “certezza” e b) come pretesa di onnicomprensività e infallibilità delle nostre facoltà mentali e del nostro linguaggio⁷³.

Una seconda lettura della nozione di “verità troppo forte” è in senso ideologico, come “asservimento” della nozione di verità alle “logiche” o alla difesa di una data concezione del processo o della conoscenza. In questo senso sarebbe “troppo forte” in quanto caricata di “pesi ideologici” e quindi utilizzata, impropriamente, quale sostegno delle ideologie di chi se ne fa portavoce. Verrebbe così distolta dalla sua peculiare funzione epistemica⁷⁴.

Questa impostazione ha portato in letteratura a una serie di pregiudizi come quello che vuole incompatibili “verità” e “garantismo penale” o alla moltiplicazione indiscriminata di nozioni di verità⁷⁵.

Se ci si interroga sulle ragioni del fenomeno dell’assolutizzazione della nozione di verità o, in generale, di atteggiamento assolutistico nei confronti della verità, si può pensare che esso sia generato da almeno tre ragioni (isolatamente o in combi-

⁷¹ Se ne possono trovare esempi in Ubertis 2015; Patterson 2010; Negri 2004.

⁷² Ferrua 2015: 14 e 2012: 32.

⁷³ Pretesa che consiste nel ritenere che le nostre facoltà cognitive (sensoriali, inferenziali e, in generale, intellettive) riescano a trattenere e riprodurre in maniera perfetta e totale la realtà a cui essi di riferiscono. A questa lettura possiamo ricondurre anche il fenomeno della “sopravalutazione della conoscenza diretta” e la nozione di “verità assoluta”.

⁷⁴ Abbiamo detto che la conoscenza viene concepita generalmente come “credenza vera e giustificata”, per questo è ragionevole ritenere che, nell’ambito di un’impresa conoscitiva – come quella intrapresa all’interno del processo – la verità svolga una funzione epistemica, in quanto, senza la sua presenza, non ci sarebbe conoscenza.

⁷⁵ Nozioni inservibili ai fini di un’impresa epistemica, in quanto, in questi casi, la verità non svolge alcuna funzione epistemica ma viene utilizzata per veicolare una data concezione filosofica o un’ideologia processuale.

nazione tra loro): 1) il “peso”⁷⁶ attribuito a tale concetto; 2) l’incapacità di formulare analisi “contestualizzate”, improntate a standard realistici e coerenti con l’ambito cui si riferiscono o con i limiti delle proprie facoltà intellettive; 3) la necessità (teorica o ideologica) di negare la stessa nozione assolutizzata⁷⁷.

L’esito di questa posizione teorica, in letteratura, è stato generalmente quello di rifiutare la nozione che si era precedentemente assolutizzata. Tuttavia ciò non avviene solamente per ragioni ideologiche o teoriche ma anche quale reazione alla “delusione intellettuale” causata dal non trovare e non poter gestire nella realtà una nozione tanto perfetta e utopica.

In sostanza di fronte all’impossibilità di raggiungere una conoscenza certa e perfetta – in questo senso “assoluta” – si è diffusa una forte disillusione che ha condotto a negare qualsiasi possibilità di conoscenza della verità e «a negare qualsiasi tipo di razionalità cognitiva»⁷⁸. Come afferma Ferrer, siamo di fronte ad un atteggiamento che salta da «una posizione epistemologica estrema ad un’altra, tanto implausibile come lo era la prima»⁷⁹.

L’eredità del realismo ingenuo starebbe, quindi, proprio in un atteggiamento intellettuale che idealizza e stereotipizza la realtà e i nostri processi cognitivi. Un po’ *naïve*, quindi, nel non considerare i nostri limiti intellettuali e nel dimenticare che le nostre descrizioni del mondo lo sottodeterminano sempre (non riescono, cioè, a coglierne ogni aspetto).

3.2. *La verità fuori e dentro il processo*

Questa sezione è dedicata a quei *loci* che riguardano l’accertamento della verità fuori e dentro il processo e che, in particolare, sono stati utilizzati al fine di valutare quanto il contesto di scoperta incida sulla definizione concettuale della nozione di verità.

⁷⁶ Cioè l’influenza di tale concetto nell’economia dello studio che si sta svolgendo. Ciò, beninteso, sia in positivo (perché lo si valorizza eccessivamente), sia in negativo (nel caso in cui lo si denigri).

⁷⁷ In questo caso tale meccanismo si risolverebbe in una tecnica retorico-argomentativa. Taruffo ricorda che tale atteggiamento coincide con la figura del “*Caricaturist*” di Twining 2006, che è lo stereotipo di chi esagera volutamente le caratteristiche di qualcosa per poi poter dire che essa non è sostenibile o accessibile, proprio in virtù di quelle stesse caratteristiche esasperate.

⁷⁸ Ferrer 2012: 11.

⁷⁹ Ferrer 2012: 11. Ferrajoli 1989: 20 afferma che questa posizione comporta l’inservibilità o la dannosità della nozione di verità nel processo. Ferrua 2015: 13, parla in senso molto simile di «convergenza degli opposti», tesi sostanzialmente coincidente con quella della «polarizzazione simmetrica» elaborata in Taruffo 1992: 20-21. Con questa locuzione egli sostiene che, nel suo essere “estrema”, la posizione che crede incompatibili contraddittorio e verità «mostra lo stesso vizio della posizione razionalistica da cui rifugge che è quello dell’assolutizzazione. Si rifugge cioè da posizioni razionalistiche insostenibili, perché assolute, per cadere in un irrazionalismo pure assoluto e quindi altrettanto insostenibile».

La posizione di Ferrajoli, sul punto, sembra chiara. Egli infatti si cautelemento affermando che “i limiti” e le peculiarità dell’accertamento «non conferiscono ad essa uno statuto semantico diverso da quello della verità in generale»⁸⁰, tuttavia sia nella definizione della nozione di «verità processuale», sia in quella di verità storica e scientifica sono presenti venature di ambiguità.

3.2.1. *L’alternativa verità materiale–verità processuale: “eticbettare” la verità è fuorviante*

Nella letteratura (ma anche nell’uso comune dei parlanti), il termine “verità” viene spesso qualificato o specificato tramite aggettivi quali: «materiale»⁸¹, «giudiziale»⁸² “storica”, “processuale”, «formale»⁸³, “sostanziale”, «consensuale»⁸⁴, «legale»⁸⁵, “assoluta”, «relativa»⁸⁶, “convenzionale”.

È interessante notare che per Ferrajoli «l’alternativa epistemologica tra i due modelli» di diritto penale, quello garantista e quello anti-garantista, «si manifesta anche nel diverso tipo di “verità giudiziaria” da essi perseguito»⁸⁷.

Proprio a questo proposito Ferrajoli introduce la celebre opposizione tra «verità sostanziale e verità formale»⁸⁸. La verità «sostanziale» o «materiale», per Ferrajoli, sarebbe quella a cui aspira il modello anti-garantista che viene caratterizzata come:

una verità assoluta e onnicomprensiva in ordine alle persone inquisite, priva di limiti e di confini legali, raggiungibile con qualunque mezzo al di là di rigide regole procedurali⁸⁹.

⁸⁰ Ferrajoli 1989: 36.

⁸¹ Taruffo 1992: 4-5, 158. Ricorda, ad esempio, l’accezione di “verità materiale” utilizzata nei c.d. sistemi processuali socialisti che derivava dal materialismo dialettico e, in particolare, dalla dottrina epistemologica di Lenin. Detta teoria è stata poi riformulata in versioni «epistemologicamente più credibili» come ad esempio l’elaborazione di un’idea “relativa” della verità materiale di cui ha parlato Ginsburgs. Per un quadro più completo del tema si veda Taruffo 2009: 82 ss. e 1992: 37-38.

⁸² Solamente per citarne alcuni: Ubertis 2015, Taruffo 1992, Ferrua 1995.

⁸³ Ferrua 2015: 15 utilizzata in contrapposizione con quella di verità materiale.

⁸⁴ Tonini, Conti 2014.

⁸⁵ Taruffo 1992; Tonini, Conti 2014.

⁸⁶ Un discorso parzialmente diverso riguarda la posizione di chi sostiene che ci sia una pluralità di verità tutte validamente sostenibili. Anche Taruffo 1992 e Taruffo 2009 parla di verità relativa ma la sua elaborazione non è in senso relativista. Una posizione ulteriore, ma eccentrica rispetto alle accezioni fin qui ricordate, è quella di chi ha sostenuto la contrapposizione tra una “Verità” e “verità” così come ricordato da Taruffo 2009: 74 e da Ferrua 2015: 13.

⁸⁷ Ferrajoli 1989: 16-17.

⁸⁸ Ma tale opposizione è ben più risalente nella letteratura processualista. Per un quadro sull’uso di questa distinzione si veda: Ferrajoli 1989: 49, nota 19.

⁸⁹ Ferrajoli 1989: 17. Questa definizione è davvero molto interessante. Sfortunatamente in questa sede non se ne può dare una più compiuta analisi. Basti notare però, la sovrapposizione di piani concettuali: «assoluta e onnicomprensiva in base alle persone inquisite» (sovrapposizione del piano

L'autore prosegue affermando che essa è «perseguita al di fuori di regole e controlli e soprattutto di un'esatta predeterminazione empirica delle ipotesi d'indagine». Secondo l'autore essa non può quindi che decadere «a giudizio di valore, di fatto, largamente arbitrario» recando con sé, inevitabilmente una concezione autoritaria e irrazionalistica del processo penale. La verità formale o processuale sarebbe invece raggiunta:

con il rispetto di regole precise e relativa ai soli fatti e circostanze ritagliati dalla legge come penalmente rilevanti. Questa verità non pretende di essere *la* verità, non è conseguibile mediante indagini inquisitorie estranee all'oggetto processuale; è di per sé condizionata al rispetto delle procedure e delle garanzie di difesa. È insomma una verità più controllata quanto al metodo di acquisizione ma più ridotta quanto al contenuto informativo di qualunque ipotetica "verità sostanziale": nel quadruplicato senso che è circoscritta alle tesi accusatorie formulate sulla base delle leggi, che deve essere suffragata da prove raccolte attraverso tecniche prestabilite normativamente, che è sempre una verità solamente probabile e opinabile, e che nel dubbio o in difetto di accuse o di prove [...] prevale la presunzione di non colpevolezza, ossia della falsità formale o processuale delle ipotesi accusatorie⁹⁰.

Per Ferrajoli questo sarebbe il prezzo e allo stesso tempo il valore del formalismo anche se allo stesso tempo ammette che, se è vero che «una giustizia penale interamente con verità risulta un'utopia, una giustizia penale interamente senza verità equivale ad un sistema di arbitrio»⁹¹.

Si deve sottolineare che i teorici del fatto, in opposizione a questa tendenza, hanno ridotto l'utilizzo aggettivato del termine verità e spesso hanno prodotto anche argomenti relativi alla non sostenibilità di tale opposizione. Ad esempio, González Lagier afferma:

Quando affermiamo che una ricostruzione fattuale è vera, non vogliamo (solo) dire che sia coerente, che sia accettabile, o convincente [...] ma che sia una ricostruzione che probabilmente riflette in maniera abbastanza approssimativa ciò che realmente è accaduto [...] la parola verità, tanto nell'espressione "verità materiale" come nell'espressione "verità processuale" significa "corrispondenza con la realtà", così non ci sono ragioni per sostenere che siano cose differenti⁹².

e anche che la:

epistemico – non "generale", ma "individuale" – e del piano dell'ideologia processuale inquisitoria); «Priva di limiti e confini legali [...]», «raggiungibile con qualunque mezzo [...]» (sovrapposizione del piano epistemico, legale e dell'ideologia processuale).

⁹⁰ Ferrajoli 1989: 17-18.

⁹¹ Ferrajoli 1989: 18.

⁹² González Lagier 2013: 25-26. Traduzione mia.

“verità processuale” e la “verità empirica” (a) non si differenziano quanto alla caratteristica che predicano degli enunciati che si dicono veri; (b) nemmeno quanto ai criteri di verità; (c) solo per una questione di grado, quanto alle restrizioni poste ai mezzi di accertamento della verità; (d) non si differenziano nemmeno (se non, di nuovo, forse solamente per una questione di grado) quanto al loro carattere probabilistico⁹³.

Si è precedentemente sottolineato che distogliere la verità dalla sua funzione epistemica⁹⁴ equivale a svuotarla di significato e renderla inidonea a permettere il conseguimento del fine conoscitivo cui è sotteso il suo accertamento. Taruffo, sul punto, afferma che: «l’espressione “verità materiale”, e le altre espressioni sinonime, diventano *etichette* prive di significato se non si ricollegano al problema generale della verità. Da questo punto di vista, il problema della verità dei fatti nel processo non è che una variante specifica di questo problema più generale»⁹⁵.

Ci si può allora interrogare sul perché si sia sentito (e si senta) il bisogno di utilizzare una tale quantità di specificazioni da apporre al termine “verità”.

Da un lato si può immaginare che ciò sia dovuto alla necessità di rendere conto di abitudini in qualche modo diffuse anche nel linguaggio comune dei parlanti, dall’altro, però, si può ipotizzare che vi siano ragioni ulteriori che hanno reso tale prassi così diffusa. Se così è, se ne possono ipotizzare almeno cinque:

- per specificare il concetto vago di verità;
- per specificare alcune caratteristiche degli enunciati nei quali compare il termine “verità”;
- quale “amplificatore” comunicativo di una data ideologia del processo o teoria epistemologica⁹⁶;
- per connotare il contesto o il metodo utilizzato per la ricerca della verità⁹⁷;
- per evidenziare la sua legittimità, validità e efficacia.

Dalla sola sintetica formulazione di queste ipotesi si può inferire che il fenomeno abbia differenti origini e sia riconducibile a diverse “dimensioni” o “funzioni”: l’una concettuale, le altre linguistico-semantica, teorico-ideologica, epistemica, e giuridica.

Ciò è un indicatore della complessità del problema e dei livelli di analisi su cui il fenomeno può essere studiato.

⁹³ Sul punto González Lagier 2013: 28. Si veda anche Ferrer 2005: 61 ss.

⁹⁴ Cioè attribuirle vesti o funzioni che esulino dall’essere, semplicemente, componente essenziale della conoscenza. Ciò vale in particolar modo nell’ambito di un processo epistemico, ma si ammette che in altri ambiti la verità possa rivestire altre funzioni.

⁹⁵ Taruffo 1992: 5.

⁹⁶ Questo punto riprende la critica alla nozione di verità “troppo forte” elaborata da Ferrua.

⁹⁷ Tuzet 2010: 36, sostiene, ad esempio, che la contrapposizione tra «verità materiale» e «verità processuale» dipenda dal rilievo che si dà alla prova e alla sua disciplina nel processo.

L'intuizione che qui si difende è che l'applicazione di qualsivoglia aggettivo alla nozione di verità può essere fuorviante e non consente la produzione di teorizzazioni concettualmente corrette. Ciò avviene in primo luogo perché, come abbiamo visto, la nozione di verità verrebbe distolta dalla sua funzione epistemica e, in secondo luogo, perché il fenomeno dell'"etichettamento della verità" deriva spesso da una serie di fraintendimenti e sovrapposizioni concettuali⁹⁸.

Tale fenomeno, nella maggior parte dei casi, crea anche una serie di problemi di natura teorica e pratica ravvisabili sia nella pratica forense che nella letteratura di riferimento.

Uno di questi è, come abbiamo detto, il moltiplicarsi irrazionale e indiscriminato di nozioni "vuote" di verità⁹⁹. L'illusione di chi utilizza queste nozioni consiste nel fatto che, affiancare al termine "verità" un aggettivo, sembra potergli attribuire delle "qualità" che però esso, di fatto, non è suscettibile di ricevere¹⁰⁰. Ciò comporta ben pochi benefici in termini di chiarezza e correttezza delle tesi sostenute. La polisemia di questi attributi crea confusione concettuale rispetto a cosa significhi realmente "verità" e ciò sfocia, spesso, in sterili diatribe teoriche.

Il caso della dicotomia "verità materiale-verità processuale" è emblematico. Tale distinzione, pur evidenziando la legittima esigenza dei giuristi di distinguere tra verità e verdetto giudiziale, è concettualmente erronea perché crea non solo un pregiudizio di pluralità aletica rispetto ai fatti (che non è sostenibile), ma finisce anche per sovrapporre le nozioni di conoscenza e verità.

Concentriamoci ora su altre distinzioni della nozione di verità basate sulle peculiarità del contesto di scoperta.

3.2.2. *Storia, diritto e scienza*¹⁰¹

Tra i punti dell'analisi di Ferrajoli intorno al tema della verità, uno dei più citati, ripercorsi e commentati dalla letteratura di riferimento è sicuramente quello del duplice confronto tra ricerca processuale, ricerca storica e ricerca scientifica. Ferrajoli inserisce questa contrapposizione nell'ambito della sua trattazione dei "limiti della verità processuale".

La letteratura successiva a Ferrajoli, che ha riproposto questo confronto, si è soffermata, in particolare, su due punti: 1) le peculiari caratteristiche istituzionali e

⁹⁸ Come ad esempio il mancato riconoscimento della differenza tra "verità" e "conoscenza della verità".

⁹⁹ Come quelle ricordate all'inizio di questo paragrafo.

¹⁰⁰ Cioè, non acquista nessuna qualità sostanziale dall'attribuzione di tali specificazioni semantiche.

¹⁰¹ Ferrajoli 1989: cap. I, in particolare 23-27; Ferrer 2012: 19 ss.; Ferrua 2012: 33; Ferrer 2012: 37 ss. propone un'analogia ulteriore tra l'accertamento storiografico, processuale e clinico. In senso critico: Taruffo 1992: 303-315. Più in generale, sui rapporti tra diritto e storia e tra diritto e scienza Tuzet 2013: 37-57.

autoritative del processo (limiti normativi e pratici; scopi, garanzie)¹⁰² e 2) le differenze della ricerca storica e scientifica rispetto a quella processuale¹⁰³.

In primo luogo viene affermato che, a differenza di quanto avviene in ambito scientifico, in ambito storico e processuale – soprattutto penale – ci si riferisce ad eventi del passato da ricostruire tramite prove ma che non possono essere riprodotti e ripetibili¹⁰⁴.

Un secondo argomento riguarda l'utilizzo e la costruzione di prove. Si dice – facendo una similitudine tra la ricerca processuale e quella scientifica – che nel processo, a differenza di quanto avviene nella ricerca storica (dove si utilizzano principalmente «fonti preesistenti»¹⁰⁵), si tratta di «esperire» e «produrre nuove fonti di prova: come interrogatori, testimonianze, confronti, ricognizioni, perizie, esperimenti giudiziari»¹⁰⁶. E ciò, a maggior ragione se si pensa che negli ordinamenti penali di stampo accusatorio, non possono essere introdotte prove precostituite e che l'unica sede in cui viene costruita la prova è all'interno del contraddittorio¹⁰⁷.

Ferrajoli precisa che, ciò che il giudice esperisce, «non sono i fatti delittuosi oggetto del giudizio, ma le loro prove» che sono «esperienze di eventi o cose presenti, pur se interpretabili come segni di eventi passati»¹⁰⁸. Questa tesi verrà poi ripresa, come abbiamo precedentemente accennato – in senso antirealista – da autori come Ubertis per affermare che nel processo, non si provano «fatti» ma solo «enunciati fattuali»¹⁰⁹ e che questa è la ragione per cui l'unico modo di intendere correttamente il processo è considerarlo un universo linguistico chiuso, nel quale la corrispondenza è tra enunciati e non con il mondo¹¹⁰. Tuttavia, come nota correttamente

¹⁰² Ferrer 2012: 57, sottolinea però, come ci sia giurisprudenza e dogmatica concorde nel ritenere che, la libertà del giudice nella valutazione della prova, sia comunque vincolata alle «regole generali dell'epistemologia [...] della razionalità e della logica» e che il principio della libera valutazione della prova sarebbe interpretabile anche come un «comando rivolto ai giudici affinché decidano sui fatti [...] mediante i metodi dell'epistemologia generale». Qui Ferrer cita Wróblewski 1989: 186 e Taruffo 1992: 375.

¹⁰³ Sul tema, Ferrajoli 1989: cap. I, in particolare 23 -27. Taruffo 1992: 303-315; Ferrua 2015: 15 e 2012: 33; Ferrer 2012: 22 e 2005: 48. Più in generale, sui rapporti tra diritto e storia e tra diritto e scienza Tuzet 2013: 37-57 e 2006: 281 ss.; Ubertis 2007: 1214.

¹⁰⁴ In verità, ciò è almeno parzialmente falso perché esistono numerosi esempi di perizie che consistono nella ripetizione, *mutatis mutandis*, dell'evento da provare. Il punto è, però, che questa letteratura ha posto un peso eccessivo sulla impossibilità di riprodurre l'evento individuale occorso nel mondo.

¹⁰⁵ Ferrajoli 1989: 26, come documenti, iscrizioni, utensili, rovine, narrazioni relative a fatti tramandati e dei quali non si ha conoscenza diretta.

¹⁰⁶ Ferrajoli 1989: 26.

¹⁰⁷ Si veda, ad esempio, quanto prescrive, relativamente all'ordinamento italiano, l'articolo 111 Cost.

¹⁰⁸ Ferrajoli 1989: 26.

¹⁰⁹ Ubertis 1995: 9; Ubertis 2007: 50.

¹¹⁰ Ubertis 1995: 28.

Tuzet, se è vero che si provano «enunciati» invece che «fatti», è vero anche che gli enunciati vertono su «(o pretendono di riferirsi a) fatti»¹¹¹ esterni al processo e che, tralasciare questo, rende tale distinzione completamente oziosa. La via realista di affrontare il problema è invece, semplicemente, quella di ammettere che «oggetto immediato della prova sono gli asserti delle parti e il suo oggetto mediato sono i fatti»¹¹².

Un ulteriore punto di differenza tra l'accertamento processuale e quello scientifico e storico è la sfera pubblica e istituzionale in cui esso avviene. A questo proposito, in letteratura, vengono sottolineati: 1) i limiti imposti dalla prassi e 2) i limiti normativi posti dall'ordinamento alla ricerca giudiziale. I vincoli che afferiscono alla prima categoria sarebbero ostacoli in cui incorre la pratica giuridica a causa delle disfunzioni interne allo stesso sistema processuale¹¹³, alla scarsità delle risorse economiche impiegabili per ogni caso e alla fallibilità delle attività processuali. Ferrer inserisce poi, tra i «limiti obiettivi» al raggiungimento della verità dei fatti nel processo anche la stessa attività delle parti¹¹⁴ che, in difesa dei propri interessi, frequentemente producono un effetto distorsivo dell'accertamento, manipolando il materiale probatorio¹¹⁵.

Relativamente al secondo tipo di limiti, invece, ricordiamo quelli posti alla durata delle attività processuali¹¹⁶, all'ammissione, formazione, acquisizione e valutazione delle prove¹¹⁷. Si fa poi cenno al fatto che, le stesse categorie normative (nelle quali l'autorità è chiamata ad inserire i fatti al momento dell'accertamento) avrebbero l'effetto di vincolare, seppur in maniera differente, la conoscenza dei fatti proprio come dei veri e propri limiti normativi. In ultimo si evidenzia che, al contrario di quanto avviene per uno storico o uno scienziato, il giudice non può rifiutarsi di de-

¹¹¹ Tuzet 2016: 171.

¹¹² Tuzet 2016: 172.

¹¹³ Ad esempio: *malpractice*, mancanza di personale, sovraccarico di lavoro.

¹¹⁴ Ferrer 2005: 65 ss.

¹¹⁵ In senso complementare, soprattutto in riferimento alle qualità epistemiche del contraddittorio derivate dallo «scontro» delle posizioni di parte, si veda: Ferrua 2015; Uberti 2009; Tuzet 2016.

¹¹⁶ Le disposizioni relativamente al tempo entro cui devono esaurirsi le indagini preliminari. Ne sono un esempio gli artt. 405-407 c.p.p. Taruffo 1992: 24 ss. e Ferrer 2005 inseriscono tra i limiti anche l'istituto del «giudicato» che, spirati i tempi consentiti o i gradi di giudizio, impedisce una revisione dei fatti di causa. Sul punto si veda anche Ferrajoli 1989: 24, 33 ss. che prima sostiene che i vincoli garantisti sono condizioni di verità per la definizione della devianza punibile e poi che questi stessi limiti impedirebbero l'accertamento della verità.

¹¹⁷ Taruffo 1992: 51 e 2009: 135 ss. fornisce alcuni esempi: la non irrilevanza, l'esclusione di una prova rilevante se superflua (cioè ridondante), i privilegi (come quella del congiunto dell'imputato che può astenersi dal testimoniare), le immunità o la tutela dei «segreti» (come il segreto d'ufficio o il segreto di Stato). Sul tema si veda anche: Ferrer 2012: 59 ss.; Gascón Abellán 1999: 125 ss. e Caprioli 2017, il quale ricorda che nel processo, oltre ad esserci regole «contro epistemiche» o «epistemicamente neutre» ci sono anche regole intrinsecamente funzionali alla ricerca della verità come, ad esempio, il divieto di utilizzo degli elementi probatori acquisiti in assenza del contraddittorio.

cidere e denegare giustizia, egli è sottoposto all’obbligo dell’accertamento fattuale e questo, secondo alcuni potrebbe inserirsi, come il precedente, tra i limiti normativi. Infine, uno degli argomenti più diffusi in letteratura è quello che riguarda la presunta “libertà assoluta di accertamento” propria dello scienziato e dello storico. Secondo questa impostazione essi sarebbero “liberi” nello svolgere la propria attività cognitiva e ciò consentirebbe loro di arrivare ad una verità “migliore” rispetto a quella accertata dai giudici che, dovendo sottostare ai limiti di cui sopra, sarebbero inesorabilmente destinati a non poter conoscere la verità o a conoscerne un surrogato minore, artificiale.

Su questi punti, i teorici del fatto hanno prodotto alcune argomentazioni volte, non a sottovalutare, ma a dare il giusto peso alle peculiarità del contesto e dei mezzi di scoperta:

- anche l’attività dello scienziato o dello storico è vincolata da limiti e regole di vario genere¹¹⁸;
- le attività e gli scopi dei giudici, degli storici e degli scienziati sono differenti e, sebbene l’obiettivo di una impresa cognitiva sia sempre il medesimo (ottenere credenze vere e giustificate), parificare queste attività si risolve spesso in una forzatura concettuale;
- nessuno ha tempo, spazio e risorse infinite;
- qualunque tipo di ricerca è vincolata, anche solamente (e banalmente) dall’obiettivo che si pone di raggiungere.

In sostanza chi nega che si possa accedere alla verità sulla base di questi motivi sta utilizzando una accezione di conoscenza del tutto idealistica, irrealista¹¹⁹.

Relativamente agli elementi esogeni (ai limiti normativi e della prassi): Ferrer sostiene che «la sola presenza di norme regolatrici di una attività non impedisce che, con la stessa, si raggiungano conclusioni veritiere sulla realtà»¹²⁰. E anche Taruffo afferma che le “limitazioni normative” appena menzionate, rivestirebbero un ruolo residuale¹²¹ nel processo e investirebbero, quindi, solo una parte (minima)

¹¹⁸ Ferrer 2005: 46 propone un esempio: «Un editore può contrattare la realizzazione di un libro di storia con uno storiografo, regolare nel contratto i termini di elaborazione dell’opera (anche per mezzo della consegna in tempi diversi), in modo che si impedisca la revisione della stessa dopo ogni consegna e così via, e non per questo si potrà dire che questa regolamentazione incide necessariamente sul valore di verità (o sulla capacità di essere veri) degli enunciati contenuti nell’opera che lo storiografo consegna all’editore». Come pure è ragionevole pensare che lo scienziato segua molte regole, sia relativamente ai macchinari o ai calcoli che utilizza, sia relativamente a chi ne finanzia la ricerca. Sul punto si veda anche González Lagier 2013: 26; Tuzet 2014: 1524.

¹¹⁹ Questo è un esempio di “assolutizzazione delle nozioni rilevanti” che, come dicevamo, consiste nel descrivere alcuni concetti tramite accezioni perfezionistiche, idealizzate o totalmente staccate dalla realtà.

¹²⁰ A riguardo Ferrer 2005: 46.

¹²¹ Taruffo 1992: 51. Per una trattazione più generale Taruffo 2009: cap. IV.

gli aspetti dell'accertamento probatorio. Secondo l'autore, infatti, lo scopo precipuo dei "limiti normativi" non sarebbe quello di ostacolare la conoscenza dei fatti, quanto piuttosto quello di garantire tutela anche ad altri interessi rilevanti per l'ordinamento¹²².

In conclusione, con riguardo ai limiti relativi alla prassi, si può riconoscere che essi sono derivate patologiche del sistema, la cui presenza non può essere data per scontata ma che richiede una precisa verifica caso per caso. Essi non sono, quindi, una condizione necessariamente presente nel processo¹²³.

4. Un differente tipo di analisi

4.1. *Contrapposizioni da abbandonare*

In questo paragrafo si sosterrà che la tecnica delle "contrapposizioni" concettuali e contestuali (come quelle: verità "materiale" *versus* "processuale" o verità "storica", "scientifica" e "processuale") utilizzata da Ferrajoli (e dai teorici del fatto), non è stata soddisfacente nel far luce sui temi della conoscenza e della verità *intra* ed *extra*-processuale.

Se lo scopo degli autori che hanno utilizzato questa tecnica è – come sembra – capire se verità e conoscenza mutano al mutare dei contesti epistemici, allora, credo che questo modo di analizzare il problema, possa essere abbandonato tranquillamente.

Tale metodo, oltre a non aver chiarito se la diversità di contesto (e di metodi di ricerca) porti a tipi di conoscenza *sostanzialmente* differenti e, quindi, a diversi tipi di verità, non ha nemmeno descritto che collegamenti ci sono tra piano semantico e quello epistemico.

La tecnica delle contrapposizioni, infatti, oltre a fondarsi su figure idealizzate e stereotipate¹²⁴, sconta i problemi tipici delle fallacie di "generalizzazione"¹²⁵. Infatti, seppure i processi cognitivi all'interno del processo siano generalmente molto vincolati – e un certo grado di fallibilità (dovuta anche alle disfunzioni del sistema stesso) sia presente in ogni sistema processuale – ciò non dovrebbe consentire di affermare che *sempre* ed in ogni caso, la conoscenza *extra* processuale sia qualitativamente migliore di quella ottenuta all'interno di un procedimento e tantomeno che sia la sola in grado di condurre alla formulazione di enunciati veri.

¹²² Si pensi ai principi garantisti di tutela individuale dell'imputato. Sul tema anche: Ferrer 2004: 48.

¹²³ Ferrer 2005: 66 riconosce che gli effetti dovuti alla presenza di questi limiti, possono comunque essere mitigati dalla facoltà del giudice di assumere prove d'ufficio.

¹²⁴ Basti pensare che chi ha utilizzato la contrapposizione tra verità e conoscenza processuale o scientifica, non si è mai preoccupato di specificare né il tipo di giudice (o di processo), né di scienziato.

¹²⁵ Così come sottolineato anche da Taruffo 1992: 321 ss.; Tuzet 2013: 149 ss.

Si può affermare che, sebbene le caratteristiche contestuali condizionino alcuni aspetti del modo in cui la verità viene stabilita, ciò non comporti necessariamente che vi siano differenti tipi di verità¹²⁶ o di conoscenza.

È però possibile sostenere che il contesto e i mezzi di ricerca incidano sulla quantità e la qualità delle informazioni, cioè solo sul grado informativo concernente la verità. In ottica realista, infatti, un fatto è o è stato tale, indipendentemente dal contesto di ricerca e dai mezzi che poniamo in essere per conoscerlo. Ciò comporta, quindi, vari gradi di informazione rispetto alla stessa verità, con la possibilità di ricostruzioni fallibili, il cui valore di verità non dipende dal fatto che siano ritenute vere o meno, ma solo da come è o è stato il mondo.

Possiamo quindi ammettere migliori o peggiori stati informativi e differenti gradi di giustificazione delle credenze, ma non differenti tipi di conoscenza o verità. Del resto, sembra fuorviante anche sostenere che esistano prove (semanticamente o sostanzialmente) differenti a seconda che si trovino dentro o fuori da un dato contesto cognitivo perché ogni prova svolge la stessa funzione: consentire l'attività cognitiva. Ciò a prescindere dal contesto in cui tale attività viene svolta.

Il metodo delle contrapposizioni non è adeguato perché manca di considerare un elemento importante: fuori e dentro il processo, infatti, siamo comunque di fronte ad un'impresa conoscitiva che dovrebbe essere analizzata anche con il lessico e il *background* concettuale dell'epistemologia. Si dovrebbe, allora, porre più attenzione ai tipi di processo inferenziale coinvolti in ciascun contesto e a quanto essi incidano sulla caratterizzazione della conoscenza prodotta. La mia impressione è che, sebbene possa esserci, in ogni contesto, una parziale predominanza di un tipo inferenziale rispetto agli altri, ciò non basta a incidere sulla nozione di conoscenza o di verità. Se poi ci interroghiamo sull'obiettivo per il quale mettiamo in atto questi processi inferenziali, sembra plausibile affermare che esso, sia nel caso della ricerca scientifica, sia in quello della ricerca storica e di quella processuale, resta comunque l'incremento del nostro stato informativo (cioè la conoscenza).

Se la prova processuale, non è differente, quanto alla sua funzione, al suo funzionamento e al suo statuto semantico rispetto a qualsiasi altra prova *extra* giuridica, se le inferenze coinvolte nei processi di conoscenza *intra* ed *extra* processuali sono sempre le stesse (abduzione, deduzione e induzione) e sono finalizzate all'incremento del nostro *status* informativo, allora possiamo forse affermare che sia per lo meno dubbio ipotizzare che verità e conoscenza cambino al cambiare di elementi contestuali, anche considerando la grande rilevanza che questi ultimi possono avere in ogni specifico contesto di scoperta.

Un'analisi adeguata relativa alla definizione delle nozioni di verità e conoscenza *intra* ed *extra* processuale non dovrebbe, quindi, prescindere dagli specifici strumenti dell'epistemologia.

¹²⁶ Ad esempio una verità “scientifica”, “storica” o una “verità materiale” e “verità processuale”.

Parte III. La riabilitazione del realismo

1. Tarski e la riabilitazione del realismo “ingenuo”¹²⁷

1.1. Ferrajoli e Tarski

La letteratura giuridica che si è sviluppata negli ultimi trenta anni, ha condiviso (seppur con differenti sfumature) un altro spunto pionieristico di Ferrajoli e cioè l'applicazione, all'ambito processuale della concezione semantica proposta da Tarski¹²⁸.

Ferrajoli afferma esplicitamente che l'applicazione di questa concezione alla nozione di «verità processuale»¹²⁹ costituisce il suo personale «tentativo di riabilitare» tale nozione, «sul piano epistemologico»¹³⁰. Lo scopo, quindi, sembra essere quello di emanciparla dall'inadeguatezza del primo realismo che, si ricorda, – almeno stando alla sua elaborazione – si sostanzierebbe nell'assunto metafisico dell'esistenza di una corrispondenza in senso ontologico tra linguaggio e mondo e, in secondo luogo, in una semplicistica nozione di certezza.

Ferrajoli, quindi, applica il celebre bicondizionale: «la neve è bianca» è vero, se e solo se la neve è bianca» sia alle proposizioni fattuali, quelle che riguardano la ricostruzione del fatto («la proposizione “Tizio ha colpevolmente commesso il tale fatto” è vera se e solo se Tizio ha commesso il tale fatto»), sia a quelle giuridiche, le quali, invece, qualificano una data ricostruzione fattuale tramite la sua sussunzione all'interno di una fattispecie normativa. In questo secondo caso, si avrà allora: «la proposizione “il tale fatto è denotato dalla legge come reato” è vera se e solo se il tale fatto è denotato dalla legge come reato»¹³¹. Ne consegue che, secondo l'autore, una proposizione processuale si dirà vera se e solo se è vera sia fattualmente che giuridicamente nei due sensi sopra menzionati¹³². Secondo Ferrajoli, pur nella sua apparente banalità, la definizione tarskiana «costituisce una ridefinizione parziale

¹²⁷ Su questo tema si veda anche Tuzet 2016: 83 e Gonzalez Lagier 2013: 4 ss., che però parla di “oggettivismo ingenuo”.

¹²⁸ Tarski 1983.

¹²⁹ Ferrajoli 1989: 21, in questa locuzione l'autore racchiude: “verità fattuale” (relativa alla *questio facti* e accertabile tramite prova dell'elemento fattuale e della sua imputazione al soggetto) e “verità giuridica” (relativa alla *quaestio iuris* e accertabile tramite interpretazione del significato degli enunciati normativi che qualificano il fatto come reato).

¹³⁰ Ferrajoli 1989: 20.

¹³¹ Ferrajoli 1989: 21.

¹³² Si può interpretare la ricostruzione tarskiana della *quaestio facti* e *iuris* operata da Ferrajoli, anche, come un'applicazione in senso normativo della stessa. Come a dire: se il fatto e la sussunzione giuridica vengono svolti così, essi si conformano al bicondizionale di Tarski. Per una proposta che cala, più nel concreto, la formula tarskiana al processo penale, si veda Caprioli 2017. In questa sede, comunque, ci si limiterà all'analisi delle proposizioni del primo tipo.

[...] della nozione intuitiva della verità come “corrispondenza”»¹³³.

Un primo quesito sorge spontaneo. In che senso la concezione *semantica* di Tarski può “riabilitare” sul *piano epistemologico* la nozione di verità real-corrispondentista? Lo stesso Ferrajoli ammette che la concezione semantica di Tarski è solamente una «stipulazione generale» sul *significato* e sulle «condizioni di uso del termine vero»¹³⁴ e che, se da una parte è assolutamente neutrale verso qualsiasi convinzione filosofica o epistemica¹³⁵, dall'altra (proprio per questo), non ci dice assolutamente nulla rispetto ai criteri che ci possono consentire, concretamente, di accertare la verità. In che senso, quindi, una tale concezione può riabilitare *epistemologicamente* la nozione di verità del realismo “ingenuo”?

Dalle parole di Ferrajoli sembra potersi desumere che questa “riabilitazione” si sostanzia solamente nel fatto che «il termine “vero” possa essere impiegato anche nel processo, senza implicazioni metafisiche», nel senso «corrispondentista»¹³⁶.

Questa tesi però, così strettamente definita, sembra incompleta o per lo meno insufficiente. Ed infatti, negli anni, la mera introduzione di tale concezione, pare aver influito più che sul modo in cui i giuristi concepiscono il realismo, sul fatto che essi ora 1) concordano su una nozione minima di “vero” – sebbene la leggano alla luce delle proprie convinzioni filosofiche, non sempre realiste¹³⁷ e che 2) si sia distinto chiaramente tra *significato* del termine vero e *criteri* (o mezzi) di ricerca della verità.

Tutto ciò, però, non ha portato, di per sé, ad una riabilitazione epistemologica del realismo ma, molto più frequentemente, al suo abbandono. In molti hanno infatti sostenuto che la neutralità della tesi di Tarski (in termini di implicazioni e concezioni ontologiche) e la sua stessa struttura formale (linguaggio oggetto-meta-linguaggio) non implichi affatto un qualsiasi collegamento col mondo ma che anzi, la lettura che più rispetta tale formulazione sia una lettura antirealista¹³⁸.

Nelle stesse parole di Ferrajoli infatti – che pure fa spesso professione di fede

¹³³ Ferrajoli 1989: 22.

¹³⁴ Ferrajoli 1989: 21.

¹³⁵ Ferrajoli 1989: 54, nota 31, afferma che «possiamo quindi accettare la concezione semantica della verità senza rinunciare alle nostre convinzioni epistemologiche, quali che esse siano – possiamo rimanere realisti ingenui, realisti critici, empiristi o metafisici – qualunque cosa fossimo prima». A titolo chiarificativo, si ricorda, tuttavia, che Tarski difendeva una posizione corrispondentista.

¹³⁶ Ferrajoli 1989: 20; sul punto si veda anche Ferrajoli 1989: 55, nota 38, dove viene citato Popper 1972: 397, il quale affermava che, prima di Tarski, la verità era una «nozione vaga e eminentemente metafisica». Gascón Abellán 1999: 69, parla di “riabilitazione” ma con riferimento alla teoria della corrispondenza.

¹³⁷ Ad esempio, Ferrua, Ferrer e Tuzet sposano decisamente una posizione real-corrispondentista, mentre Ubertis una posizione decisamente antirealista.

¹³⁸ Tra i giuristi, ad esempio: Nannini 2007, Ubertis 2015. A titolo meramente informativo, si dà conto dell'esistenza di un'ampia letteratura antirealista sul tema della verità, anche in Brasile. Analizza questi autori de Paula Ramos 2016 e 2015.

corrispondentista – non mancano affermazioni connotate da vene di ambiguità teorica. Ad esempio, l'affermazione:

Una volta stabilito che il termine “vero” può essere impiegato *senza implicazioni metafisiche* nel senso di “corrispondenza” è infatti possibile parlare dell'indagine giudiziaria come della ricerca della verità intorno ai fatti e alle norme menzionati nel processo ed usare i termini “vero” e “falso” per designare la *conformità* o la *difformità* da essi delle proposizioni giurisdizionali¹³⁹.

Lo stesso accade in Ferrua:

Il nucleo del giudizio storico, costituito dalla prova, si risolve nel confronto tra enunciati probatori e quello da provare¹⁴⁰.

Anche la verifica fattuale ha quindi carattere proposizionale [...] non c'è modo di uscire dal linguaggio per trovare un fondamento, un test diverso dalla coerenza tra gli enunciati¹⁴¹.

Le affermazioni di Ubertis, invece, sono esplicitamente antirealiste:

[N]é al giudice né alle parti è richiesto di condividere l'una o l'altra corrente filosofica relativa alla nozione di verità bastando applicare quei criteri di verità secondo i quali chiunque è disposto a asserire (cioè a dichiarare che è vero) l'enunciato rappresentativo della ricostruzione del fatto operata alla fine del processo¹⁴².

[N]é, sebbene talvolta si affermi il contrario, è necessario accogliere una visione corrispondentista (radicalmente non epistemica [...])¹⁴³.

Si tratterebbe di emettere un giudizio [...] fondato su un confronto linguistico che viene effettuato tra due alternativi asserti descrittivi della realtà [...] di cui uno solamente è creduto vero: appunto senza la necessità di supporre un loro collegamento con una ipostatizzata realtà esterna al linguaggio con cui se ne parla¹⁴⁴.

Non si nega che la ricostruzione fattuale su cui si basi la sentenza debba approssimarsi il più possibile (nei limiti dell'umano) alla “realtà” (chiarendo che il termine è

¹³⁹ Ferrajoli 1989: 22-23. Corsivo mio.

¹⁴⁰ Ferrua 2012: 46. Questa affermazione – come quella precedente di Ferrajoli che rifugge implicazioni metafisiche – nel momento in cui riduce il giudizio ad un confronto tra enunciati, sembra indirizzarsi, decisamente, verso posizioni antirealiste.

¹⁴¹ Ferrua 2012: 46 che cita Rorty (il quale, chiaramente, difende una posizione antirealista), anche in questo brano presta il fianco ad una lettura antirealista e specificatamente linguistico-semiotica che può fare serenamente a meno del contatto con la realtà.

¹⁴² Ubertis 2015: 18.

¹⁴³ Ubertis 2015: 18-19

¹⁴⁴ Ubertis 2015: 19.

volutamente virgolettato per segnalare [...] la dimensione linguistica in cui si svolge l'attività giudiziaria)¹⁴⁵.

Tali posizioni, quella di Ferrajoli (probabilmente involontariamente), e quella di Ferrua e Ubertis più esplicitamente, sembrano, quindi, più vicine ad una concezione “linguistico-semiotica”¹⁴⁶ del processo che a una real-corrispondentista.

Del resto c'è anche la possibilità, di letture in chiave epistemica del bicondizionale tarskiano, posizioni che, in vari modi e gradi, identificano verità e conoscenza della verità¹⁴⁷. Tale ambiguità si trova anche in alcune affermazioni di Ferrajoli:

La verità di [...] qualunque discorso [...] è sempre, insomma, una verità non definitiva ma contingente, non assoluta ma relativa allo stato delle conoscenze ed esperienze compiute in ordine alle cose di cui si parla: sicché, sempre, quando si afferma la “verità” di una o più proposizioni, la sola cosa che si dice è che queste sono (plausibilmente) vere *per quanto ne sappiamo*, ossia rispetto all'insieme delle conoscenze confermate che possediamo¹⁴⁸.

[È una verità] sempre [...] solamente probabile e opinabile¹⁴⁹.

Sebbene alla luce dell'intero lavoro di Ferrajoli, si possano interpretare queste parole solo come una critica all'errata pretesa di certezza del realismo ingenuo, mi pare che allo stesso tempo, la loro formulazione, così segnata da venature epistemiche e scettiche, sia al quanto infelice.

D'altra parte, se le intenzioni di Ferrajoli sono quelle di fornire una nozione di verità non ingenuamente realista al processo, queste affermazioni sembrano non essere esattamente coerenti con questo scopo. Ferrajoli, infatti, insiste sul fatto che la verità «dipenda da quanto riusciamo a provare»¹⁵⁰, cioè «da quanto ne sappiamo»¹⁵¹. Ma questa non è di certo un'affermazione compatibile col realismo aletico.

¹⁴⁵ Ubertis 2015: 17.

¹⁴⁶ Tale impostazione muove da premesse anti-realiste e, nelle sue versioni più estreme, concepisce il processo come universo linguistico chiuso e autoreferenziale che, negli esiti, si avvicina molto alle correnti filosofiche della “ridondanza” e della “deicitazione” nelle quali si perde ogni collegamento con la realtà ontologico-metafisica. Sull'impostazione linguistico-semiotica si veda Taruffo 1992: 28 ss. Invece, per un'agile analisi relativa alle concezioni della verità si veda: Caputo 2015: 63 ss. e Engel 2004.

¹⁴⁷ Sotto il nome di “teorie epistemiche della verità” vengono ricomprese quelle teorie anti-realiste, che fanno coincidere verità e conoscenza della verità. Ne sono degli esempi: la teoria della coerenza, quella dell'asseribilità giustificata o garantita, il verificazionismo

¹⁴⁸ Ferrajoli 1989: 23.

¹⁴⁹ Ferrajoli 1989: 18.

¹⁵⁰ Tuzet 2016: 112.

¹⁵¹ Ferrajoli 1989: 23.

Se si assume, infatti, una concezione tarskiana di verità in senso *real*-corrispondentista¹⁵² – come lo stesso Ferrajoli sembra voler fare – allora ci si deve rassegnare ad una nozione di verità che – almeno – conservi i due elementi minimi del realismo e cioè: il riconoscimento dell'*esistenza* di cose o fatti, e che questi *non dipendono da noi, dalla nostra conoscenza o dalla nostra mente*¹⁵³. Ad una nozione di verità, quindi, radicalmente non epistemica (la verità dipende da come è fatto il mondo, non da quanto ne sappiamo o dalla certezza che ne abbiamo).

D'altro canto, si deve però ammettere che una tale posizione non sarebbe strettamente incompatibile con una concezione tarskiana o corrispondentista della verità¹⁵⁴, ma piuttosto lo sarebbe – da un punto di vista concettuale – con la più ampia categoria del realismo e con i fini che lo stesso Ferrajoli sembrava essersi posto¹⁵⁵. Perché, ciò che Ferrajoli dichiarava di volere era, proprio, una concezione corrispondentista e realista di verità che però fosse epistemicamente adeguata.

Mi sembra che, se la riabilitazione svolta da Ferrajoli si sostanzia meramente nella presa di coscienza che, per definire la nozione di verità, non abbiamo bisogno di un vincolo ontologico e che le nostre valutazioni sono afflitte da incertezza (come sembra emergere dall'analisi dei punti finora trattati), allora forse, essa è ancora incompiuta.

In verità, Ferrajoli sembra accorgersi dell'insufficienza di argomentazione sul punto e in nota precisa che la riabilitazione della teoria della corrispondenza compiuta da Tarski risiederebbe nell'aver:

Dissociato il significato del termine «vero» dai suoi criteri di applicazione [...]¹⁵⁶.

Osserva ancora Ferrajoli che, facendo questo, Tarski:

ha contraddetto la tesi centrale dell'epistemologia realistico-positivistica secondo la quale per determinare il significato di un concetto occorre stabilire (anziché solo le sue condizioni di uso anche) un criterio per la sua applicazione, ovvero un metodo per la verifica delle tesi in cui esso compare¹⁵⁷.

È curioso che Ferrajoli abbia sottolineato come pregio il fatto che, grazie alla

¹⁵² E cioè che: «p è vero» se e solo se p è vero» dove «p è vero» corrisponde (in qualche senso di questo termine) a qualcosa che esiste o è esistito nella realtà fenomenica, e che è indipendente dalla nostra conoscenza o mente.

¹⁵³ Brock–Mares 2007: 11 ss.

¹⁵⁴ Sebbene non sia così frequente, è infatti possibile ammettere una definizione tarskiana di corrispondentismo in chiave antirealista, ne sono degli esempi le teorie elaborate da Vision, Forbes e Davidson ricordate in Kirkham 2001 e Kühne 2003.

¹⁵⁵ Che è, a mio avviso, la lettura da dare a quanto affermato da Tuzet 2016: 112.

¹⁵⁶ Ferrajoli 1989: 54, nota 31.

¹⁵⁷ Ferrajoli 1989: 54, nota 31.

concezione tarskiana, per determinare il significato di un concetto non abbiamo più bisogno di definire – oltre alle sue condizioni d’uso – anche un criterio per la verifica delle tesi in cui esso compare. Curioso sì, se consideriamo che poco prima aveva definito la verità in termini eminentemente epistemici.

Ferrajoli, inoltre, appoggiandosi a Popper, afferma che la concezione corrispondentista di Tarski:

resta una “teoria realistica” solamente nel senso che “fa la distinzione, che è una distinzione realistica, fra una teoria e i fatti che la teoria descrive” e “ci permette di parlare di una realtà diversa dalla teoria”¹⁵⁸ e non anche nel senso che ci fornisce un metodo per stabilire se una tesi è vera o non è vera perché corrisponde o meno a un fatto¹⁵⁹.

Peccato che qui, si stia usando la parola “realistica” in un’accezione differente da quella utilizzata da Ferrajoli con la locuzione “realismo volgare”. Qui, la parola “realistica” è utilizzata come sinonimo di “effettiva”, per caratterizzare la *distinzione* semantica implicita nella teoria tarskiana. Questa accezione, tuttavia, non può identificarsi¹⁶⁰ con la concezione generale del realismo, né nella sua accezione ingenua, né nella sua accezione non ingenua. La riabilitazione compiuta da Ferrajoli, quindi, resta comunque insoddisfacente.

1.2. *La concezione tarskiana elaborata da Ferrua*

Se l’introduzione della concezione semantica non ha portato l’attesa riabilitazione del realismo e della nozione realista di verità, è pur vero che ci sono state delle elaborazioni più raffinate che hanno portato la riflessione filosofica su questo punto a risultati molto più gratificanti. Uno di questi esempi è l’elaborazione formulata da Ferrua, il quale sposa una nozione tarskiana di verità corrispondentista e in chiave realista¹⁶¹. Egli difende una nozione di verità «radicalmente non epistemica perché definisce la verità in modo del tutto indipendente dalla prova, ossia dal metodo di accertamento»¹⁶².

Ciò che rende la sua posizione peculiare è l’aver scelto di appoggiare questa concezione di verità alla lettura che ne dà Quine¹⁶³, applicandola sia al giudizio sui

¹⁵⁸ Popper 1975: 416.

¹⁵⁹ Ferrajoli 1989: 54, nota 31.

¹⁶⁰ Forse può solo, seppur in maniera minima, avvicinarsi ad essa per la mera condivisione della tesi dell’esistenza.

¹⁶¹ Ferrua 2012: 43: un enunciato è vero *se e solo se* corrisponde alla realtà a cui si riferisce. Ferrua 2015: 45: «Il significato dell’essere vero [...] sta nella corrispondenza ai fatti».

¹⁶² Ferrua 2012: 43. Egli, inoltre, critica apertamente le teorie pragmatiste e coerentiste della verità.

¹⁶³ Quine 1966: 20 ss. e 1987: 212 ss.

fatti sia alla *quaestio iuris*. L'autore sostiene infatti:

Tutte le verità sono tali sia in forza del linguaggio che le esprime sia in forza di fatti: ma vi sono differenze di grado, in quanto alcune sono più lontane dall'esperienza. [...] Vi è indubbiamente una notevole differenza, quanto a ragioni di verità tra enunciati tipicamente fattuali [...] ed enunciati giuridici. [...] Se il primo enunciato è vero sia in forza di ciò che significano le parole sia in forza di come si sono svolti i fatti, la verità del secondo enunciato parrebbe dipendere unicamente da ciò che significano le parole del linguaggio corrente e della lingua giuridica. In realtà, il divario non è così categorico. Il giudizio di diritto è certamente più lontano, di quello storico, dai fatti e dalle osservazioni empiriche: ma non ne è radicalmente indipendente¹⁶⁴.

Gli enunciati sono, per Ferrua, «narrazioni referenziali» nel senso che si riferiscono al mondo esterno descrivendo quanto «si assume essere accaduto nelle sue coordinate spazio-temporali»¹⁶⁵. Quindi, secondo la definizione proposta da Ferrua, la corrispondenza dipenderà sia da cosa significano le parole (le proposizioni probatorie¹⁶⁶) sia da come «è organizzato il mondo».

Sulla base di questa assunzione possono essere sostenute due tesi. In primo luogo che la definizione di verità presentata da Ferrua abbia come elemento fondamentale “il contatto con il mondo esterno” e che, per questo, denoti una pretesa real-corrispondentista. Lo stesso autore sostiene infatti che è proprio nel legame con la realtà che si realizzerebbe e si giustificerebbe la “tensione veritativa”¹⁶⁷ del processo insieme al suo ruolo istituzionale¹⁶⁸. In secondo luogo si può sostenere che la corrispondenza dipende solo in parte dal significato delle parole, essa non può essere ridotta, in senso meramente formalistico, a «processi semiotici» che ne comporterebbero l'autoreferenzialità¹⁶⁹. L'autore sostiene questa tesi richiamando la teoria dei bicondizionali di Tarski, dichiarando che il maggior apporto di quest'ultima al tema della verità nel processo sarebbe stato proprio quello di aver evidenziato che «l'esser vero»¹⁷⁰ di un enunciato può consistere solo in una relazione fra l'enunciato e ciò su cui esso verte, ossia il suo oggetto»¹⁷¹ e non nelle relazioni formali che l'enunciato vero intratterrebbe con altri enunciati.

¹⁶⁴ Quine 1966: 20-44 e Ferrua 2015: 41. Un esempio chiaro di questa realtà nella pratica processual-penalistica italiana può essere quello relativo al giudizio sulla presenza del “dolo”, ed in particolare del “dolo eventuale”. Questa è una delle valutazioni più complesse che il giudice è chiamato ad esperire perché attiene, chiaramente, sia alla sfera del giudizio di fatto che a quella del giudizio di valore giuridico. Parte della complessità di tale giudizio è dovuta, tra l'altro, al fatto che essa consiste sostanzialmente nella prova di un fatto psicologico.

¹⁶⁵ Ferrua 2015: 41.

¹⁶⁶ Con tale locuzione si intendono sia gli enunciati che descrivono gli elementi di prova sia quelli “da provare” contenuti nell'atto di accusa che sono l'oggetto della prova.

¹⁶⁷ Cioè che il processo aspira a determinare la verità rispetto ai fatti.

¹⁶⁸ Ferrua 2015: 44-45. Come a dire che, la legittimazione dell'istituzione viene sia dal suo “statuto giuridico” sia dalla sua “tensione veritativa”.

¹⁶⁹ Punto toccato anche da Taruffo 1992: 31 e da Ferrua 2012: 44 con più esplicito riferimento alle teorie pragmatiste e coerentiste.

¹⁷⁰ Ferrua 2012: 44. Corsivo dell'autore.

¹⁷¹ Quine 1987: 213-214, dove si esplicita la contrapposizione tra corrispondentismo e coerentismo. Si veda anche: Ferrua 2015: 44 e 2012: 44. Con “oggetto” si intende l'elemento materiale su cui

L'elaborazione che Ferrua fa della concezione tarskiana di verità ci dà spunti interessanti su cui riflettere. Uno di questi è senza dubbio il riconoscimento della natura *relazionale* della nozione di verità elaborata da Tarski, e cioè che tale teoria si regge sul rapporto tra enunciato e ciò su cui esso verte (inteso come contenuto semantico *sostanziale*, non meramente formale). Questa considerazione ci consente di affermare che sono errate le letture che, in virtù del linguaggio formale del bi-condizionale tarskiano, interpretano l'omonima teoria in senso deflazionista o nella semiosi illimitata. In secondo luogo, questa elaborazione propone una lettura “non ingenua” della nozione realista di verità nel momento in cui riconosce che «ogni verità è tale in virtù della realtà e del linguaggio». C'è infatti, in questa affermazione, l'intuizione e la consapevolezza che la relazione veritativa, necessita di entrambi i piani.

Parte IV. Conclusioni

È giunto il tempo di formulare alcune considerazioni riassuntive. Le prime sono relative all'opera dei teorici del fatto, mentre le altre al realismo e alla sua “riabilitazione” in campo giuridico.

Il rigore analitico di cui sono espressione i lavori dei teorici del fatto (Ferrer, Ferrua, Gascón Abellán, González Lagier, Taruffo, Tuzet) li ha resi portavoce di un forte cambiamento culturale (il ritorno al realismo), essi hanno inoltre avuto il merito di restituire alla riflessione giuridica, termini che sembravano, ormai, o completamente inutili o meramente retorici. La razionalizzazione dei problemi epistemologici giuridicamente rilevanti si è manifestata, nei confronti della dottrina (soprattutto processuale), nella ricerca della chiarezza concettuale e, nei confronti dei consociati e dell'autorità giudiziaria, nel fornire elementi e parametri per il controllo dell'adeguatezza filosofica e razionale delle decisioni giudiziali.

Ma non solo, le loro opere hanno proseguito il tentativo di Ferrajoli di ampliare l'analisi delle nozioni giuridiche rendendole, per quanto possibile, nozioni filosoficamente ed epistemicamente sostenibili.

Tutto ciò premesso, si è però ricordato che questa dogmatica, pur facendosi portavoce di precise posizioni metafisiche, non ha dedicato molto spazio alla giustificazione di tali scelte.

Molti – soprattutto tra i processualisti – potrebbero ritenere che riflettere su questi temi sia oltremodo lontano dalle necessità e dai problemi che si affrontano tutti i giorni in tribunale. Ed è vero. Con questo lavoro, non si vuole affermare che i teorici del fatto debbano smettere di parlare di soglie, standard e fatti per parlare

l'enunciato verte e non la proposizione ricavabile da quell'enunciato in quanto contenuto semantico dello stesso. Il primo sarebbe l'oggetto materiale, il secondo l'oggetto semantico dell'enunciato.

solo di teorie metafisiche.

Ciò che qui, più modestamente, si afferma è che una chiarificazione dei presupposti filosofici che questi teorici hanno assunto nei propri lavori sia utile: 1) al rafforzamento delle loro tesi¹⁷²; 2) al rafforzamento di uno degli aspetti più innovativi ed interessanti di questa produzione gius-filosofica e cioè il suo essere vicina alle intuizioni del “sentire comune” e alle necessità della pratica giuridica, senza tralasciare il rigore filosofico; 3) a un’analisi filosoficamente più adeguata delle nozioni giuridiche.

Abbiamo anche notato, però, che spesso queste analisi si sono fermate ad aspetti e problemi contestuali (le peculiarità del contesto di scoperta, le diverse figure di chi ricerca la verità), aspetti che, tuttavia, non sembrano così rilevanti per la definizione di tali nozioni.

Mi sembra di poter dire che, data la natura eminentemente cognitiva dell’attività di cui si tratta esse avrebbero dovuto essere analizzate, prima di tutto, con gli strumenti dell’epistemologia e della filosofia. Non si sta affermando, però, l’inutilità delle riflessioni “contestuali” che i teorici del fatto hanno proposto, si vuole solo affermare che queste dovrebbero essere parte di una riflessione più ampia che comprenda, *inter alia*, la giustificazione dei presupposti filosofici seguiti.

Inoltre mi pare che non si sia ancora ben chiarito il modo in cui le caratteristiche epistemiche proprie di ogni singolo contesto di scoperta, influenzino la caratterizzazione della nozione di verità e cosa giustifichi la moltiplicazione di nozioni di verità avvenuta in letteratura (verità in generale e verità contestuale).

La mia intuizione è che non sia possibile sostenere diverse nozioni di verità o conoscenza in dipendenza del contesto di scoperta. La tesi che vorrei difendere è che le inferenze coinvolte in qualsiasi impresa epistemica siano, nonostante il contesto, riconducibili sempre ad abduzione, induzione e deduzione e che, sebbene possa darsi il caso in cui ci sia un uso predominante di una di esse rispetto alle altre, ciò non cambia il fine per cui esse vengono impiegate: ottenere un incremento informativo in merito ai fatti rilevanti. Le peculiarità contestuali, quindi, potranno incidere, al massimo, sul grado di giustificazione e ricchezza epistemica delle credenze, cioè, in definitiva, sulla completezza della ricostruzione fattuale.

Il secondo tema trattato in questo lavoro concerne il realismo. Si parte da una constatazione: la critica unanime in letteratura del realismo ingenuo e il tentativo di Ferrajoli di “riabilitarlo”.

L’autore non definisce esplicitamente la parola “riabilitazione” ma quello che appare chiaro è che essa abbia come scopo il superamento delle ingenuità epistemiche del “primo” realismo. Nel testo ho sottolineato che il tentativo di Ferrajoli è stato, però, insufficiente. L’aver introdotto la concezione tarskiana nella riflessione

¹⁷² Perché una chiarificazione dei presupposti filosofici permetterebbe di evitare alcune ambiguità ed equivocità teoriche. Si pensi, ad esempio, alla sovrapposizione tra verità e conoscenza della verità.

giuridica ha solo chiarito, sul piano concettuale che: 1) “verità” e “conoscenza della verità” sono cose differenti e 2) che, per definire la nozione di verità, possiamo far a meno di qualsiasi referente ontologico.

Tale introduzione, non essendo stata accompagnata, da una serie di altre riflessioni di carattere metafisico ed epistemologico, non sembra bastare alla predetta “riabilitazione”. Ne è forse una parziale prova il fatto che, nonostante l’unanime adesione di chi ha indagato questi temi (dopo Ferrajoli), *anche* alla concezione tarskiana, essa ha portato di frequente, all’accettazione di posizioni anti-realiste. Ciò si può spiegare considerando che, troppo spesso, la convenzione tarskiana è stata adottata e non adeguatamente contestualizzata nelle riflessioni dei giuristi.

Mi pare di poter dire, allora, che la riabilitazione del realismo non sia ancora pienamente avvenuta e che forse, proprio i teorici del fatto, siano i candidati ideali a compiere questa impresa.

D’altro canto, l’ossessione per la certezza e il mancato riconoscimento della nostra limitatezza intellettuale e cognitiva (e, quindi, del nostro fallibilismo) persistono ancora nella riflessione giuridica (anche dei teorici del fatto) e si legano, spesso, sia alla pretesa istituzionale di certezza del diritto, sia ad alcuni residui dell’idealismo postmodernista.

Un’adeguata ridefinizione del realismo dovrebbe, allora, saper contrapporre alla pretesa di assolutezza, la gradualità sia dei nostri stati epistemici che dell’attendibilità delle nostre valutazioni. Tutto ciò al fine di fornire ai giuristi strumenti per evitare di soccombere al disorientamento e all’impotenza intellettuale di fronte alla realtà.

La riabilitazione del realismo in ambito giuridico, in definitiva, necessiterebbe di una trattazione unitaria e coerente e di un’analisi che prenda in considerazione le intersezioni tra linguaggio, realtà e le nostre interpretazioni. A tal fine, penso che un simile progetto non possa prescindere dagli strumenti dell’inferenzialismo e della semiotica come anche da una reale presa di coscienza riguardo al fatto che il nostro pluralismo rappresentativo non implica nessun tipo di relativismo. La sfida consiste quindi nel creare una teoria che faccia coesistere, oggettività, incertezza e pluralismo¹⁷³.

Bibliografia

- Abbagnano N. (1971). *Dizionario di Filosofia*, UTET, Torino.
- Agüero San Juan, C. (2018). *Los estándares de prueba y el boom editorial del discurso probatorio en castellano*, «Discusiones», 18.

¹⁷³ Molte di queste idee sono elaborate in Tuzet 2013: cap. IX.

- Amoretti, M.C., Marsonet, M. (a cura di) (2007). *Conoscenza e verità*, Giuffrè, Milano.
- Ayer, J. (1967). *The Problem of Knowledge* (1956), tr. it. *Il problema della conoscenza*, Firenze, La nuova Italia.
- Bona, C. (2010). *Sentenze imperfette: gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, Il Mulino.
- Brewer S. (1998). *Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process*, «The Yale Law Journal», 107, 6, 1535-1681.
- Brock, S., Mares, E. (2007). *Realism and Anti-Realism*, Durham, Acumen.
- Burge, T. (2010). *Origins of Objectivity*, Clarendon Press, Oxford.
- Caprioli, F. (2017). *Verità e giustificazione nel processo penale*, «Revista Brasileira de Direito, Processual Penal», 3, 1, 317- 340.
- Caputo, S. (2015) *Verità*, Roma-Bari, Laterza.
- Cavallone, B. (2010). *In difesa della veriphobia*, «Rivista di diritto processuale», 1-26.
- D'Agostini, F. (2011). *Introduzione alla verità*, Torino, Bollati Boringhieri.
- Damaška, M.R. (1998). *Truth in Adjudication*, «Hastings Law Journal», 49, 289-308.
- De Cataldo Neuburger, L. (1988). *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano, Giuffrè.
- Eco U. (1997). *Kant e l'ornitorinco*, Firenze, Bompiani.
- Engel, P. (2004). *La Verité* (1998), tr. it. *Verità*, Genova, De Ferrari & Devega.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferraris, M. (2013). *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferraris, M., De Caro, M. (a cura di) (2012). *Bentornata realtà*, Torino, Einaudi.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- (2012). *La valoración racional de la prueba* (2008), tr. it. *La valutazione razionale della prova*, Milano, Giuffrè.
- Ferrua, P. (1995). *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in Bessone, M., Guastini, R. (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padova, 337-390.
- (2012). *Il giusto processo*, Bologna, Zanichelli.
- (2015). *La prova nel processo penale*, Torino, Giappichelli.
- Frank, J. (1930). *Law and the Modern Mind*, 2009, New Brunswick, Transaction Publishers.
- (1950). *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton, Princeton University Press.

- Gascón Abellán, M. (1999). *Los Hechos en el derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- González Lagier, D. (2003a). *Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (I)*, in «Jueces para la democracia», 46, 17-26.
- (2003b). *Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II)*, in «Jueces para la democracia», 47, 35-50.
- (2007). “*Hechos y conceptos*”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*.
- (2013). *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, Mexico, Fontamara.
- Hart, H.L.A. (2002). *The Concept of Law* (1961), tr. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino
- Kirkham, R.L. (2001). *Theories of Truth*, Cambridge (MA)-London, The MIT Press.
- Künne, W. (2003). *Conceptions of Truth*, Oxford, Oxford University Press.
- Mazzoni, G. (2003). *Si può credere ad un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Bologna, Il Mulino.
- Musatti, L.C. (1991). *Elementi di psicologia della testimonianza*, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli.
- Nannini, S. (2007). *Il concetto di verità in una prospettiva naturalistica*, in Amoretti, M.C., Marsonet, M. (a cura di), *Conoscenza e verità*, Milano, Giuffrè, 45-69.
- Negri, D. (2004). *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino, Giappichelli.
- de Paula Ramos, V. (2015). *Cargas y Deberes Probatorios de las Partes en el Nuevo CPC Brasileño*, in Cavani, R., de Paula Ramos, V., (Org.), *Prueba y Proceso Judicial*, Lima, Instituto Pacífico, 363-382.
- (2016). *Ônus e deveres probatórios das partes no novo CPC brasileiro*, in, Didier Jr., F. et al. (Org.), *Coleção Novo CPC. Doutrina Seleccionada. V. 3. Processo de Conhecimento. Provas*, II ed., Salvador, Jus Podivm, 260.
- Pastore, B. (1996). *Giudizio, prova, ragion pratica*, Milano, Giuffrè.
- Patterson, D. (2010). *Diritto e verità*, Milano, Giuffrè.
- Popper, K. R. (1972). *Conjectures and Refutations* (1963), tr. it. *Congetture e confutazioni*, Bologna, Il Mulino.
- (1975). *Objective Knowledge: An Evolutionary Approach* (1972), tr. it. *Conoscenza oggettiva: un punto di vista evoluzionistico*, Roma, Armando.
- Putnam, H. (1987). *The Analytic and the Synthetic* (1975), tr. it. *L’analitico e il sintetico*, in Id. (a cura di), *Mente, linguaggio e realtà*, Milano, Adelphi, 54-90.
- Quine, W.V.O. (1966). *Two Dogmas of Empiricism* (1951), tr. it. *I due dogmi dell’empirismo*, in Id., *Il problema del significato*, Roma, Ubaldini, 20-44.

- (1987). *Quiddities. An Intermittently Philosophical Dictionary*, Cambridge (MA), Belknap press.
- Rorty, R. (1991). *Objectivity, Relativism and Truth. Philosophical papers*, vol. 1, Cambridge, Cambridge University Press.
- Tarski, A. (1983). *The Concept of Truth in Formalized Languages*, in Id., *Logic, Semantics, Metamathematics*, Indianapolis, Hackett Publishing Company.
- Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Milano, Giuffrè.
- (2009). *La semplice verità*, Roma-Bari, Laterza.
- (2013). *La verdad en el proceso*, «Derecho & Sociedad», 40, 239-248
- Tonini, P., Conti, C. (2014). *Il diritto delle prove penali*, Milano, Giuffrè.
- Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Tuzet, G. (2016). *Filosofia della prova giuridica*, Torino, Giappichelli.
- (2014). *Prova, verità e valutazione*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 68, 4, p. 1517-1537.
- (2013). *La pratica dei valori, Nodi tra conoscenza e azione*, Macerata, Quodlibet.
- (2006). *La prima inferenza*, Torino, Giappichelli.
- Ubertis, G. (1995). *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, UTET.
- (2007). *Sistemi di procedura penale. I. Principi generali*, Torino, UTET.
- (2009) “La prova dichiarativa debole”, in *Cass. Pen.*, XLIX, 4058-4067.
- (2015). *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano, Giuffrè.
- Viola, F., Zaccaria, G. (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Wróblewski, J. (1989). *La prueba jurídica: axiología, lógica y argumentación*, in Id., *Sentido y Hecho en el derecho*, San Sebastián, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 171-189.

Logica e diritto
(Logic and Law)

Semantica dei mondi possibili e accessibilità deontica

Nicola Muffato *

*There's so many different worlds,
so many different suns.
And we have just one world,
but we live in different ones.*

Mark Knopfler, *Brothers in Arms*

That which is real is irreplaceable.
Arnold Weber/Bernard Lowe, *Westworld*

Sommario

Il presente saggio mira a criticare l'applicazione della semantica dei mondi possibili (SMP) alla logica deontica e all'analisi del linguaggio normativo. Dopo aver brevemente presentato le principali nozioni e tesi della SMP (§3) – con particolare attenzione alla relazione di accessibilità tra mondi possibili – e l'analogia tra modalità e quantificatori di cui cerca di rendere conto (§2), ricostruirò alcune obiezioni generali contro questo modello analitico (§4) ed esporrò alcuni argomenti che ne impediscono l'applicabilità all'ambito della logica deontica (§5). In particolare, sosterrò che le definizioni delle modalità deontiche offerte dalla SMP sono, a ben vedere, circolari.

Parole chiave: Modalità. Semantica dei mondi possibili. Logica deontica. Accessibilità deontica. Normatività.

Abstract

The present paper is meant to criticize the application of possible worlds semantics (PWS) to deontic logic and the analysis of normative language. After briefly

* Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione della Traduzione (IUSLIT), Università degli Studi di Trieste, Piazzale Europa, 1 34127, Trieste, Italia, nmuffato@units.it.

presenting the main notions and tenets of PWS (§3) – with a special attention to the accessibility relation between possible worlds – and the analogy between modalities and quantifiers it aims at accommodating in a unified framework (§2), I reconstruct some general objections against this model (§4) and expose some arguments which undermine its applicability to deontic logic (§5). More precisely, I argue that PWS definitions of the deontic modalities are subtly circular.

Keywords: Modalities. Possible worlds semantics. Deontic logic. Deontic accessibility. Normativity.

1. Introduzione

In questo saggio intendo revocare in dubbio l'utilità filosofica della semantica dei mondi possibili (d'ora innanzi: SMP) per un'analisi dei concetti normativi fondamentali attraverso lo strumento della logica deontica. A tale scopo mi concentrerò su una nozione di cruciale importanza appartenente al meta-linguaggio della SMP, quella di *accessibilità deontica*.

Nel §2 prenderò le mosse dalla pretesa analogia tra i vari tipi di modalità, che ha costituito la ragione principale per elaborare un modello (*rectius*: una teoria) semantico in grado di renderne conto in modo unitario, economico ed elegante. Il modello in questione, che oramai costituisce la *received view*, è precisamente la SMP, che presenterò in modo succinto nel §3, introducendo i concetti di *mondo possibile* e di *relazione di accessibilità*. Nel §4 ripercorrerò alcuni argomenti generali contro l'efficacia ermeneutica della SMP, che potrebbero essere estesi alla sua applicazione in ambito normativo. Infine, nel §5, dopo aver analizzato la relazione di accessibilità deontica, ricostruirò alcune critiche a tale modello ed elaborerò un argomento per dimostrare la circolarità della sua definizione delle modalità deontiche.

2. Logiche modali aletica e deontica: analogie e disanalogie

2.1. Una delle principali ragioni per cui Georg H. von Wright – e non, per esempio, Gottfried W. von Leibniz, Jeremy Bentham, Alois Höfler o Ernst Mally – è considerato il padre della logica deontica consiste nel fatto che fu il primo autore ad averne sviluppato e discusso in maniera sistematica e approfondita assiomi, regole di inferenza e teoremi nell'ambito di una visione globale della logica modale. Tale concezione procedeva da una presentazione delle analogie e disanalogie tra i quantificatori e i vari tipi di modalità¹.

¹ Cfr. von Wright 1951a: 1; von Wright 1951b: 2-4 (ciascun capitolo di questo pionieristico saggio

Le analogie si concentrano soprattutto sull'interdefinibilità dei concetti fondamentali. Così, per von Wright², le modalità si distribuiscono secondo il seguente schema:

aletiche	epistemiche	deontiche	esistenziali
necessario (\Box)	verificato	obbligatorio (O)	universale (\forall)
possibile (\Diamond)	/	permesso (P)	esistente (\exists)
contingente	non deciso (<i>undecided</i>)	indifferente	/
impossibile	falsificato	vietato (V)	non esistente

Robert Blanché³ apportò alcune correzioni a questa tabella, ne colmò le lacune e vi aggiunse i modi aristotelici della proposizione nell'ottica dell'analisi del sillogismo:

sillog.	quantificate	esistenziali	aletiche	epistemiche	deontiche
A	universale	$\neg\exists\neg$	necessario	verificato	obbligatorio
E	nulla	$\neg\exists$ (<i>empty</i>)	impossibile	falsificato	vietato
I	particolare	\exists	possibile	plausibile	permesso
O	restrittiva	$\exists\neg$	innecessario	controverso (<i>litigious</i>)	facoltativo
Y	neutrale	$\exists \wedge \exists\neg$	contingente	non deciso	indifferente

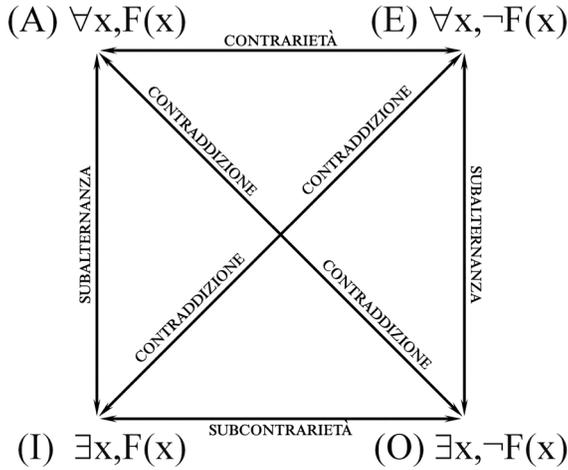
Jorge L. Rodríguez⁴, più recentemente, è andato oltre questi quadri sinottici utilizzando i quadrati delle opposizioni. Il primo quadrato riprende quello di Apuleio, riformulandolo nei termini della logica quantificata:

è dedicato all'analisi dei vari tipi di modalità); von Wright 1983a (1981): 100-107. L'analogia era già conosciuta almeno dai tempi di Pietro Abelardo, nel dodicesimo secolo d.C.

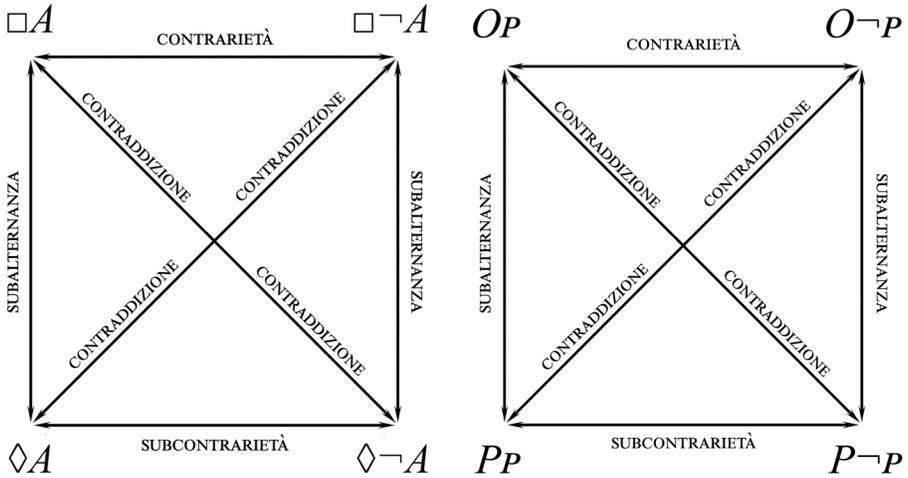
² Cfr. von Wright 1951b: 2; von Wright 1971.

³ Cfr. Blanché 1952: 375. La tabella potrebbe essere arricchita introducendo anche le "modalità temporali": sempre, mai, a volte, a volte non, con una frequenza prossima a $\frac{1}{2}$.

⁴ Cfr. Rodríguez 2013: 463. Cfr. anche Navarro e Rodríguez 2014: 18-23.



Il secondo e il terzo presentano le relazioni tra modalità aletiche e deontiche, rispettivamente:



I quadrati di cui sopra rendono già un'idea di quali leggi logiche potrebbero governare il ragionamento deduttivo nei vari ambiti modali. Per esempio, appare del tutto naturale assumere come assiomi $\neg(OA \wedge O\neg A)$, $\neg(OA \wedge P\neg A)$, $\neg(O\neg A \wedge PA)$ e $OA \rightarrow PA$.

Tuttavia, von Wright mosse i suoi primi passi nella costruzione dei suoi sistemi di logica deontica partendo da un'altra analogia, relativa al comportamento degli

operatori modali e degli operatori deontici rispetto alla disgiunzione e alla congiunzione. Tale osservazione può essere compendiata nei seguenti bicondizionali⁵:

- | | |
|--|---|
| (1) $\diamond(A \vee B) \leftrightarrow \diamond A \vee \diamond B$ | (1') $P(A \vee B) \leftrightarrow PA \vee PB$ |
| (2) $\neg \diamond(A \vee B) \leftrightarrow \neg \diamond A \wedge \neg \diamond B$ | (2') $V(A \vee B) \leftrightarrow VA \wedge VB$ |
| (3) $\square(A \wedge B) \leftrightarrow \square A \wedge \square B$ | (3') $O(A \wedge B) \leftrightarrow OA \wedge OB$ |

Nel suo primo sistema di logica deontica del 1951⁶, von Wright incorporò gli assiomi e le regole di inferenza della logica proposizionale aggiungendovi l'assioma (1') e due principi di trasformazione. In base al primo è possibile sostituire le variabili in una tautologia della logica proposizionale con le corrispondenti formule deontiche – ottenendo così tautologie come il c.d. “principio di permesso”, $PA \vee P\neg A$. In base al secondo, due formule equivalenti nella logica proposizionale possono essere sostituite *salva veritate* (ammesso e non concesso che si possa predicare la verità di norme) all'interno di formule deontiche.

2.2. Sin dall'inizio, tuttavia, l'autore finlandese fu consapevole di una disanalogia fondamentale tra l'ambito modale aleatico e quello deontico. Mentre nel primo vale la formula $\square A \rightarrow A \rightarrow \diamond A$ (*a necesse ad esse, ab esse ad posse valet consequentia*), nel secondo non appare plausibile assumere che nel mondo reale il realizzarsi di una certa condotta sia condizione necessaria della sua obbligatorietà e condizione sufficiente della sua permissibilità – non vale quindi $OA \rightarrow A \rightarrow PA$ perché non valgono né $OA \rightarrow A$ né $A \rightarrow PA$ (mentre vale, come detto, $OA \rightarrow PA$). Von Wright individuò comunque ulteriori differenze. In primo luogo, poiché (3') apre la strada a paradossi più “gravi” – cioè in contrasto più stridente con le intuizioni – rispetto a quelli dell'implicazione materiale e dell'implicazione stretta, occorrerebbe scomporlo in due condizionali, il *principio di distribuzione*

$$(3' \text{ dist.}) O(A \wedge B) \rightarrow (OA \wedge OB)$$

e il *principio di aggregazione* o *agglomerazione* o *aggiunta* (*adjunction*)

$$(3' \text{ aggr.}) (OA \wedge OB) \rightarrow O(A \wedge B),$$

rigettando il primo e con esso la regola di separazione deontica del conseguente⁷.

In secondo luogo, egli notò come (1') sia in contrasto con un modo comune di

⁵ Talvolta, nelle formule, i bicondizionali vengono sostituiti da equivalenze.

⁶ Cfr. von Wright 1951a.

⁷ Cfr. von Wright 1983a (1981): 104. Su questo punto, von Wright riprende un saggio di Rudolf Stranzinger: “Ein paradoxenfreies deontisches System”, in *Forschungen aus Staat und Recht. Band 43: Strukturierungen und Entscheidungen im Rechtsdenken*, 1978.

intendere il permesso disgiuntivo (cioè il permesso di tenere l'uno o l'altro di due comportamenti indipendenti): quest'ultimo equivarrebbe infatti alla *coniunzione*, non alla *disgiunzione*, di due permessi⁸.

In terzo luogo, mentre nella logica modale la necessità *de dicto* di una tautologia è pacifica, in logica deontica l'obbligatorietà della stessa appare invece assai controversa⁹. Chi l'afferma si limita a osservare come si tratti solo di un modo per dire che la norma-negazione di tale norma tautologica – cioè $P(A \wedge \neg A)$ – non può essere razionalmente voluta¹⁰. Chi la nega sostiene che una delle condizioni di senso di una norma sia data dalla necessaria possibilità di un suo inadempimento. Detto altrimenti, non ha senso prescrivere una certa condotta a un certo destinatario se questi non può comunque non realizzarla, né può darsi un genuino problema pratico sul quale un agente sia chiamato a ragionare e deliberare se un'eventuale giustificazione pratica o decisione risulta comunque irrilevante per il realizzarsi della condotta in questione¹¹.

Tutte queste differenze¹² non giustificherebbero un approccio diverso alla logica deontica, prescindendo dal paradigma modale?¹³ Una simile ipotesi è stata relegata ai margini della filosofia della logica dall'affermarsi di una potente semantica formale – la semantica dei mondi possibili – che ha finito con l'essere sistematicamente applicata a tutti gli ambiti sopra elencati. Cerchiamo di capire perché.

3. La semantica dei mondi possibili

3.1. A partire dalla seconda metà degli anni Cinquanta, forse sulla scia di un'interpretazione della meccanica quantistica, e con un'accelerazione sul finire degli anni Sessanta del secolo scorso, gli studi di logica modale ricevettero uno straordinario impulso dall'elaborazione di modelli semantici formali basati sulle teorie dei mondi possibili¹⁴. Il concetto stesso di “mondo possibile” può essere presentato in vari modi: come “punto algebrico” dal qual procedere a un'assegnazione di valori di verità a formule, come un insieme massimamente consistente di proposizioni,

⁸ Per converso, la condizione di efficacia di $PA \wedge P \neg A$ non è rappresentata da $A \wedge \neg A$ (cioè da una contraddizione), bensì da $\neg A \vee \neg A$ (cioè da una tautologia).

⁹ Lo stesso von Wright ha cambiato opinione a tal proposito: cfr. von Wright 1989 (1963): 211; von Wright 1983a (1981): 105; von Wright 1983b: 141.

¹⁰ Cfr. von Wright 1983b: 141.

¹¹ Cfr. von Wright 1951b: 10; S.O. Hansson 1988 I: 350-351; Forrester 1996: 106-111.

¹² Cui vanno aggiunte almeno quelle segnalate in Jennings e Schotch 1981; S.O. Hansson 1988 I e II; Peña y Gonzalo 2009; Ausín Diez e Peña y Gonzalo 2000; Narváez Mora 2016; Żelaniec 2017.

¹³ Cfr. Narváez Mora 2016: 81. L'autrice sottolinea come negli studi tradizionali di logica deontica si sia spesso confusa la relazione di *analogia* (una somiglianza funzionale) con una relazione di *omologia* (una corrispondenza strutturale).

¹⁴ Per una dettagliata ricostruzione storica, cfr. Copeland 2002.

come un modo di parlare di ciò che non si dà nel mondo attuale (dove il termine “attuale” funziona come un dimostrativo) ancorché risulti almeno comprensibile in base ai nostri schemi concettuali, come un insieme di fatti ovvero entità, stati di cose ed eventi concreti che esistono, sussistono o si verificano in modo indipendente dal nostro linguaggio e pensiero, ma che risulta separato spazio-temporalmente e causalmente dal mondo attuale, come combinazione (insieme) di coordinate spazio-temporali “occupate” da oggetti.

L’elenco è appena abbozzato: qui non occorre completarlo né entrare nei dettagli di ciascuna ricostruzione e dei relativi dibattiti che suscita. Basti tener presente che:

a) i mondi possibili alternativi a quello attuale sono presi in considerazione soltanto per quanto concerne la verità o falsità della proposizione modalizzata e delle sue implicazioni concettuali: rispetto a infinite altre proposizioni il confronto non avviene¹⁵. Parlare di una comparazione tra mondi, come se questa avesse a oggetto molte (ma quali?) altre proprietà degli stessi espresse da altrettante predicazioni, appare dunque fuorviante;

b) il riferimento – o la relativizzazione – alle condizioni di verità realizzate in alcuni soltanto (possibilità) o in tutti (necessità) i mondi possibili consente un’attribuzione di valori di verità alle espressioni modali. In altre parole, un’espressione modale è vera o falsa in relazione a quanto accade non (o non solo) nel mondo attuale, ma (anche) nei vari mondi possibili.

Con questa interpretazione, resa rigorosa mediante l’elaborazione di semantiche formali (“pure”) più o meno complesse, si rende ragione dell’analogia tra modalità e quantificatori precedentemente illustrata. Gli operatori di necessità e possibilità non sono altro che quantificatori – universale ed esistenziale, rispettivamente – su mondi possibili. D’altra parte, l’impossibilità equivale alla necessaria falsità di una proposizione in ogni mondo possibile – per quanto alcuni autori ammettano che vi sia spazio anche per gli *impossibilia*, nei mondi *impossibili*. Anche in questo caso, come in precedenza rispetto alla nozione di mondo possibile da preferire, eviterò di scegliere tra la tesi secondo cui, pur essendo lecito parlare di mondi impossibili in un senso di “impossibilità” ristretto a qualche dominio di quantificazione, non si danno mondi impossibili in senso assoluto, perché tutto è possibile in qualche contesto (e dunque anche altri schemi concettuali, pur senza poter dire quali muovendoci all’interno del nostro) e la tesi secondo cui si danno impossibilità assolute. Non mi interrogherò nemmeno sul senso della quantificazione su mondi impossibili.

Ai fini di questo lavoro è più interessante un’altra domanda: la “quantificazione modale” è ristretta o assoluta? Ovvero: il dominio (l’universo del discorso) *modale* di quantificazione¹⁶, l’insieme non vuoto W rispetto alle cui descrizioni si può pro-

¹⁵ Cfr. Kripke 1980 (1972): 17-20.

¹⁶ Uso qui l’espressione “dominio modale” per evitare una possibile confusione con il dominio

cedere a un'assegnazione di valori di verità attraverso una funzione *i*, che equivale a un'interpretazione, è in qualche modo limitato? È un sottoinsieme dell'insieme universo dei mondi possibili o coincide con esso? La risposta generalmente data è che il dominio modale di quantificazione è limitato all'insieme dei mondi possibili *accessibili* dal (è circoscritta alle c.d. "alternative" al) mondo attuale¹⁷. Tale soluzione chiama in gioco come *definiens* o *explanans* la nozione di "accessibilità" (o "alternatività")¹⁸, la quale è tuttavia definibile a sua volta in termini modali: un mondo possibile è accessibile, ovviamente, quando è *possibile* accedervi, cioè quando esso può essere concepito e confrontato con il mondo attuale sotto qualche aspetto rilevante e dunque in modo sensato. Si tratta dunque di una possibilità *relativa*, non assoluta: un mondo è possibile solo rispetto a un altro mondo.

Per evitare di incorrere in una definizione circolare (cfr. *infra* §4), chi propone una SMP insiste spesso sulla *somiglianza* tra il nostro mondo e i mondi possibili¹⁹ accessibili oppure sulla *rilevanza* delle condizioni di verità di una certa proposizione relativa ai vari mondi possibili per l'attribuzione di un valore di verità alla modalizzazione della stessa proposizione rispetto al mondo attuale²⁰ – assumendo che i mondi possibili siano *identici* per quanto riguarda le proprietà rilevanti. Un enunciato modale sarà dunque valutabile sotto il profilo della sua verità a condizione che i mondi possibili su cui quantifica somiglino o, meglio ancora, siano identici a quello attuale sotto qualche aspetto rilevante. Poiché somiglianza e rilevanza sono concetti relazionali, un buon modo per elaborare la nozione di accessibilità consiste nel definire quest'ultima come una relazione²¹. Da un punto di vista insiemistico,

(non modale) di individui di ciascun mondo possibile su cui possono spaziare le variabili individuali. La distinzione rileva ai fini della domanda posta nel testo e della comprensione dei concetti di validità logica universale e di necessità, laddove si tenga conto che anche un dominio modale può variare (è questa una caratteristica delle semantiche modali proposte da Saul Kripke). Per quanto concerne la validità logica, cfr. Kripke 1959: p. 3: «In trying to construct a definition of universal logical validity, it seems plausible to assume not only that the universe of discourse may contain an arbitrary number of elements and that predicates may be assigned any given interpretation in the actual world, but also that any combination of possible worlds may be associated with the real [leggasi: actual] world with respect to some group of predicates». Una formula è dunque logicamente valida in senso universale se è vera in *tutti* i domini modali che si ottengono combinando un certo dominio non modale (il mondo attuale) con quelli di tutti gli altri mondi possibili – senza restrizioni (salvo evitare che il dominio non modale del mondo attuale sia vuoto). D'altra parte, una proposizione è necessaria se è sempre vera in *un certo* dominio di quantificazione modale. Cfr. Ballarín 2005.

¹⁷ Cfr. Varzi 2010: 32-44. L'introduzione nel modello della relazione di accessibilità serve a rendere la semantica modale più generale e flessibile, evitando di imporre l'assunzione che tutti i mondi possibili stiano sullo stesso piano.

¹⁸ L'espressione "accessibilità" viene impiegata per la prima volta in Prior 1962; l'espressione "alternatività" in Hintikka 1957.

¹⁹ Cfr. Lewis 1973: §2.3.

²⁰ Cfr. Kratzer 1981: 1991, dove le restrizioni al dominio di quantificazione (*modal base*) sono genericamente ricondotte a vari aspetti del contesto comunicativo ed epistemico.

²¹ La relazione di alternatività tra modelli appartenenti a un insieme che costituiscono descrizio-

tale relazione può essere definita sia come un sottoinsieme del prodotto cartesiano $\mathbb{W} \times \mathbb{W}$ sia come insieme di tutte le coppie di mondi tra loro somiglianti, dove la somiglianza tra i mondi dipenderà a sua volta dalla somiglianza tra combinazioni di individui (oggetti, eventi o fatti) appartenenti ai domini dei mondi confrontati²².

Una relazione binaria di accessibilità R tra il mondo attuale w e un mondo possibile u (o v o $z \dots$) può essere peraltro variamente caratterizzata all'interno di un modello M (*à la* Kripke) – cioè una tripla $(w; \mathbb{W}; R)$ su cui opera una funzione esterna di valutazione/interpretazione i – e a seconda delle proprietà che le vengono attribuite si operano diverse ricostruzioni/selezioni del dominio di quantificazione e degli assiomi su cui fondare un calcolo modale:

condizioni imposte a M	proprietà di R	nome assioma	Assioma
$\forall w \exists u, wRu$	seriale	(D)	$\Box A \rightarrow \Diamond A$
$\forall w, wRw$	riflessiva	(T)	$\Box A \rightarrow A$
$\forall w \forall v \forall u, (wRv \wedge vRu) \rightarrow wRu$	transitiva	(4)	$\Box A \rightarrow \Box \Box A$
$\forall w \forall v, wRv \rightarrow vRw$	simmetrica	(B)	$A \rightarrow \Box \Diamond A$
$\forall w \forall v \forall u, (wRv \wedge wRu) \rightarrow vRu$	euclidea	(5)	$\Diamond A \rightarrow \Box \Diamond A$
$\forall w \forall v, wRv \rightarrow vRv$	trans-riflessiva	($\Box M$)	$\Box(\Box A \rightarrow A)$
$\forall w \forall v \forall x, (wRv \wedge wRx) \rightarrow \exists u, (vRu \wedge xRu)$	convergente	(C)	$\Diamond \Box A \rightarrow \Box \Diamond A$
$\forall w \forall v \forall u (wRv \wedge wRu) \rightarrow v=u$	funzionale	(CD)	$\Diamond A \rightarrow \Box A$

ni parziali di un mondo viene introdotta per la prima volta da Jaakko Hintikka (cfr. Hintikka 1957a) e successivamente sviluppata dallo stesso autore e da Saul Kripke (cfr. Hintikka 1957b, 1961; Kripke 1963). Peraltro, risale a Prior 1957 l'idea di una relazione tra stati di cose in momenti diversi di una sequenza temporale – c.d. "ordine lineare" – nel contesto di uno studio in cui vengono introdotte le modalità temporali.

²² Si noti: ho qui assunto che la somiglianza sia relativa ai mondi e quindi alle *combinazioni* di individui e proprietà (o relazioni), non agli individui stessi, che potrebbero anche essere identici da un mondo all'altro. La tesi della somiglianza (senza identità) degli individui è adottata in Lewis 1973 e sviluppata in una della teoria delle "controparti" in Lewis 1986.

Si dà infatti una corrispondenza tra le proprietà di R e le formule assunte come assiomi che si aggiungono all'assioma di distribuzione (K), vale a dire a $\Box(A \rightarrow B) \rightarrow (\Box A \rightarrow \Box B)$, che caratterizza la maggior parte, se non tutte, le logiche modali.

3.2. Non è mia intenzione esplorare il significato di ciascuna proprietà (o delle molte altre che si potrebbero aggiungere alla lista) e delle condizioni imposte a M per ogni ambito (aletico, nomico o nomologico, epistemico, doxastico, temporale, ecc.) cui le logiche modali sono state applicate. Consideriamo tuttavia tre proprietà di R, la riflessività, la serialità e la trans-riflessività (o riflessività secondaria), per chiarire quale rapporto esse intrattengano con gli assiomi del calcolo modale.

La serialità appare come un'esplicitazione di un requisito minimo per l'impiego del concetto di possibilità: se tale requisito non fosse soddisfatto, l'unico mondo descrivibile e valutabile dal punto di vista della verità/falsità sarebbe quello attuale (la nozione di necessità si appiattirebbe su quella di attualità ed entrambe diverrebbero inutili). Una concezione della necessità e della possibilità molto più forte deriva invece dall'assumere simultaneamente, come accade nel sistema modale S5 (caratterizzato dagli assiomi K, T, 4 e B), le proprietà riflessiva, transitiva e simmetrica: tale combinazione comporta infatti l'*universalità* della relazione di accessibilità, per cui $\forall w \forall u, wRu$, e l'equivalenza tra mondi possibili: ogni mondo possibile è alternativo a qualsiasi altro mondo possibile, incluso quello attuale.

Ritorniamo alla serialità. Se nel mondo w di partenza è vera $\Box A$, se cioè A è vera nell'insieme dei mondi accessibili da w , allora A è vera persino nel caso in cui tale insieme risulti vuoto. D'altra parte, la proposizione $\Diamond A$ ha portata esistenziale rispetto agli elementi di W ed è quindi vera in relazione a w se in almeno un mondo possibile – poniamo: u – appartenente a W A è vera. Ma se R è seriale, almeno u sarà accessibile da w : ciò significa che nei modelli in cui R è seriale la verità di $\Box A$ è condizione sufficiente di verità di $\Diamond A$; vale quindi come assioma D.

In forza della proprietà riflessiva, qualsiasi mondo possibile è accessibile a e da se stesso, può essere confrontato con se stesso, somiglia a se stesso e la verità delle proposizioni a esso relative fanno la differenza nell'attribuire un valore di verità all'enunciato modale – i.e., incidono su i . Ciò significa che se in un mondo qualsiasi w è vera la proposizione $\Box A$, allora in tutti i mondi accessibili da w , ivi compreso w stesso, è vera la proposizione A . Ma ciò comporta altresì che nel mondo w , relativamente al quale stiamo valutando la verità di $\Box A$, valga $\Box A \rightarrow A$. Infatti, poiché tale condizionale è vero nell'insieme dei mondi W in cui R è riflessiva, ne discende che $\Box A \rightarrow A$ vale come assioma rispetto a un modello cui sia imposta tale condizione.

In virtù della riflessività secondaria, ogni mondo possibile – poniamo: v – accessibile da un mondo possibile w sarà accessibile anche (d)a se stesso. In altre parole, i mondi accessibili da w sono mondi che intrattengono una relazione di accessibilità riflessiva. Orbene, se p è vera in tutti i mondi accessibili da w (ma non in w , giacché

per esso R non è riflessiva) e se A non è solo vera, bensì necessariamente vera in v (perché per esso R è riflessiva), allora in tutti i mondi come w in cui R è secondariamente riflessiva la verità di $\Box A \rightarrow A$ è necessaria. Non vi sono infatti mondi da essi accessibili in cui R non sia riflessiva e non valga $\Box A \rightarrow A$. Dal punto di vista dell'insieme dei mondi come w in cui R è secondariamente riflessiva, dunque, vale $\Box(\Box A \rightarrow A)$.

Come si può facilmente comprendere, una teoria in grado di sfruttare una notazione così economica ed elegante si candida seriamente come paradigma di analisi dei vari concetti modali: è sufficiente disegnare in modo accorto R per rendere conto di numerosi aspetti e molte intuizioni (non solo linguistiche) relative al loro impiego. L'aspetto più importante è che una SMP promette di mantenere il rigore e i vantaggi di un linguaggio estensionale come quello della teoria dei modelli di Tarski – in generale: delle semantiche vero-condizionali e vero-funzionali – per la logica aleatica ordinaria. Ma si tratta davvero di una promessa mantenuta?

4. Come interpretare i discorsi modali?

Anche se corredate da una rigorosa SMP, le logiche modali devono fare i conti con alcune serie obiezioni. Cercherò di esporle sinteticamente.

In primo luogo, occorre stabilire quale argomento ammettano gli operatori modali e quale sia la portata (*scope*) di questi ultimi. Nel suo saggio *Three Grades of Modal Involvement*, Willard van O. Quine distingue tre casi:

1) l'operatore modale funge da *predicato* semantico metalinguistico non iterabile che ammette come argomento “formule notazionali” o “nomi di enunciati”. Per esempio, l'enunciato “La formula notazionale ‘ $9 > 5$ ’ è necessaria (o necessariamente vera, valida secondo la teoria della dimostrazione, analitica, ecc.)” può essere reso mediante la formula $\Box('9 > 5')$. L'argomento del predicato modale di necessità è un contesto referenziale opaco, in quanto non ammette la sostituzione *salva veritate* delle espressioni codesignative che figurano al suo interno;

2) l'operatore modale funge da *operatore logico* iterabile del linguaggio oggetto che ammette come argomento *statements*, *formule chiuse*, cioè prive di variabili enunciative o predicative, come “Necessariamente, 9 è maggiore di 5” o “9 è necessariamente maggiore di 5”, che possono essere formalizzate come $\Box(9 > 5)$ o, nei termini della logica modale proposizionale, come $\Box A$ o $\Box p$ ²³;

²³ Quine, seguendo Carnap, pensa alla necessità come analiticità o validità logica proprio perché predicabile di (o avente come argomento) formule chiuse. Quest'idea è invece espressamente rifiutata da Bertrand Russell (cfr. Russell 1956: 231): «It is important, I think, to realize that the whole doctrine of modality only applies to propositional functions, not to propositions». In un'ottica kripkeana, concepire gli operatori modali come quantificatori implicherebbe in questo caso ammettere la quantifica-

3) l'operatore modale funge da operatore logico iterabile del linguaggio oggetto che ha come argomento anche *formule aperte*, cioè contenenti variabili suscettibili di quantificazione. Ora, poiché gli stessi quantificatori sono operatori logici che possono avere portata ampia o ristretta, ne consegue che gli operatori modali possono trovarsi al di fuori o entro la portata dei quantificatori: nel primo caso, la modalità sarà *de dicto* (per esempio, $\Box(\exists x)Fx$ oppure “È necessario che un padre abbia almeno un figlio”) nel secondo *de re* (per esempio, $\exists x, \Box(Fx)$ oppure “Un padre ha necessariamente un figlio”).

Quine non ha problemi con il caso 1), purché si ridefinisca il concetto di analiticità in termini di validità (*proof-theoretical validity*) relativa a un linguaggio in cui si rispetti la logica vero-funzionale e delle classi, in modo da evitare i problemi esposti in *Two Dogmas of Empiricism*. Il caso 2) invece lo disturba perché trasforma l'opacità referenziale dell'argomento del predicato metalinguistico di necessità, vale a dire un contesto citazionale, in un'opacità dell'operatore logico di necessità: il primo passo di una discesa semantica che può rivelarsi fonte di confusione quando entrino in gioco connettivi logici come il condizionale materiale (il quale potrebbe essere erroneamente interpretato come un segno d'implicazione). Peraltro, una volta che ciò venga chiarito e si eviti di assumere un impegno ontologico nei confronti di “entità intensionali” come le proposizioni, si tratta di un uso legittimo.

Il vero problema è rappresentato dal caso 3), in particolare dalla modalità *de re*. Secondo Quine, infatti, la quantificazione entro la portata di un operatore logico (c.d. “*quantifying in*”) è ammissibile solo laddove quest'ultimo produca un contesto referenziale trasparente: nessuna variabile all'interno di un contesto referenziale opaco può essere vincolata da un operatore esterno a tale contesto; ma l'operatore logico di necessità è referenzialmente opaco, quindi i quantificatori non possono vincolare le variabili nell'ambito di tale operatore. Ne deriva che formule come $\exists x, \Box(Fx)$ sono malformate. La stessa conclusione si raggiunge se si intende la necessità in termini logici o analitici e al contempo si vieta di quantificare su concetti individuali o altre misteriose entità semantiche (anziché su oggetti)²⁴, come richiede l'autore di *Word and Object*.

Quine ha comunque altre due obiezioni, di carattere più generale, ma non per questo meno penetranti. Da un lato, i modelli semantici (le semantiche formali, pure) estensionali proposti per assegnare un valore di verità agli enunciati della lo-

zione proposizionale (la quale, per Quine e Patrick Suppes, è mal concepita: cfr. Suppes 1999 (1957): 123-125; Quine 1970: cap. I).

²⁴ In realtà, come puntualmente osserva Roberta Ballarin (Ballarin 2012: 241), i *desiderata* che secondo Quine la logica modale dovrebbe – ma non può – simultaneamente soddisfare sono almeno tre: (i) l'applicabilità universale della regola di generalizzazione esistenziale, (ii) un dominio di quantificazione “naturale” (che comprenda solo oggetti) e (iii) il rifiuto di distinzioni *ad hoc* tra variabili (ogni variabile deve poter figurare in qualsiasi matrice). Dei tre requisiti, il più controverso è il secondo: cfr. Hintikka & Sandu 1995: §5.

gica modale non hanno un reale valore esplicativo, non sono sufficienti per spiegare l'uso delle espressioni e dei concetti modali nelle pratiche linguistiche ordinaria e scientifica dal punto di vista delle semantiche informali o applicate (“impure”, “depravate”)²⁵. Questa critica è conosciuta in letteratura come “*interpretation problem*”²⁶. Dall'altro, la semantica della logica modale quantificata non è davvero “formale”, nel senso che non è neutrale rispetto ai contenuti proposizionali espressi mediante le formule del calcolo, bensì appare compromessa con l'essenzialismo aristotelico²⁷, secondo il quale gli oggetti possiedono certe proprietà (almeno una, ma non tutte) necessariamente/essenzialmente, cioè in modo indipendente da come sono descritti²⁸. Tale posizione filosofica è per Quine il relitto di un'epoca pre-scientifica.

Orbene, l'obiezione contro la quantificazione interna e l'accusa di essenzialismo hanno suscitato numerose repliche, alcune delle quali dimostrano come Quine fosse effettivamente in errore sia nel collegare l'opacità alla non sostituibilità *salva veritate*²⁹ sia nel far dipendere l'inaccettabilità delle modalità *de re* da un essenzialismo insito nella *sintassi* del metalinguaggio delle semantiche pure sviluppate dai fautori delle logiche modali³⁰. La tesi quineana dell'“insufficienza interpretativa” delle semantiche modali formalizzate, invece, ha ricevuto scarsissima attenzione nel passato, ma a ben vedere rappresenta l'obiezione più difficile da evitare; essa permette inoltre di rivalutare anche l'accusa di essenzialismo rivolta contro la SMP³¹.

L'*interpretation problem*, infatti, può essere riformulato nei seguenti termini. Si assuma l'obiettivo di evitare analisi circolari: se il significato di \diamond consiste nel suo contributo al valore di verità di $\diamond A$ e quest'ultimo è vero se almeno in un mondo possibile A è vero, allora il significato di \diamond dipende da quello di “mondo possibile”; ma “possibile”, nella locuzione “mondo possibile”, deve significare qualcosa di 1) diverso rispetto a \diamond e 2) intelligibile in base all'articolazione concettuale del linguaggio ordinario.

²⁵ Cfr. Quine 1972.

²⁶ Cfr. Lindström 2001; Ballarin 2004.

²⁷ Cfr. Quine 1977.

²⁸ L'espressione formale di questa posizione filosofica sarebbe dunque $\exists x(\Box Fx \wedge Gx \wedge \neg \Box Gx)$. Non si tratta peraltro dell'unica versione dell'essenzialismo disponibile sul mercato filosofico. In ogni caso, l'accusa di Quine è rivolta ai tentativi di attribuire significato alle modalità aletiche (con una possibile estensione alle modalità temporali), non a quelle epistemiche né a quelle deontiche.

²⁹ Cfr. almeno Kaplan 1975; Fine 1990; Føllesdal 1998. Le repliche a Quine fanno soprattutto leva sulla distinzione kripkeana tra designatori rigidi e descrizioni definite. Tuttavia, si discute ancora sull'analizzabilità del concetto di designazione rigida mediante concetti modali, che vanificherebbe questo tipo di soluzione (per es., se per stabilire che un'espressione è usata come designatore rigido si dovesse porla in relazione con un contesto controfattuale, a sua volta analizzabile in termini modali, il concetto di designazione rigida non potrebbe essere impiegato in un'analisi riduttiva dei concetti modali).

³⁰ Cfr. almeno Barcan Marcus 1967; Parsons 1967; Kripke 2017a e Kripke 2017b.

³¹ Su questi temi, cfr. Ballarin 2004; Tuboly 2015.

Il primo requisito può essere inteso a sua volta in due modi, a seconda della concezione dell'analisi adottata. Recuperando una distinzione di Peter F. Strawson, si potrebbe dunque tradurlo in una richiesta di analisi *riduttiva* ovvero *connettiva*³². Nel primo caso, il concetto di “mondo possibile” dovrebbe essere analizzato mediante – ridotto senza residui a – concetti non modali³³; nel secondo caso, si potrebbe invece analizzare il concetto di possibilità mostrando le sue relazioni con altri concetti all'interno di una struttura articolata. La prima opzione comporta ostacoli forse insormontabili³⁴, ciò che rivaluta il drastico eliminativismo di Quine³⁵. La seconda opzione risulta invece interessante nella misura in cui si chiariscano a sufficienza le relazioni concettuali in gioco e i vari contesti in cui vengono stabilite.

Orbene, le interpretazioni (in termini di mondi possibili) puramente formali della sintassi del calcolo modale, possono soddisfare 1) distinguendo tra proposizioni e modelli logicamente consistenti e non consistenti sulla base di combinazioni astratte di soggetti e predicati che sono *date a priori*, per stipulazione, senza assumere come punto di partenza epistemologico l'attualità di un mondo *w* e di ciò che vi appartiene. Ma in questo modo le semantiche formali risultano troppo parche per adempiere a 2) e rendere conto del significato delle espressioni modali di cui facciamo uso nel discorso ordinario (ed entro certi limiti nelle pratiche scientifiche).

Questa parchezza, peraltro, non può essere facilmente compensata al livello delle semantiche informali senza contrarre pesanti debiti metafisici³⁶. In particolare, le semantiche informali dei mondi possibili finiscono invariabilmente con l'assumere che certe combinazioni astratte di soggetti e predicati – ma anche, più in generale, di proposizioni – non raffigurino possibilità “genuine” o, se si vuole, “metafisiche” (la combinazione astrattamente/logicamente possibile del soggetto designato rigidamente dal nome “Napoleone Bonaparte” con la proprietà di essere un geranio, per es., non è una possibilità metafisica). Queste ultime possono essere identificate

³² Cfr. Strawson 1992: 22-23: «A concept may be complex, in the sense that its philosophical elucidation requires the establishing of its connections with other concepts, and yet at the same time irreducible, in the sense that it cannot be defined away, without circularity, in terms of those other concepts to which it is necessarily related».

³³ Tale è, per esempio, la proposta di David K. Lewis (cfr. Lewis 1986), secondo il quale i mondi possibili sono mondi reali, sebbene non intrattengano relazioni causali con il nostro mondo, dal quale sono isolati spazio-temporalmente.

³⁴ Cfr. Sider 2003.

³⁵ Cfr. Quine 1972: 493: «everything is what it is, ask not what it may or must be». Per Quine, la nozione di necessità può essere sostituita da quella di resistenza o immunità (relative) alla revisione di una teoria, dato il principio di mutilazione minima.

³⁶ Cfr. Haack 1978: 188-194; Kaplan 1994: 47-48; Ballarín 2004. Credo che la discussa concezione della designazione rigida di Kripke (cfr. Kripke 1980: lezione I) serva a gettare un ponte tra questi due estremi: il riferimento di certe espressioni ci è *dato* direttamente nel mondo attuale attraverso una catena che risale a un atto di battesimo originario e tale riferimento permane immutato in tutti i mondi possibili. Si combina così il requisito della precedenza dell'attualità – declinato da un punto di vista essenzialista – con il requisito della “stipulazione” (il battesimo originario).

e conosciute solo *a posteriori*, assumendo come punto di partenza epistemologico il mondo attuale e operando quella che Ben Kaplan e lo stesso Quine chiamano una “spiacevole” (“*invidious*”) selezione delle proposizioni vere di necessità. Ciò tuttavia comporta un abbandono del concetto semantico di necessità, *de dicto*, in favore di un concetto di necessità essenzialista/metafisico, *de re*.

In conclusione, un’interpretazione della sintassi modale che soddisfacesse il requisito 2) e ambisse a illuminare gli aspetti centrali dell’uso delle espressioni modali nel linguaggio ordinario non potrebbe non dipendere da un’impostazione filosofica essenzialista, di per sé assai controversa.

5. Accessibilità deontica

5.1. La SMP è uno strumento molto utilizzato dagli studiosi di logica deontica per la ricchezza di soluzioni tecniche ai problemi di formalizzazione delle nozioni di norma (imperativa o permissiva, condizionale o non condizionale, ecc.) e di sistema normativo³⁷. All’interno di questo paradigma, la fondamentale analogia rispetto all’interdefinibilità può essere presentata nei seguenti termini: una certa azione o un certo stato di cose è *obbligatorio* in *w* se, e solo se, la sua realizzazione o presenza è *necessaria* in tutte le sue *alternative deontiche*, i mondi possibili aleticamente accessibili da *w* che risultino “accettabili” (oppure “ideali” oppure “preferibili” rispetto a *w*) in base a un determinato standard³⁸ vigente in *w*³⁹. Come si può notare, in questa definizione l’analogia con il quantificatore universale e l’operatore logico di necessità viene sfruttata al massimo. Ma è anche possibile non menzionare il concetto di necessità e limitarsi ad affermare che un’azione o uno stato di cose è obbligatorio in *w* se, e solo se, si realizza o è presente in tutte le sue alternative deontiche.

Le modalità deontiche funzionano dunque come quantificatori su mondi possibili accessibili e accettabili. Il mondo *w* di partenza (o di “valutazione”) intrattiene con un altro mondo possibile sia una relazione di compostibilità relativa, l’accessibilità aletica *R*, sia una relazione di *accettabilità* o *accessibilità deontica* – chiamiamola *DR*. Quest’ultima può essere concepita come sottoinsieme di R^{40} , che è a sua volta

³⁷ Che la SMP faccia ormai parte del *mainstream* analitico in tema di semantica della logica deontica è testimoniato dalle voci *Modal Logic* (Garson 2016) e *Deontic Logic* (McNamara 2014) della *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Per una breve storia dell’applicazione della SMP alla logica deontica, cfr. Woleński 1990. I primi saggi in cui la SMP fa la sua comparsa nell’analisi semantica della logica deontica sono Hintikka 1957a e Kanger 1971 (1957): gli stessi anni in cui la SMP iniziava ad affermarsi.

³⁸ Cfr. Forrester 1996: 22-26; Rønneidal 2012; Rønneidal 2015: pp. 3-5. Similmente, una certa azione o un certo stato di cose è permesso in *w* se, e solo se, si realizza in almeno un mondo aleticamente accessibile da *w* che risulti accettabile in base a un determinato standard.

³⁹ Nella letteratura, il requisito della vigenza dello standard nel mondo di partenza *w* non è sempre presente né appare scontato: cfr., per esempio, Lewis 1974: 9-10.

⁴⁰ Ci si potrebbe chiedere, tuttavia, se esistano alternative deontiche “aleticamente (metafisica-

un sottoinsieme del prodotto cartesiano $W \times W$ ⁴¹. DR è dunque l'insieme di tutte le coppie di mondi tra loro somiglianti sotto qualche aspetto rilevante di cui almeno un elemento soddisfa lo standard normativo vigente in w , cioè l'insieme di coppie formate (i) dal mondo attuale e un'alternativa deontica o (ii) da alternative deontiche al mondo attuale. In ogni caso, un'alternativa deontica a w dovrà essere un mondo in cui si danno le stesse classi di agenti⁴² esistenti in w soggetti alle stesse norme vigenti in w applicabili nelle stesse circostanze.

Grazie all'apparato della SMP le disanalogie rispetto alla logica modale aleatica si spiegherebbero assumendo diverse proprietà di DR. Per esempio, mentre in ambito deontico si ammette pacificamente che DR sia seriale⁴³ – di talché vi sarà sempre almeno un'alternativa deontica al mondo attuale – e transitiva⁴⁴ – per cui ciò che è obbligatorio in un mondo è obbligatorio anche in tutte le sue alternative deontiche – si nega che essa sia anche riflessiva⁴⁵ e simmetrica⁴⁶, perché, in base a tali proprietà, nel mondo attuale un certo obbligo sarebbe adempiuto ogniqualvolta lo si potesse adempiere, ciò che risulta palesemente falso⁴⁷. Più controversa è la riflessività secondaria di R, secondo cui un'alternativa deontica al mondo attuale è anche un'alternativa deontica a se stessa⁴⁸: in questo caso a essere ideale rispetto al soddisfacimento dell'obbligo considerato non è il mondo attuale, bensì la sua alternativa deontica.

5.2. Nel §4 si sono viste alcune obiezioni generali alla SMP (specialmente nella sua applicazione all'ambito aleatico). Non è del tutto chiaro se esse si applichino anche alla logica deontica, almeno sinché essa si mantenga entro il secondo grado di coinvolgimento modale⁴⁹. Un possibile inconveniente del passaggio al terzo grado di coinvolgimento modale sembra essere il seguente: da un lato, se la modalità deontica fosse *de re* e rientrasse nell'ambito di un quantificatore (per es., $\forall x, O(Fx)$ o $\exists x, Pe(Fx)$), allora il carattere obbligatorio o permesso apparirebbe connaturato o essenziale a un certo tipo di azione o ad almeno un'azione di un certo tipo – ciò

mente) inaccessibili” dal mondo attuale – per esempio delle preferenze per stati di cose che si rivelano di fatto irrealizzabili. Ciò equivale a domandarsi se DR debba essere un sottoinsieme di R o possa essere un complementare di o un'intersezione con R. La questione è controversa: cfr. Finlay 2016.

⁴¹ Cfr. Forrester 1996: 25; McNamara 2014: §2.2.

⁴² Dal punto di vista di chi si pone un problema pratico, quest'assunzione può essere rafforzata richiedendo una coincidenza degli agenti individualmente considerati. Cfr. Goldman 1977: 242.

⁴³ Dunque non si prescinde dall'assioma (D), riformulato in termini deontici come $OA \rightarrow PA$ (che equivale al principio di permesso di von Wright).

⁴⁴ Vale quindi $OA \rightarrow OOA$.

⁴⁵ Quest'osservazione è chiaramente formulata in Kripke 1963: 95.

⁴⁶ Si rifiuta dunque l'assioma $A \rightarrow OPA$.

⁴⁷ Su questi temi, cfr. Chellas 1980: cap. 6; Vorobjev 1982; Rodríguez 2013.

⁴⁸ Il relativo assioma è $O(OA \rightarrow A)$.

⁴⁹ Per una presentazione dei problemi interpretativi cui dà luogo l'interazione tra modalità deontiche e quantificatori, cfr. Rossetti 1999.

che può contrastare con una concezione non-essenzialista della normatività. D'altro lato, laddove invece fosse il quantificatore a rientrare nell'ambito di applicazione della modalità deontica (per es., $O(\forall x, Fx)$ o $Pe(\exists x, Fx)$), quest'ultima sarebbe *de dicto* e qualificerebbe normativamente delle formule aperte, degli enunciati, non azioni o stati di cose – ciò che richiederebbe di reinterpretare, con molte forzature, le modalità deontiche come predicati metalinguistici che hanno come argomento enunciati significanti proposizioni, non norme (con la conseguente esclusione di letture di O come “è valido” o “ha forza vincolante”).

Anche una logica deontica che si mantenesse entro il secondo grado di coinvolgimento modale e volesse evitare di quantificare su proposizioni (come richiesto da Quine), peraltro, dovrebbe far fronte ad almeno un problema: poiché le modalità deontiche avrebbero ora come argomento solo formule chiuse, in che modo si potrebbero rappresentare norme generali e astratte, la cui espressione linguistica contiene variabili vincolate da quantificatori?⁵⁰

Esporrò ora altri aspetti problematici della SMP applicata alla logica deontica. Una critica spesso rivolta a questa concezione concerne la sua pretesa incapacità di rendere conto dei casi in cui nel mondo attuale si danno obblighi (o divieti) che sorgono in ragione della violazione di altri obblighi (o divieti)⁵¹. Un esempio è l'obbligo di risarcire il danno ingiusto (poniamo: OB), che sorge una volta che si sia violato il divieto del *neminem laedere* (poniamo: $O\neg A$). Qui, peraltro, il fautore di una SMP suole ribattere introducendo una duplicazione di DR ⁵² o una funzione che ordina i mondi accessibili (*ordering function*) secondo il loro grado di accettabilità⁵³. Tale funzione è normalmente *universale*, nella misura in cui ordina tutte le alternative aleticamente accessibili senza restrizioni alla valutabilità, e *assoluta*, giacché non varia da mondo possibile a mondo possibile⁵⁴.

Il fatto che un mondo v non sia ideale, cioè non sia un'alternativa deontica al mondo attuale w , rispetto a $O\neg A$ – che non sia dunque un mondo in cui $\neg A$ – non esclude che lo sia rispetto ad altre norme vigenti in w come $O(A \rightarrow B)$ od OB . Infatti, v può essere comparato con w sotto i seguenti aspetti: i) il realizzarsi o meno di $\neg A$ e di altre circostanze irrilevanti; ii) il realizzarsi di A e B ; iii) il realizzarsi di A e $\neg B$; iv) il realizzarsi di $\neg A$ e $\neg B$ ⁵⁵. E lo stesso vale per altri mondi possibili acces-

⁵⁰ Cfr. Lindhal e Odelstad 2004: 63-65.

⁵¹ Cfr. Geach 1982: 9-10; Jackson e Pargetter 1986: §5 e §6.

⁵² È questa la strategia perseguita, per esempio, in Jones e Pörn 1985: 278-279.

⁵³ Cfr. Danielsson 1968; B. Hansson 1971; Lewis 1971; 1973; 1974; Kratzer 1977; 1981; 1991. Analisi di questo tipo si sono moltiplicate negli ultimi trent'anni. Per una critica, cfr. Finlay 2016.

⁵⁴ Cfr. Lewis 1973: §5.1. In tutti i mondi possibili i criteri di rilevanza sono gli stessi e si applicano alle medesime circostanze.

⁵⁵ Escludo per semplicità il caso in cui si realizzano solo B e $\neg A$ e B , perché non ha senso chiamare “risarcimento” una prestazione a favore di un soggetto non danneggiato o danneggiato in modo non ingiusto (ove si ammettesse o prescrivesse una tale prestazione in base a un'ulteriore norma, occorrerebbe distinguere dal risarcimento per danno ingiusto, chiamandola, per esempio, “indennizzo”).

sibili da w . La funzione che ordina i mondi possibili porrà al primo posto i mondi in cui non si dà il caso che A (mondi perfetti), al secondo posto i mondi in cui si realizzano A e B (mondi sub-ideali). L'esempio può essere complicato *ad libitum*.

Tuttavia, anche ammettendo questa replica, nella stessa linea di obiezioni si potrebbe porre in dubbio l'idea secondo cui i confronti tra mondi possibili possano avvenire solo rispetto a un insieme definito di azioni (o stati di cose risultanti da azioni) descritti dalle proposizioni modalizzate deonticamente e dalle loro implicazioni concettuali. In breve, si potrebbe sostenere l'impossibilità di determinare in anticipo quali circostanze e norme dei diversi mondi possibili da confrontare siano rilevanti ai fini della deliberazione razionale secondo la (una) logica deontica: la discussione diviene così un'analisi degli argomenti a favore e contro la possibilità di una tesi di rilevanza ultima ai fini della determinazione di DR e dell'insieme dei mondi possibili accettabili.

Un'altra critica concerne l'accessibilità delle alternative deontiche. Un mondo possibile v , ideale o perfetto rispetto al soddisfacimento di una certa norma, non sarebbe mai deonticamente accessibile dal nostro mondo w , nemmeno assumendo le limitazioni di cui al §5.1. (relative ad agenti, norme e circostanze) a causa di un'estrema differenza della psiche, delle strutture motivazionali e delle capacità e condizioni epistemiche degli agenti di v e w . Il fatto che gli agenti di un'alternativa deontica adempiano sempre la norma in vigore anche nel nostro mondo delle cui condizioni di verità si discute, il fatto che non soffrano di akrasia e possano contare su questo fatto nel relazionarsi con gli altri, la loro capacità di prevedere gli effetti delle loro azioni nel considerare i modi attraverso i quali evitare di violare una norma sono già elementi sufficienti per mettere in dubbio l'utilità di un confronto tra w e v , che appare sensato e utile solo quando questi differiscono minimamente sotto il profilo fattuale, oltre che normativo: ma tra il mondo attuale e un mondo ideale le differenze non saranno mai minime⁵⁶.

Vorrei proporre ora un diverso tipo di obiezione, che può essere formulata nei seguenti termini. Si assuma l'obiettivo di evitare analisi strettamente circolari: se il significato della modalità deontica O consiste nel suo contributo al valore di verità di OA e quest'ultimo è vero se e solo se, in tutti i mondi accessibili da w e accettabili (ideali, preferibili), A è vero, allora il significato di O dipende da quello di "mondo accessibile da w e accettabile"; ma "accettabile", nella locuzione del metalinguaggio della logica deontica "mondo accessibile da w e accettabile", deve significare qualcosa di diverso e indipendente da O .

Orbene, se DR è transitiva, in un mondo v , accessibile da w , varrà OA e v sarà accettabile – dal punto di vista del mondo w (o dello stesso v , se DR è anche secondariamente riflessiva) – solo se tutti i destinatari di OA in v faranno *sì che* (renderanno vera) A in ogni occasione in cui OA è applicabile. Un mondo accessibile da

⁵⁶ Cfr. Geach 1982; Forrester 1996: 93-102.

w è dunque accettabile quando OA è adempiuta. Ma ciò significa che la definizione di O è circolare, giacché il *definiens* contiene un riferimento al *definiendum* O . Con ciò non sto affermando che “accettabile”, “ideale” o “preferibile” siano sinonimi di “obbligatorio”: sto solo osservando che per stabilire quando un mondo accessibile è accettabile, preferibile o ideale la SMP si riferisce inevitabilmente all’adempimento dell’obbligo, ciò che rende la definizione circolare.

Prima di considerare una possibile risposta a questa obiezione, consideriamo un altro modo di porla. L’alternativa consiste nell’accusare la SMP di incorrere in un problema di regresso all’infinito. Infatti, data la transitività di DR, ci si potrebbe domandare quando OA sia vera nell’alternativa deontica v . Se si risponde che OA è vera se, e solo se, in tutte le alternative deontiche a v , tutti i destinatari di OA fanno sì che (rendono vera) A in ogni occasione in cui OA è applicabile, di nuovo si potrà domandare a quali condizioni OA sia vera in tali alternative deontiche e così via. Per bloccare il regresso, occorrerebbe postulare un limite alla transitività, in modo non troppo diverso da quanto ipotizzato da David K. Lewis nei suoi studi sui condizionali controfattuali⁵⁷. In breve, bisognerebbe assumere che l’insieme di alternative deontiche a w e la funzione che le ordina siano finiti. Nutro seri dubbi sulla praticabilità di questa manovra. Non perché ritenga che i gradi di idealità o preferibilità siano potenzialmente infiniti (come invece sembra credere lo stesso Lewis⁵⁸), quanto perché sospetto che ogni restrizione iniziale all’insieme delle alternative deontiche – ogni negazione dell’universalità di DR – sia ingiustificabile da un punto di vista puramente logico o teorico, presupponendo giudizi di valore che dovrebbero essere estranei a una SMP.

Come promesso, esaminiamo ora una possibile replica a queste accuse di circolarità e di regresso all’infinito. Si potrebbe modificare la descrizione delle condizioni di verità di OA affermando che tale norma è vera se, e solo se, in tutti i mondi accessibili dal mondo attuale w preferiti/preferibili, si dà il caso che A . In tali mondi, tutti gli agenti realizzano A perché preferiscono A a $\neg A$ ⁵⁹. Il significato di O dipenderebbe direttamente da DR, intesa come un ordinamento di preferenze: verrebbe a cadere la menzione di OA con riferimento alle alternative deontiche e il requisito per cui, in tali mondi, gli agenti sono destinatari di OA . Insomma, la transitività di DR non riguarderebbe più OA in quanto tale, bensì la relazione di preferenza/preferibilità a essa sottesa.

La mia risposta a tale replica, la quale analizza il contributo semantico delle espressioni e dei concetti deontici nei termini di una relazione di preferibilità, è *che*

⁵⁷ Una strategia alternativa, perseguita da Lennart Åqvist (cfr. Åqvist 1967) consiste nel moltiplicare, potenzialmente all’infinito, gli operatori deontici, indicizzandoli rispetto a diverse “estensioni ideali” del mondo attuale.

⁵⁸ Cfr. Lewis 1973: 98-99. Cfr. anche Reichenbach 1980.

⁵⁹ Un’analisi più raffinata, ma basata su un principio analogo, viene sviluppata in S.O. Hansson 2004.

essa non fa altro che spostare il problema. Iniziamo dalla seguente domanda: quando un'alternativa deontica v è preferita/preferibile a w ? Risposta: quando, *ceteris paribus*, qualsiasi soggetto in v preferisce o ritiene preferibile e realizza A . Ma questa sembra piuttosto la condizione di verità di un'espressione come "Preferisco/è preferibile A (a $\neg A$)" emessa da o rivolta a un soggetto appartenente a w , espressione cui OA potrebbe quindi essere ricondotta. Tuttavia, se così stanno le cose, la SMP è qui del tutto inutile. Da un lato, perché un'analisi del contributo di "Preferisco/è preferibile..." al significato di "Preferisco/è preferibile A (a $\neg A$)" nei termini del soddisfacimento di una preferenza in tutti i mondi preferibili non è meno circolare dell'analisi del contributo di O nei termini del soddisfacimento di OA in tutti i mondi deonticamente accessibili in cui vige OA . Dall'altro, perché la riduzione di OA a "Preferisco/è preferibile A a $\neg A$ " ci dice già tutto ciò che ci interessa sapere sul significato di O , il cui comportamento sarebbe governato dalle regole d'uso del linguaggio delle preferenze e dai principi della logica proairetica (debitamente qualificati).

Mi sembra che il vizio di circolarità non sia che un riflesso di un persistente problema filosofico relativo al valore logico delle norme. Si potrebbe infatti intendere la SMP come un sofisticato apparato formale e ontologico basato sull'idea per cui la *verità* di una norma dipenda dal suo *soddisfacimento* o dalla sua *efficacia* in tutti i mondi accessibili ideali o preferibili. Ma, com'è risaputo, una genuina logica di norme non equivale a una logica di proposizioni, cioè di espressioni apofantiche, che descrivono il soddisfacimento o l'efficacia delle norme. Poiché il contributo semantico degli operatori deontici non è verofunzionale, le leggi che lo governano vanno cercate altrove: di solito si ritiene che esse siano codificate in un sistema di assiomi e in alcune specifiche regole di formazione e trasformazione. Questi, peraltro, non sono auto-evidenti, bensì vengono giustificati ricorrendo a considerazioni più o meno complesse di carattere pragmatico o meta-etico. L'obbiettivo di mantenere i vantaggi dei modelli estensionali viene dunque realizzato dalla SMP solo al prezzo di assumere nel suo metalinguaggio dei primitivi intensionali, bisognosi di rigorose definizioni e regole d'uso. Il reale pregio della SMP, legato alla presentazione delle relazioni tra le proprietà di R e DR e gli assiomi della logica adottata, è dunque soltanto euristico e dipendente dalla soluzione data a problemi filosofici ben più profondi.

Per concludere, vorrei spendere due parole sull'"analisi proairetica" dei concetti deontici, che mi sembra una delle più promettenti⁶⁰. Un potenziale ostacolo che intravedo è il seguente: se si concepiscono (i) le preferenze come atteggiamenti che ordinano i desideri di un soggetto secondo la precedenza che *deve* essere assegnata

⁶⁰ Soprattutto per chi non aderisca a meta-etiche cognitive. Naturalmente, un'analisi proairetica deve tenere conto dei vari concetti di norma e di obbligo che fanno da sfondo a pratiche linguistiche molto diverse tra loro. Cfr. Bayón Mohino 1991; Rodríguez 2002: appendice alla sez. 1.

al loro soddisfacimento⁶¹ e (ii) i desideri come *pro-attitudes* che rappresentano un certo stato di cose o evento come ciò che *deve* essere⁶², allora anche l'analisi proairetica corre un serio pericolo di circolarità. Infatti, il carattere deontico che si intende catturare mediante la riduzione proairetica riemerge nell'analisi dei primitivi proairetici stessi. Si tratta di un problema non trattato nell'ambito della letteratura di logica deontica, cui però occorrerebbe fornire una risposta articolata.

Bibliografia

- Åqvist, L. (1967). *Good Samaritans, Contrary-to-Duty Imperatives, and Epistemic Obligations*, «Noûs», 1/2, 361-379.
- Ausín Díez, T., Peña y Gonzalo, L. (2000a). *Por qué la lógica deóntica debe divorciarse de la lógica modal*, in de Mora, M., Ibarra, A., Pérez Sedeño, E. (eds.), *Actas del III Congreso de la Sociedad de Lógica, Metodología y Filosofía de la Ciencia en España*, San Sebastián/Donostia, 3-10.
- Ballarín, R. (2004). *The Interpretation of Necessity and the Necessity of Interpretation*, «The Journal of Philosophy», 101/12, 609-638.
- (2005). *Validity and Necessity*», «The Journal of Philosophical Logic», 34/3, 275-303.
- (2012). *Quine on Intensional Entities: Modality and Quantification, Truth and Satisfaction*, «The Journal of Applied Logic», 10, 238-249.
- Barcan Marcus, R. (1967). *Essentialism in Modal Logic*, «Noûs», 1/2, 91-96.
- Bayón Mohino, J.C. (1991). *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Blanché, R. (1952). *Quantity, Modality, and Other Kindred Systems of Categories*, «Mind», 61/243, 369-375.
- Copeland, B.J. (2002). *The Genesis of Possible Worlds Semantics*, «Journal of Philosophical Logic», 31, 99-137.
- Danielsson, S. (1968). *Preference and Obligation*, Uppsala, Filosofiska Föreningen.
- Fine, K. (1990): *Quine on Quantifying In*, ripubblicato in Id. (2005), *Modality and Tense: Philosophical Papers*, Clarendon, Oxford, 105-130.
- Finlay, S. (2016). *'Ought': Out of Order*, in Charlow, N., Chrisman, M. (eds.), *Deontic Modality*, Oxford, Oxford U.P., 168-199.

⁶¹ Per esempio, chi preferisce le trofie al pesto ai bucatini all'amatriciana desidera soddisfare il desiderio per le prime nei casi in cui potrebbe soddisfare anche il desiderio per i secondi.

⁶² Cfr. Lauria 2017.

- Føllesdal, D. (1998). *Referential Opacity and Modal Logic*, in Humphreys, P.W., Fetzer, J.H. (eds.), *The New Theory of Reference*, Dordrecht, Springer, 181-202.
- Forrester, J.W. (1996). *Being Good and Being Logical*, Londra-Armonk (N.Y.), Sharpe.
- Garson, J. (2016 [2000]). Voce *Modal Logic* in Zalta, E.N. (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/logic-modal/>>.
- Goldman, H. (1977). *David Lewis' Semantics for Deontic Logic*, «Mind», 86/342, 242-248.
- Haack, S. (1978): *Philosophy of Logics*, Cambridge, Cambridge U.P.
- Hansson, B. (1971): *An Analysis of Some Deontic Logics*, in Hilpinen, R. (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel, 121-147.
- Hansson, S. O. (1988): *Deontic Logic without Misleading Alethic Analogies. Parts I and II*, «Logique et Analyse», 31/123-124, 337-353 e 355-370.
- (2004): *Semantics for a More Plausible Deontic Logic*, «Journal of Applied Logic», 2, 3-18.
- Hintikka, J. (1957a). *Quantifiers in Deontic Logic*, «Societas Scientiarum Fennica, Commentationes Humanarum Litterarum», 23, 3-23.
- (1957b). *Modality as Referential Multiplicity*, «Ajatus», 20, 49-64.
- (1961). *Modality and Quantification*, «Theoria», 27, 119-128.
- Hintikka, J., Sandu, G. (1995): *The Fallacies of the New Theories of Reference*, «Synthese», 104/2, 245-283.
- Jackson, F., Pargetter, R. (1986): *Oughts, Options, and Actualism*, «Philosophical Review», 95/2, 233-255.
- Jennings, R. E., Schotch, P. K. (1981): *Non-Kripkean Deontic Logic*, in Hilpinen, R. (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel, 149-162.
- Jones, A. J.I., Pörn, I. (1985). *Ideality, Sub-Ideality and Deontic Logic*, «Synthese», 65/2, 275-290.
- Kalinowski, J. (1987). *Sur l'analogie entre le déontique et l'aléthique*, «Theoria», 3/1-2, 45-65.
- Kanger, S. (1971 [1957]). "New Foundations for Ethical Theory", in Hilpinen, R. (ed.), *Deontic Logic: Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel, 36-58.
- Kaplan, D.B. (1986). *Opacity*, in Hahn, L.E., Schlipp, P.A., *The Philosophy of W.V. Quine*, La Salle, Open Court, 229-289.

- (1995). *A Problem in Possible-Worlds Semantics*, in Sinnott-Armstrong, W., (ed.), *Modality, Morality and Belief. Essays in Honor of Ruth Barcan Marcus*, New York, Cambridge U.P., 41-52.
- Kratzer, A. (1977). *What ‘must’ and ‘can’ must and can mean*, «Linguistics and Philosophy», 1, 337-355.
- (1981). *The Notional Category of Modality*, in Eikmeyer, H.J, Rieser, H. (eds.), *Words, Worlds, and Contexts. New Approaches in Word Semantics*, Berlin, de Gruyter, 38-74.
- (1991). *Modality*, in von Stechow, A., Wunderlich, D. (eds.), *Semantics: An International Handbook of Contemporary Research*, Berlin, de Gruyter, 639-650.
- Kripke, S.A. (1959). *A Completeness Theorem in Modal Logic*, «Journal of Symbolic Logic», 24, 1-14.
- (1963). *Semantical analysis of modal logic I. Normal modal propositional calculi*, «Zeitschrift für mathematische Logik und Grundlagen der Mathematik», 9, 67-96.
- (1980 [1972]). *Naming and Necessity*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P.
- (2017a). *Quantified Modality and Essentialism*, «Noûs», 51/2, 221-234.
- (2017b). *Quantified Modal Logic and Quine’s Critique: Some Further Observations*, «Noûs», 51/2, 235-237.
- Lauria, F. (2017). *The ‘Guise of Ought-to-Be’: A Deontic View of the Intentionality of Desire*, in Lauria, F., Deonna, J. (eds.), *The Nature of Desire*, New York, Oxford U.P., 139-164.
- Lewis, D.J. (1971). *Completeness and Decidability of Three Logics of Counterfactual Conditionals*, «Theoria», 37/1, 74-85.
- (1973). *Counterfactuals*, Oxford, Blackwell.
- (1974). *Semantic Analyses for Dyadic Deontic Logic*, in Stenlund, S., Henschel-Dahlqvist, A., Lindahl, L., Nordenfelt, L., Odelstad, J. (eds.), *Logical Theory and Semantic Analysis: Essays Dedicated to Stig Kanger on His Fiftieth Birthday*, Dordrecht, Reidel, 1-14.
- (1986). *On the Plurality of Worlds*, Oxford, Blackwell.
- Lindahl, L., Odelstad, J. (2004). *Normative Positions Within An Algebraic Approach to Normative Systems*, «Journal of Applied Logic», 2, 63-91.
- Lindström, S. (2001). *Quine’s Interpretation Problem and the Early Development of Possible Worlds Semantics*, in Carlson, E., Śliwiński, R. (eds.), *Omnium-gatherum. Philosophical essays dedicated to Jan Österberg on the occasion of his sixtieth birthday*, Uppsala, Department of Philosophy - Uppsala University, 187-213.

- McNamara, P. (2014 [2006]). Voce *Deontic Logic* in Zalta, E.N. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. URL: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/logic-modal/>>.
- Narváez Mora, M. (2016). *Una representación de prescripciones y proscipciones*, «Revista Telemática de Filosofía del Derecho», 19, 77-107.
- Navarro, P.E., Rodríguez, J.L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge U.P.
- Prior, A.N. (1957). *Time and Modality*, Oxford, Clarendon.
- (1962). *Possible Worlds*, «The Philosophical Quarterly», 12/1, 36-43.
- Quine, W.O. (1972) *Review of Milton K. Munitz, Identity and Individuation*, «The Journal of Philosophy», 69/16, 488-497.
- (1976). *Worlds Away*, «The Journal of Philosophy», 73/22, 859-863.
- (1977). *Intensions Revisited*, ripubblicato in Id., *Theories and Things*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P., 1981, 113-123.
- Parsons, T. (1967). *Grades of Essentialism in Quantified Modal Logic*, «Noûs», 1/2, 181-191.
- Peña y Gonzalo, L. (2009). *Normatividad y contingencia*, in Roldán, C., Moro, Ó. (eds.), *Aproximaciones a la contingencia*, Madrid, Los libros de la Catarata, 25-64.
- Reichenbach, B. (1980). *Basinger on Reichenbach and the Best Possible World*, «The International Philosophical Quarterly», 20/3, 343-346.
- Rodríguez, J.L. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2013). *Lógica deóntica, mundos ideales y mundos perfectos*, «Doxa», 36, 461-477.
- Rönnedal, D. (2012). *Bimodal Logic*, «Polish Journal of Philosophy», 6/2, 71-93.
- (2015). *Alethic-Deontic Logic: Deontic Accessibility Defined in Terms of Alethic Accessibility*, «Filosofiska Notiser», 2/3, 3-26.
- Rossetti, A. (1999). *Modalità de re vs. modalità de dicto nella logica deontica*, «Analisi e diritto 1999», 165-181.
- Russell, B. (1956 [1918]): *The Philosophy of Logical Atomism*, in Id., *Logic and Knowledge: Essays 1901-1950* (ed. Marsh, Robert C.), London, Allen & Unwin, London, 1956, 175-281.
- Sider, T. (2003). *Reductive Theories of Modality*, in Loux, M.J., Zimmerman, D.W. (eds.), *The Oxford Handbook of Metaphysics*, Oxford, Oxford U.P., Oxford, 180-208.

- Strawson, P.F. (1992). *Analysis and Metaphysics: An Introduction to Philosophy*, Oxford, Oxford U.P.
- Suppes, P. (1999 [1957]). *Introduction to Logic*, New York, Van Nostrand Reinhold.
- Tuboly, Á.T. (2015). *Quine and Quantified Modal Logic: Against the Received View*, «Organon F», 22/4, 518-545.
- Varzi, A. (2010). *Kripke: modalità e verità*, in Borghini, A. (ed.), *Il genio compreso. La filosofia di Saul Kripke*, Roma, Carocci.
- Von Wright, G.H. (1951a). *Deontic Logic*, «Mind», 60/237, 1-15.
- (1951b). *An Essay in Modal Logic*, Amsterdam, North Holland.
 - (1971). *Deontic Logic and the Theory of Conditions*, in Hilpinen, R. (ed.), *Deontic Logic. Introductory and Systematic Readings*, Dordrecht, Reidel, 159-177.
 - (1983a [1981]): *On the Logic of Norms and Actions*, in Id., *Practical Reason. Volume I*, Oxford, Blackwell, Oxford, 100-129.
 - (1983b). *Norms, Truth and Logic*, in Id., *Practical Reason. Volume I*, Oxford, Blackwell, 130-209.
 - (1989 [1963]): *Norm and Action. A Logical Inquiry* (1963), trad. it. *Norma e azione*, Bologna, Il Mulino.
- Vorobej, M. (1982). *Deontic Accessibility*, «Philosophical Studies», 41/3, 317-319.
- Woleński, J. (1990). *Deontic Logic and Possible Worlds Semantics: A Historical Sketch*, «Studia Logica», 49/2, 273-282.
- Żelaniec, W. (2017). *The Challenge of the K-Principle in Deontic Logic (and Well Beyond)*, «Phenomenology and Mind», 13, 138-149.

La logica nel diritto. Una risposta a Riccardo Guastini

Luigi Ferrajoli*

Sommario

Questo saggio, sollecitato da una critica di Riccardo Guastini, illustra il ruolo della logica nel diritto e precisamente: *a)* nella costruzione della teoria del diritto, *b)* nel ragionamento e nei discorsi sviluppati dalle discipline giuridiche positive e *c)* nei ragionamenti e nelle operazioni degli operatori giuridici e in particolare dei giudici.

Parole chiave: Logica deontica. Teoria del diritto. Ragionamento dei giudici. Riccardo Guastini.

Abstract

This paper, originated from a criticism by Riccardo Guastini to my views about law and logic, concerns the role of logic in law, namely: *a)* in the construction of legal theory; *b)* in the reasoning of legal science; *c)* in the reasoning and operations of legal practitioners, particularly judges.

Keywords: Deontic logic. Legal Theory. Judicial Reasoning. Riccardo Guastini.

1. Un rilievo critico sorprendente e rivelatore

Ho sempre avuto difficoltà a comprendere fino in fondo il senso delle critiche più volte rivolte al mio lavoro da Riccardo Guastini. Le critiche indubbiamente più radicali sono quelle da lui formulate in un capitolo del suo ultimo libro, *Discutendo*¹: un testo che ho letto dapprima con stupore, ma poi con il piacere dovuto alla scoperta, finalmente, delle ragioni profonde dei nostri dissensi. C'è un passo, all'apparenza marginale, che mi ha fatto sobbalzare e che ha rivelato la misura e la natura

* Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma Tre, Via Ostiense, 159, 00154, Roma, luigi.ferrajoli@uniroma3.it.

¹ È il capitolo IX, intitolato "Logica, diritto e scienza giuridica secondo Ferrajoli", in Guastini 2017: 111-122.

delle incomprensioni: premesso che «le norme non hanno valori di verità», scrive Guastini, «purtroppo LF non chiarisce quali altri valori logici abbiano le norme, sicché la sua logica deontica resta priva di fondamento concettuale»².

Muoverò da questa osservazione critica, che mi è parsa la spia di svariati fraintendimenti, per discutere del ruolo della logica nel diritto e precisamente: *a*) nella costruzione della teoria del diritto, *b*) nel ragionamento e nei discorsi sviluppati dalle discipline giuridiche positive e *c*) nei ragionamenti e nelle operazioni degli operatori giuridici e in particolare dei giudici. Nell'ultimo paragrafo parlerò della doppia valenza – al tempo stesso normativistica e realistica – che a mio parere l'assunzione come tesi teoriche di tesi elementari di logica deontica associa alla teoria del diritto, ponendola in grado di dar conto della virtuale divaricazione deontica tra i livelli normativi nei quali si articolano gli ordinamenti complessi, e specificamente quelli dello stato costituzionale di diritto. Criticherò infine il realismo di Guastini, almeno nella versione illustrata in questo suo scritto recente.

2. La logica nella teoria del diritto

Cominciamo dal ruolo della logica nella costruzione della teoria del diritto. «La (mia) logica deontica» resterebbe «priva di fondamento concettuale», dice Guastini, dato che io non chiarisco «quali valori logici abbiano le norme». Ma io non ho affatto «una (mia) logica deontica». Come ho cercato di chiarire più volte, in particolare nel § 1.3 del primo capitolo di *Principia iuris*³ e poi nei tanti dibattiti che ne sono seguiti⁴, ho trattato ciò che comunemente si intende con “logica deontica” non già come una logica, bensì come una parte della teoria empirica del diritto, assumendo gli operatori deontici (permesso, vietato, obbligatorio, facoltativo ecc.) come termini teorici primitivi o indefiniti e le tesi della deontica non già come tesi analitiche, bensì come tesi teoriche del sistema formalizzato da me costruito.

In forza di questa operazione, “norma”, “permesso”, “obbligo”, “divieto”, e poi “aspettativa positiva” e “aspettativa negativa” sono termini teorici come tutti gli altri, e le tesi che ne fanno uso sono tesi teoriche e non tesi puramente logiche. L'operazione, come ho spiegato nelle pagine di *Principia iuris* che ho appena richiamato, è essenziale proprio alla teoria del diritto positivo; entro la quale, per esempio, la tesi T1.4 («vietato equivale a non permesso») non è, come nei sistemi statici, una semplice tesi logica, ma è una tesi teorica, necessaria perché sul piano teorico si possa affermare che se un comportamento, come ben può accadere nei sistemi nomodinamici, è da una data norma vietato e da un'altra è permesso, allora le due norme sono

² Ivi, p. 112, nella nota 5.

³ Ferrajoli 2007: 114-120.

⁴ Ferrajoli 2008: 406-407; Ferrajoli 2011: 25-28; Ferrajoli 2012: 116-118.

tra loro in contraddizione. Lo stesso si dica di tutte le altre tesi sviluppate nei primi due capitoli di *Principia iuris*. Guastini scrive che «questi elementari principi della logica deontica valgono, secondo LF, per i sistemi statici: *non* per quelli dinamici, e pertanto non per gli ordinamenti giuridici»⁵. Non è vero. Ho semmai sostenuto il contrario. La differenza dei sistemi statici da quelli dinamici è che nei primi l'ipotesi che un comportamento sia da una data norma vietato e da un'altra permesso è semplicemente impossibile, dato che, grazie allo statuto puramente logico che ha in essi la contraddizione tra permesso e vietato, se un comportamento è in essi vietato allora è inconcepibile che sia anche permesso.

Per questo la riduzione della logica deontica a un capitolo della teoria del diritto è assolutamente indispensabile per dar conto proprio della natura dei sistemi nomodinamici, come è tipicamente il diritto positivo: giacché questi sistemi, proprio perché dinamici, possono contenere norme contraddittorie, che le tesi deontiche della teoria consentono di identificare come tali. Qui «il diritto naturale» evocato da Guastini non c'entra assolutamente nulla, come non c'entrano nulla l'idea del «legislatore razionale» di von Wright o quella del «buon legislatore» di Bobbio⁶. Qui si tratta, semplicemente, della nozione teorica di *validità sostanziale*, che ho definito come *coerenza* o compatibilità, e di *invalidità sostanziale*, che ho definito come *incoerenza* o incompatibilità delle norme prodotte con i significati espressi da norme ad esse sopraordinate, in aggiunta alla nozione di *validità formale* e di *invalidità formale*, definite invece, rispettivamente, come *conformità* e come *differmità* degli atti normativi rispetto alle forme per essi predisposte da norme parimenti sopraordinate⁷.

Si capisce, su questa base, che il fatto che le norme siano, come è ovvio, prive di valore di verità (non meno degli atti, o dei beni, o dei soggetti, o degli ordinamenti, cioè degli altri termini della teoria riferiti ad altri generi o campi empirici) non ha assolutamente nulla a che fare con il loro statuto quali termini teorici, né tanto meno con lo statuto della teoria. Il valore di verità delle tesi della teoria – sia che parlino di norme o di atti normativi, di obblighi o di divieti e specificamente di situazioni giuridiche, oppure di validità o di vigore, di cose o di beni, di poteri o di competenze, di soggetti o di ordinamenti – non ha nulla a che vedere né con il valore logico delle norme, né con il valore logico delle proposizioni normative, cioè delle tesi che interpretano norme. E questo per la semplice ragione che la teoria del diritto – quella “pura” di Kelsen, quella “formale” di Bobbio e tanto più quella elaborata in *Principia iuris*, che per di più è formalizzata – non parla né deve parlare di ciò che dicono le norme o di ciò che dicono i giuristi allorquando interpretano le norme o di ciò

⁵ Guastini 2017: 113.

⁶ Ivi, pp. 114-116.

⁷ Si vedano le definizioni D9.14-D9.22, in Ferrajoli 2007, vol. I, cap. IX, §§ 9.8-9.11: 519-542. Si veda anche Ferrajoli 2016: 69-74.

che fanno gli operatori giuridici quando producono o applicano o argomentano norme. Essa consiste semplicemente – anche se Guastini ne ha la concezione singolarmente diversa della quale parlerò più oltre – in un apparato concettuale idoneo a dar conto dei nostri sistemi giuridici complessi e delle imperfezioni inevitabilmente conseguenti al fatto che essi sono articolati su più livelli normativi. “Perfetti”, cioè privi di antinomie e di lacune⁸, sono infatti soltanto i sistemi statici e, per altro verso e per ragioni opposte, i sistemi dinamici a un solo livello, per di più occupato da un solo produttore di norme, al tempo stesso legislatore, giudice e amministratore – un despota, in breve, che non deleghi alcun potere – e quindi in grado di contraddirsi a suo piacimento senza generare imperfezioni.

Rispondendomi per lettera a queste obiezioni, Guastini ha affermato che «l’idea che la logica deontica sia una ‘parte di una teoria empirica’ [gli] pare un nonsenso». Occorre perciò ricordare che in una teoria assiomatizzata la scelta degli assiomi o tesi primitive o indimostrate (in *Principia iuris*, i 16 postulati e le 270 definizioni) è totalmente affidata, non meno di quella dei termini indefiniti (in *Principia iuris*, i 16 termini primitivi) alla libera scelta del teorico. Naturalmente la loro bontà dipende dalla loro capacità di dar luogo a un sistema di concetti e di asseriti concatenati entro una sintassi rigorosa e dotati di capacità esplicativa e di portata empirica. Ebbene, assunto come primo termine primitivo il predicato “permesso”, tra gli assiomi ho adottato il postulato P1 – $(x)(\neg \text{PER}x \rightarrow \text{PER}\neg x)$: se di qualcosa non è permessa la commissione, allora ne è permessa l’omissione – che è chiaramente una tesi della logica deontica, semplicemente assunta come prima tesi della teoria. Ha il pregio, ancor più degli altri quindici postulati, di essere una tesi intuitivamente vera, che è la prima qualità che ovviamente si richiede a qualunque sistema di tesi primitive. In questo caso è addirittura una tesi analitica, presa in prestito da una branca delle logiche modali, precisamente dalla logica modale applicata al linguaggio precettivo. Perché mai, domando, sarebbe “un non-senso” assumerla come postulato di una teoria empirica come è la teoria del diritto?

Il “senso” della sua assunzione come prima tesi teorica è quello espresso nelle pagine di *Principia iuris* più sopra richiamate, che peraltro Guastini mi dice di condividere. Proprio perché la teoria nella quale è assunta come tesi primitiva non è

⁸ Giova ricordare che i termini “antinomie” e “lacune” sono stati utilizzati, in *Principia iuris*, in un senso più ristretto degli usi correnti: per designare solo quelle che ricorrono tra norme di grado diverso, e quindi non solubili dall’interprete – come quelle tra norme del medesimo grado, le une con il criterio cronologico o con quello di specialità e le altre con il ricorso all’analogia –, ma solo con atti di espulsione della norma indebitamente prodotta o di introduzione della norma indebitamente mancante. Precisamente, in Ferrajoli 2007, vol. I, § 10.19, 685-686, ho definito, con D10.43 e D10.44, “antinomia” come «il vizio sostanziale prodotto dall’indebita produzione di una norma in contrasto con una norma sostanziale sulla produzione, la cui applicazione suppone l’annullamento della norma in contrasto», e “lacuna” come «il vizio prodotto dall’indebita omissione della decisione di una norma richiesta da una norma sulla produzione, la cui applicazione suppone l’introduzione della norma mancante».

una teoria della morale ma del diritto positivo, la sua introduzione è assolutamente necessaria per leggere come vizi o violazioni le contraddizioni tra norme, che nel diritto positivo possono ricorrere – e di fatto ricorrono – a causa, precisamente, del suo carattere dinamico, cioè del fatto che le norme non sono dedotte bensì prodotte da atti precettivi. Aggiungo che non si è trattato affatto di un'operazione scontata. Ne parlai ripetutamente con Bobbio e ne discussi a lungo con molti colleghi e in particolare con il compianto Carlo Dalla Pozza, che concordò sulla sua assoluta necessità entro una teoria formalizzata, che nulla può dare per implicito, ed anche sulla straordinaria rilevanza pratica con essa conferita alla logica deontica.

Ovviamente in una teoria non assiomaticizzata, come per esempio in quella di Kelsen, quella prima tesi P1 e l'intera logica deontica non vengono minimamente esplicitate. Vengono assunte come tesi implicite, scontate, ovvie, poco importa se della teoria, o della logica, o della metateoria o della metodologia⁹. Ma è precisamente la loro mancata esplicitazione l'insidia che ha spesso prodotto le fallacie normativistiche e quelle realistiche di cui ho più volte parlato: la concezione del diritto soltanto come norma o soltanto come fatto, che ignora le possibili divaricazioni tra livelli normativi e, perciò, tra validità e vigore e tra vigore ed effettività. Nell'opera di Kelsen per esempio, come ho cercato di mostrare nel libro a lui dedicato e che ho voluto intitolare *La logica del diritto*, il fatto che le tesi della deontica siano ignorate o comunque non tematizzate come tesi teoriche fondamentali produce, come deplorabile risultato, talune delle più gravi aporie che ho in essa rilevato – come la tesi della validità delle norme pur se in contrasto con quelle ad esse sopraordinate e quella sull'inapplicabilità della logica al diritto – in forza delle quali, a rigore, non potrebbero rilevarsi né antinomie né lacune¹⁰.

In una teoria assiomaticizzata, al contrario, nessuna tesi fondamentale può essere lasciata implicita o inespressa o sottintesa, meno che mai quelle che, come P1, sono necessarie per dar conto del tratto distintivo dei sistemi nomodinamici. È questo l'enorme vantaggio dell'assiomaticizzazione. «Di che si sta parlando», chiede Guastini, a proposito della questione se la logica si applichi al diritto? «delle norme giuridiche, che sono il contenuto di senso degli enunciati normativi del “legislatore” (in senso generico o materiale)? O invece degli atti legislativi?»¹¹ La risposta a questa domanda è offerta dalla teoria della validità sviluppata nel capitolo IX di *Principia iuris*, dove ho identificato le due dimensioni di qualunque fenomeno normativo, quella dinamica degli atti giuridici normativi e quella statica delle norme da

⁹ Ma certamente non si tratta di principi giuridici o di diritto, come a un certo punto Guastini stranamente mi rimprovera (*op. cit.* p. 114: «che la costituzione [una qualsivoglia costituzione] incorpori i principi della logica è cosa, ovviamente, non plausibile»). Ho sempre parlato di questi principi come di *principia iuris tantum* ma non (*iuris et*) *in iure*, cioè come di principi teorici “esterni” al diritto, che degli ordinamenti complessi, articolati su più gradi o livelli normativi, esplicitano la logica interna.

¹⁰ Cfr. Ferrajoli 2016, capp. IV-VII.

¹¹ Guastini 2017: 113.

essi espresse e prodotte. Si sta dunque parlando, ovviamente, delle norme: non già, quindi, della validità formale o dell'invalidità formale degli atti normativi, da me definite quali conformità o difformità delle loro forme rispetto a quelle predisposte dalle norme formali sulla loro formazione, bensì della validità sostanziale e dell'invalidità sostanziale delle norme prodotte, definite invece sulla base della loro 'coerenza' o 'incoerenza' con i significati delle norme sostanziali ad esse sopraordinate.

Dunque, le dimensioni della validità sono due, corrispondenti alle due dimensioni della fenomenologia del diritto positivo: la forma e il significato, l'atto e la norma, la nomodinamica e la nomostatica. È chiaro che la logica si applica soltanto alle norme, cioè alla dimensione statica del diritto, e non agli atti. Ma sono gli atti che determinano la dinamica che è propria del diritto positivo: non a caso la parte seconda di *Principia iuris*, intitolata «Il diritto positivo», si apre con l'introduzione del primitivo "causa", con la definizione di "effetto" come ciò di cui qualcosa è causa e con la definizione di "atto" quale comportamento produttivo di "effetti"¹², cioè con tre tesi che formano altrettante premesse essenziali del principio giuspositivista di legalità quale norma di riconoscimento, in forza degli atti di produzione normativa, del diritto esistente.

In questo modo, configurando la classe più importante degli atti giuridici – quegli atti linguistici che ho chiamato 'formali' perché riconoscibili dalla "forma" (il "chi" e il "come") della loro produzione – come produttivi di effetti consistenti, ove si tratti di 'decisioni', in situazioni giuridiche singolari oppure in norme¹³, ho potuto dar conto della positività e insieme della normatività del diritto in termini a mio parere più rigorosi e dotati di maggiore capacità esplicativa dell'intera fenomenologia del diritto di quanto non faccia la relazione kelseniana del "dover essere" tra un illecito e una sanzione. Proprio grazie all'utilizzazione come termini e tesi teoriche dei termini e delle tesi della (logica) deontica, ho infatti associato la normatività del diritto entro un sistema nomodinamico non già, come Kelsen, al nesso di implicazione che connette ellitticamente un atto antecedente e un atto conseguente, bensì alle situazioni o alle norme che per un verso sono prodotte (o espresse) dagli atti decisionali dai quali sono implicate quali loro effetti in forza della relazione che ho chiamato 'efficacia' e, per altro verso, qualificano come obbligatori o vietati o permessi gli atti di grado ai primi subordinati che dalle situazioni sono implicati quali

¹² Si tratta del postulato P10 e delle definizioni D5.1 e D5.2 introdotti in Ferrajoli 2007, vol.I, cap. V, §§ 5.1-5.4: 259-273.

¹³ Si vedano in Ferrajoli 2007, vol. I, cap. IX, §§ 9.1-9.3: 485-498 e § 9.6: 507-514, le definizioni D9.1 e D9.2 di "forma" quale insieme dei requisiti predisposti dalle norme sulla produzione degli atti giuridici linguistici, perciò detti "formali", quali condizioni perché producano validamente come effetti i significati da essi espressi, e la definizione D9.9 di "decisione" quale atto formale precettivo abilitato a produrre come effetti le situazioni o le norme da esso espresse, ove siano osservate tutte le norme, formali e sostanziali, sulla loro produzione.

loro attuazioni in forza della relazione che ho chiamato “attuabilità”¹⁴. Dinamica e statica degli ordinamenti strutturati su più livelli normativi sono state così connesse, rispettivamente, agli atti linguistici della produzione giuridica (leggi, sentenze, atti amministrativi, negozi privati) e alle situazioni o alle norme da essi prodotte.

3. La logica nelle discipline giuridiche positive e nel ragionamento dei giuristi

Tutto questo vale a chiarire in che senso la teoria del diritto così costruita suggerisce e promuove, come ho più volte sostenuto, un ruolo critico e progettuale delle discipline giuridiche positive: un ruolo critico delle antinomie e delle lacune e un ruolo di progettazione del loro superamento.

Di per sé la teoria, al di là delle scelte operate con la stipulazione delle sue tesi primitive, cioè dei postulati e delle definizioni, è un insieme di tesi puramente asseritive. Non prescrive nulla, non è in grado di criticare o progettare alcunché, se non altro perché – essendo “pura” nel senso di Kelsen, o “formale” nel senso di Bobbio e in *Principia iuris* per di più formalizzata – non parla né può parlare di alcun sistema giuridico concretamente determinato. La logica espressa dalle tesi deontiche presiede tuttavia ai giudizi di validità o di invalidità, di legittimità o di illegittimità formulati, dalle discipline giuridiche dei concreti ordinamenti, in ordine alle relazioni tra norme di diverso livello. Di qui la sua massima rilevanza pragmatica in quegli ordinamenti complessi e multilivello che sono le odierne democrazie costituzionali.

«In mancanza di un chiarimento intorno ai valori logici delle norme (soddisfaccibilità, forza vincolante?)», scrive però Guastini, «non si vede in che senso una condotta non possa essere al contempo permessa e proibita, né permessa né proibita»¹⁵. La risposta è semplice: il «senso» normativo o deontico nel quale «una condotta non può essere al contempo permessa e proibita» – benché possa ben esserlo di fatto – è espresso dalla teoria del diritto positivo, e specificamente dalle sue tesi deontiche necessarie per dar conto del suo carattere dinamico. Sono queste tesi che non solo consentono, ma impongono alle discipline giuridiche positive di affermare che contraddizioni e inadempimenti, antinomie e lacune sono vizi delle norme prodotte in violazione, commissiva o omissiva, delle norme sulla loro produzione ovvero, che è lo stesso, dei principi di non contraddizione e di implicazione che sulla base di tali norme le norme prodotte devono soddisfare.

¹⁴ “Efficacia” e “attuabilità” sono definite, l’una dalla definizione D5.3, in Ferrajoli 2007, cap. V, § 5.7, 280-284, quale relazione tra l’atto e gli effetti per esso normativamente previsti, e l’altra dalla definizione D6.2, in Ferrajoli 2007, cap. VI, § 6.8: 321-324, quale relazione tra l’effetto consistente in una situazione giuridica e gli atti normativamente previsti come loro possibili attuazioni.

¹⁵ Guastini 2017: 112, nota 8.

Precisamente, le tesi deontiche formulate sulla base del classico quadrato delle modalità deontiche analizzato nel primo capitolo di *Principia iuris* – del “permesso che” in contraddizione con “vietato”, del “permesso che non” in contraddizione con “obbligatorio” e del “vietato” in relazione di contrarietà con “obbligatorio”¹⁶ – consentono di rilevare le *contraddizioni* e perciò le violazioni per commissione o “antinomie”: dato il permesso della commissione e/o dell’omissione di un comportamento, è con esso in contraddizione il divieto o l’obbligo del medesimo comportamento, la cui produzione integra una violazione ovvero un’indebita antinomia. Per altro verso, le tesi deontiche formulate sulla base del quadrato delle aspettative deontiche da me elaborato nel secondo capitolo – delle “aspettative positive” che implicano l’obbligo corrispondente e delle “aspettative negative” che implicano i divieti corrispondenti¹⁷ – consentono invece di rilevare le *implicazioni* e perciò le violazioni per omissione o “lacune”: data un’aspettativa, positiva o negativa, essa implica, ovvero impone, l’obbligo o il divieto ad esso corrispondente la cui mancata produzione integra a sua volta un inadempimento ovvero un’indebita lacuna.

Possiamo esprimere queste stesse tesi riconoscendo che la struttura a gradi degli ordinamenti complessi – lo stato legislativo, articolato nel livello legislativo e negli infra-livelli giudiziari, amministrativi e negoziali, e più ancora lo stato costituzionale di diritto, articolato per di più nel livello costituzionale e in quello legislativo – è una struttura normativa e al tempo stesso logica; che la normatività sostanziale delle norme superiori sulla produzione di norme ad opera di atti normativi di livello subordinato è al tempo stesso giuridica e logica; che insomma le norme sulla produzione di norme, sopraordinate alle norme prodotte, impongono a queste coerenza e completezza, l’una e l’altra, ovviamente, mai interamente soddisfatte. Non viviamo infatti, né mai vivremo in un mondo deonticamente perfetto. Antinomie e lacune esisteranno sempre in qualunque ordinamento dinamico. Di qui l’estrema importanza, che sono ben lontano dal sottovalutare, dell’approccio realista a ciò che di fatto accade, in aggiunta all’approccio normativista a ciò che normativamente è prescritto che non accada o che accada. Coerenza e completezza – principio di non contraddizione e principio di implicazione, cioè quelli che ho chiamato *principia iuris tantum* – sono modelli normativi limite, rispetto ai quali sono fisiologiche, ma possono diventare patologiche, le loro violazioni, cioè le antinomie e le lacune.

Le tesi che rilevano antinomie e lacune non consistono quindi in proposte politiche: «proposte *de sententia ferenda*», come scrive Guastini¹⁸, rivolte alla Corte Costituzionale perché elimini le antinomie dichiarando, per esempio, l’invalidità sostanziale delle leggi in contraddizione con la costituzione; oppure proposte *de lege ferenda* rivolte al legislatore perché colmi le lacune producendo, per esempio, le leggi

¹⁶ Sono le tesi T1.10, T1.13 e T1.9 in Ferrajoli 2007, § 1.4: 121-122.

¹⁷ Sono le tesi T2.60 e T2.61 in Ferrajoli 2007, vol. I, § 2.3: 154-155.

¹⁸ Guastini 2017: 120.

di attuazione dei diritti sociali costituzionalmente stabiliti. Esse sono, al contrario, tesi giuridiche, scientificamente ricavate, ove si prenda il diritto sul serio, dall'analisi del linguaggio delle leggi e della costituzione. Ovviamente sia la tesi dottrinale delle antinomie che quella delle lacune sono tesi opinabili, a causa dell'opinabilità delle premesse, che sono sempre il frutto dell'interpretazione e nella cui argomentazione consiste il grosso del lavoro del giurista. Dipendono dall'interpretazione delle norme in discussione, per esempio, le tesi secondo cui, nell'ordinamento italiano, è un'antinomia l'esistenza di reati d'opinione per contrasto con l'art. 21 della Costituzione ed è una lacuna la mancata attuazione legislativa del diritto a «mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di [...] disoccupazione involontaria» stabilito dall'art. 38, 2° comma. Ma l'esito di questa attività interpretativa e argomentativa è evidentemente la sollecitazione, il controllo, la critica e la progettazione delle operazioni logiche e normative che l'ordinamento, in forza dei *principia iuris tantum* formulati dalla teoria, affida alla legislazione e alla giurisdizione.

4. La logica nella pratica giuridica, in particolare nel ragionamento dei giudici

Vengo così al terzo livello di discorso, quello operativo del diritto medesimo, sul quale si manifesta il ruolo della logica. Coerenza e completezza, si è detto, sono non già l'essere, ma il *dover essere* del diritto positivo. È questo dover essere, disegnato dalla gerarchia giuridica e insieme logica delle norme, che la dottrina ha il compito scientifico di controllare e di promuovere sollecitando, dalla giurisdizione e dalla legislazione, l'espulsione delle norme in contraddizione con le norme ad esse superiori e l'introduzione delle norme da queste implicate. Si capisce perciò come sia soprattutto rispetto alle patologie del funzionamento di fatto del diritto che nella pratica giuridica vengono applicati operativamente i *principia iuris tantum* della coerenza (o di non contraddizione) e della completezza (o di implicazione) attraverso la loro attuazione operativa.

Quanto alla *coerenza*, Guastini trova «alquanto bizzarra» la tesi che «sia la logica, e non banalmente la costituzione, ad imporre al legislatore di non contraddire la costituzione»¹⁹. Ma è lo stesso Guastini che afferma, in questa sua stessa frase, che le due cose sono esattamente identiche: la tesi che gli appare bizzarra, cioè che la logica imponga «di *non contraddire* la costituzione» è infatti identica, dato che la non-contraddizione è una relazione logica, alla tesi che la costituzione impone alla legislazione di non essere contraddetta, ossia violata. Del resto, in che cos'altro può consistere la violazione di norme, come quelle costituzionali, sulla produzione di quegli atti linguistici che sono gli atti legislativi, a loro volta normativi? È chiaro che, ove non consista nella difformità dell'atto precettivo dalle forme per esso predisposte

¹⁹ Ivi, p. 115.

dalle norme sulla sua formazione, essa non può che consistere nell'incoerenza delle norme prodotte rispetto ai significati delle norme ad esse sopraordinate²⁰.

Sono precisamente queste incoerenze, quelle che ho chiamato "antinomie" tra norme di grado diverso, che la scienza giuridica ha il compito di valutare e di accertare. Lo stesso compito è svolto da tutti i *giudizi di legittimità*, in particolare dai giudizi di cassazione e dai giudizi di (in)costituzionalità, i quali consistono sempre nell'accertamento o meno di una contraddizione tra le situazioni o le norme sottoposte al giudizio e le norme ad esse sopraordinate, ovviamente a seguito e sulla base dell'interpretazione argomentata e motivata delle une e delle altre. Sempre i dispositivi con cui si concludono i ragionamenti giudiziari in tema di illegittimità (o di legittimità) delle norme sottoposte al giudizio – la tale sentenza è (o non è) in contrasto con la legge, la tale legge contraddice (o non contraddice) la costituzione – consistono nell'affermazione o nella negazione di una contraddizione. È poi evidente che, come nelle analoghe tesi della dottrina giuridica, il giudizio operativo di contraddizione formulato dai giudici è solo la conclusione del ragionamento giudiziario, la cui parte prevalente consiste nella motivazione e nell'argomentazione, probatoria e interpretativa – l'una e l'altra, ovviamente, opinabili – delle premesse fattuali e normative.

Un discorso analogo può farsi per l'applicazione del principio di implicazione e per la questione della *completezza*. A proposito della quale, Guastini polemizza con una tesi che non ho mai sostenuto: «LF sostiene che, sebbene si diano relazioni di implicazione logica tra norme, tuttavia le norme implicite non appartengono all'ordinamento fino a che non siano espressamente formulate da un'autorità normativa»²¹. Non capisco da quale dei miei scritti Guastini abbia potuto indurre l'idea assurda che non ammetterei l'esistenza di norme implicite del tipo «i diciottenni hanno diritto di voto» implicata dalle norme «i maggiorenni hanno diritto di voto» e «i diciottenni sono maggiorenni»²². È chiaro che le norme implicite, frutto talora di interpretazioni e di argomentazioni ben più opinabili di quella appena esemplificata, non soltanto esistono, ma esistono inevitabilmente.

In realtà, come ho sopra precisato²³, quando parlo di lacune parlo di tutt'altra

²⁰ In Ferrajoli 2007, vol. I, §§ 9.8 e 9.15: 522 e 557-559, ho chiamato "applicazione formale" (D9.36) e "conformità" (D9.14) l'osservanza, da parte dell'atto formale precettivo e della sua forma, delle norme formali sulla loro produzione; "coerenza" (D9.15) e "rispetto" (D9.35) l'osservanza, da parte di una decisione e del suo significato, delle norme sostanziali sulla loro produzione; "sussunzione" (D9.39) e "applicazione sostanziale" (D9.37) la corrispondenza del significato di una decisione a quello della norma sostanziale sulla sua produzione. Ne derivano le equivalenze tra "conformità" e "applicazione formale", tra "coerenza" e "rispetto", tra "sussunzione" e "applicazione sostanziale", tra "corrispondenza" e la somma logica di "conformità" e "sussunzione" espresse, ivi, § 9.16, pp. 561-562, dai teoremi T9.252, T9.253, T9.256 e T9.255.

²¹ Guastini 2017: 117.

²² Ivi, p. 118.

²³ *Supra*, nella nota 8.

cosa: non già della mancata esplicitazione di norme implicite ma della mancata produzione di norme di attuazione che impediscono di applicare norme sopraordinate. Sarebbero state lacune, per esempio, l'omissione della legge sul servizio sanitario pubblico garantito a tutti, in attuazione del diritto alla salute stabilito dall'art. 32 della Costituzione, che sarebbe risultato, in sua assenza, inapplicabile; oppure l'omissione della legislazione sulla scuola pubblica inferiore, gratuita e obbligatoria, garantita a tutti in attuazione del diritto all'istruzione stabilito dall'art. 34, che sarebbe parimenti risultato, in sua assenza, inapplicabile e «ineffettivo». È tuttora una lacuna la mancata introduzione di una legge di attuazione dell'art. 36 della Costituzione nella parte in cui stabilisce il «diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle esigenze di vita» non solo «in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia», ma anche in caso di «disoccupazione involontaria»²⁴.

Sia le antinomie che le lacune come sopra definite – che ho chiamato “strutturali” perché predicabili con riferimento a livelli normativi inferiori rispetto a norme di livello superiore, per esempio al livello legislativo rispetto a quello costituzionale – non sono insomma solubili per via di interpretazione, come lo sono invece quelle tra norme dello stesso livello, ma solo mediante un nuovo atto normativo: di annullamento o di abrogazione nel caso delle antinomie; di attuazione legislativa nel caso delle lacune²⁵. L'aspetto problematico delle lacune consiste nel fatto che la loro

²⁴ Contro questa tesi Guastini menziona, come esempio di diritto sociale, il diritto al lavoro previsto dall'art. 4 della Costituzione italiana (*op. cit.*, p. 116). Sulla base della palese inattuabilità e perciò del carattere non vincolante di questo cosiddetto “diritto”, egli estende pertanto a tutti i diritti sociali stabiliti da costituzioni rigide la tesi del loro carattere di “norme programmatiche” (ivi, nota 31), così proponendo una categoria inventata nel 1948 dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e archiviata dalla Corte Costituzionale fin dalla sua prima sentenza (la n. 1 del 1956). In realtà il cosiddetto “diritto” al lavoro, come ho più volte sostenuto (da ultimo in Ferrajoli 2013: 120-122), diversamente da tutti gli altri diritti sociali costituzionalmente stabiliti come per esempio i diritti alla salute e all'istruzione, non è, propriamente, un diritto soggettivo, non essendo configurabile, in una società capitalistica, l'obbligo corrispondente, richiesto invece per tutti i diritti a prestazioni positive (dalle D10.20 e D10.21, in Ferrajoli 2007, vol. I, §§ 10.11 e 10.12: 639-645). La norma che lo prevede, peraltro, non è una regola, ma un principio direttivo – o, se si vuole, esso sì programmatico – intendendosi con “regola” solo le norme di cui siano configurabili, come avviene per tutti gli altri diritti, gli atti la cui commissione ne integra l'attuazione e la cui omissione ne integra l'inattuazione (così in Ferrajoli 2013: 111-112). Più in generale, formulai la tesi dell'attuabilità di qualunque figura deontica come sua condizione di senso in Ferrajoli 2007, § 2.1: 143-146 (con il postulato PM e con i teoremi T2.2 e T2.3) e, prima ancora, in Ferrajoli 1967: 514-545.

²⁵ Ho così capovolto la tesi di Bobbio, che considera “apparenti” le antinomie solubili con il criterio gerarchico, le quali invece sono a mio parere “reali” perché non solubili dall'interprete ma solo da un intervento giurisdizionale che modifichi il diritto vigente con l'annullamento delle norme invalide; mentre chiama “reali” le antinomie “in cui l'interprete è abbandonato a se stesso o per la mancanza di un criterio o per il conflitto tra criteri” e che invece sono a mio parere “apparenti” perché solubili mediante l'interpretazione, anche se, come dice Bobbio, sulla base di una sostanziale «libertà dell'interprete» (Bobbio 1993: 218, 224).

soluzione non può essere affidata alla giurisdizione senza ledere il principio della separazione dei poteri. Ma prendere i diritti sul serio equivale comunque a leggere come illegittime le loro mancate attuazioni, e cioè le lacune consistenti nell'omessa introduzione di quelle che ho chiamato le garanzie primarie dei diritti stabiliti: per esempio l'istituzione della scuola pubblica o del servizio sanitario gratuito correlativi ai diritti all'istruzione e alla salute. Aggiungo che nulla impedisce che tali garanzie siano formulate esplicitamente nelle costituzioni, così trasformando le lacune o violazioni per omissione in antinomie o violazioni per commissione censurabili in via secondaria dalla giustizia costituzionale: è quanto è avvenuto nella Costituzione brasiliana, che ha introdotto i cosiddetti vincoli di bilancio, cioè l'obbligo di destinare quote minime della spesa pubblica alla soddisfazione dei diritti sociali e, in particolare, del diritto alla salute e del diritto all'istruzione²⁶.

C'è poi un'ultima applicazione, la più classica ma anche la più discussa e controversa, del principio di implicazione: il sillogismo giudiziario attraverso cui, nei giudizi di merito, avviene l'applicazione della legge al fatto sottoposto al giudizio. C'è un equivoco che viene di solito associato all'idea del sillogismo: la sua «raffigurazione» semplicemente come «deduzione a partire da norme»²⁷; laddove la deduzione è solo l'ultimo momento, il più ovvio e banale, del ragionamento giudiziario, consistente soprattutto, ripeto, nell'argomentazione delle sue premesse: sia di quelle fattuali, oggetto di prova, che di quelle giuridiche, frutto di interpretazione.

Insomma, normatività giuridica e normatività logica, allorquando l'oggetto delle norme è formato da altre norme, sono esattamente la stessa cosa. La logica peraltro – o meglio la teoria che ha assunto le tesi della logica deontica come tesi teoriche – impone ai giudici e ai giuristi, in termini ancor più chiaramente cogenti della normatività giuridica, di prendere il diritto sul serio.

²⁶ L'art. 212 della Costituzione brasiliana stabilisce che «l'Unione applicherà annualmente mai meno del 18%, e gli Stati, il Distretto federale e i Municipi mai meno del 25% del ricavato delle imposte [...] al mantenimento e allo sviluppo dell'insegnamento». L'art. 198, §§ 2 e 3 in materia di salute stabilisce invece che «l'Unione, gli Stati, il Distretto federale e i Municipi utilizzeranno annualmente, per le azioni e i servizi sanitari pubblici, risorse minime» la cui determinazione è rimessa ogni anno a una legge complementare.

²⁷ Barberis 2017: 194. In realtà il sillogismo giudiziario è solo la forma della conclusione del ragionamento giudiziario, consistente soprattutto nell'argomentazione probatoria e interpretativa delle premesse, cioè nella prova dei fatti sottoposti al giudizio e nell'individuazione delle norme ad essi applicabili: due attività cognitive che comportano entrambe altrettante decisioni, la prima sulla verità giuridica (sempre opinabile) e la seconda sulla verità fattuale (sempre probabilistica). Sulla logica della giurisdizione, quale risulta dal principio di non contraddizione nei giudizi di legittimità e dal principio di implicazione nei giudizi di merito, rinvio a Ferrajoli 2017: 148-154.

5. Normativismo e realismo: una falsa opposizione. Il realismo di Riccardo Guastini

Infine, un'ultima questione, relativa alla concezione della teoria del diritto. Ho parlato finora della dimensione pragmatica della teoria del diritto e precisamente delle sue tesi deontiche. È la teoria che è in grado di rilevare, grazie all'incorporazione come tesi teoriche delle tesi analitiche della logica deontica, l'obbligo costituzionale imposto al legislatore della coerenza, pena l'invalidità delle norme illegittimamente prodotte, nonché l'obbligo imposto alla giurisdizione dell'accertamento delle antinomie e perciò dell'annullamento o della disapplicazione delle norme di legge invalide per contraddizione con le norme costituzionali sostanziali sulla loro produzione. Quanto alle lacune, esse non possono essere rimosse per via giurisdizionale, ma soltanto, in forza della separazione dei poteri, per via legislativa. Ma questo non toglie che sia di nuovo la teoria che consente di rilevare – grazie alla relazione di implicazione da essa istituita tra le aspettative positive nelle quali consistono i diritti sociali costituzionalmente stabiliti e gli obblighi di prestazione ad essi corrispondenti – l'obbligo costituzionale imposto al legislatore della completezza, cioè della produzione delle garanzie di tali diritti mediante adeguate leggi di attuazione. È insomma la struttura logica e normativa del suo stesso oggetto di indagine che impone alla scienza giuridica di accertare e segnalare come illegittime sia le antinomie che le lacune, cioè le violazioni ad opera del legislatore, per commissione o per omissione, delle norme costituzionali e di raccomandarne la rimozione.

Guastini afferma che la mia «teoria della scienza giuridica è decisamente (*i*) normativista e (*ii*) anti-realista»²⁸. Sono più di trent'anni che critico come approcci parziali e, se assunti come esclusivi, fonti di fallacie ideologiche, sia l'approccio puramente normativistico che l'approccio solamente realistico: il primo perché guarda soltanto alle norme, trascurandone la possibile ineffettività; il secondo perché guarda soltanto ai fatti, trascurandone la possibile invalidità²⁹. In entrambi i casi, ciò che ho sempre criticato dei due approcci è il fatto che entrambi trascurano la divaricazione deontica, virtuale ma inevitabile, tra norme e fatti, tra il dover essere del diritto e il suo essere effettuale: una divaricazione che è chiaramente dovuta alla normatività del diritto e che a mio parere forma il tema centrale e di maggior interesse della riflessione teorica e dell'indagine empirica, sia essa giuridica che sociologica.

La mia teoria non è perciò né normativista né realista, essendo normativista e

²⁸ Guastini 2017: 118

²⁹ Fin dal saggio Ferrajoli 1983: 115-130; si veda inoltre Ferrajoli 1997: 353-372, rist. come parte seconda in Ferrajoli 1999, in particolare 110-113. Sulla doppia interpretazione semantica, normativistica e realistica, ammessa dalla teoria del diritto, si veda inoltre Ferrajoli 2007, vol. I, Introduzione, I, § 3: 12-15; Ferrajoli 2013: 131-133. Si veda anche, sulla questione, Rentería Díaz 2011: 199-222, e la mia replica, Ferrajoli 2011b: 239-248.

realista al tempo stesso³⁰. Essa definisce non solo la validità, ma anche l'invalidità, formale e sostanziale, e il vigore, nonché l'effettività e l'ineffettività, sia delle situazioni singolari che delle norme, identificando, di tutte queste figure di qualificazione, le condizioni sia fattuali (relative agli atti normativi) che normative (relative ai loro significati). Consente, in breve, di accertare sia come sono le norme di un dato ordinamento, sia come devono essere sulla base delle norme sulla loro produzione. Non è perciò puramente normativistica, dato che si occupa anche dell'invalidità delle norme prodotte generata dall'ineffettività delle norme sulla loro produzione. E neppure è puramente realista, almeno nel senso di "realismo" indicato da Guastini. «La verità», scrive Guastini, «è che i realisti», benché sia «semplicemente falso» che «considerino valida qualunque norma in vigore», «non hanno alcun interesse per la validità: non c'è alcuna teoria della validità nella letteratura realistica»; e più oltre: «Il realismo giuridico non ha nulla da dire su ciò che "deve essere" ... Il programma scientifico del realismo è solo la descrizione empirica delle norme vigenti, non delle norme valide»³¹. Ed aggiunge, in nota, con l'intento di chiarire questa stranezza, una frase dettata dalla sua singolare concezione della teoria del diritto come indagine sugli usi linguistici dei giuristi: «una "teoria della validità", beninteso, è altra cosa dalla ricostruzione meta-giurisprudenziale della teoria della validità propria dei giuristi»³². Domando: i teorici del diritto non sono forse dei giuristi? Davvero la teoria del diritto deve delegare ai non meglio precisati "giuristi" (i costituzionalisti? o forse i giudici costituzionali?) la teorizzazione delle condizioni di validità, cioè di quello che è il cuore di ogni teoria del diritto degna di questo nome? E in ogni caso questa «teoria della validità propria dei giuristi», la cui «ricostruzione meta-giurisprudenziale» è la sola cosa che secondo Guastini compete alla teoria del diritto, dovrà distinguere tra il dover essere costituzionale delle leggi e il loro essere effettivo, oppure anch'essa, in omaggio al «programma scientifico del realismo» che «è solo la descrizione empirica delle norme vigenti», «non ha nulla da dire su ciò che "deve essere"»?

Il "risultato" di un simile realismo, assicura Guastini, non è «un'apologia del diritto vigente – concretamente delle leggi incostituzionali»³³, così come «l'astronomia» non è «un'apologia del moto dei pianeti» e la «descrizione sociologica dell'i-

³⁰ Come scrissi in Ferrajoli 1993: 477-478, la teoria del diritto «non è né puramente normativista, né puramente realistica, non avendo come oggetto né esclusivamente le norme né esclusivamente i fatti, ma le norme e i fatti insieme ai diversi livelli dell'ordinamento, le une assunte come parametri di validità (o d'invalidità), gli altri come parametri di effettività (o d'ineffettività)».

³¹ Guastini 2017: 121-122.

³² Ivi, p. 121, nota 52. Su questa concezione della teoria del diritto, secondo la quale essa dovrebbe limitarsi a descrivere le pratiche linguistiche dei giuristi, cioè ridursi a una sorta di sociologia della conoscenza, e sulla connessa ossessione circa la natura solo descrittivistica della conoscenza, giuridica e non, rinvio al mio *Fonti e norme nell'opera di Riccardo Guastini. Le insidie del realismo*, di prossima pubblicazione.

³³ Guastini 2017: 120.

neuguaglianza» non è «un'apologia dell'ineguaglianza»³⁴. È vero: non è un'apologia, è solo un occultamento delle antinomie e delle lacune, alle quali il realismo guastiniano non è interessato e in ordine alle quali non ha nulla da dire. Ma è un occultamento in contrasto con il compito scientifico del giurista. Giacché l'oggetto della scienza giuridica non è costituito soltanto da fatti – come il movimento dei pianeti per l'astronomia o le diseguaglianze sociali per la sociologia o la pratica effettiva dei tribunali e degli altri operatori giuridici per la sociologia del diritto – ma anche, appunto, da norme: in particolare da quelle norme che disciplinano i fatti normativi e la cui violazione da parte di questi non può essere ignorata come priva di interesse scientifico, ancor prima che di rilevanza civile e politica.

Bibliografia

- Barberis, M. (2017). *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Bobbio, N. (1993). *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Ferrajoli, L. (1967). *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», III, 514-545.
- (1983). *La semantica della teoria del diritto*, in Scarpelli, U. (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 81-130.
 - (1993). *Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione*, in Gianformaggio, L., (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino Giappichelli, pp. 459-520.
 - (1997). *Filosofia analitica e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, in L. Gianformaggio, L., Jori, M., (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 353-372.

³⁴ Ivi, pp. 120-121. A sostegno della «descrizione empirica, neutra (“wertfrei”, direbbe Weber) del diritto esistente», Guastini, ivi, p. 120, sembra evocare la tesi di Bentham sulla libertà della critica politica esterna della legge, ferma restando la sua validità e obbligatorietà interna quali che siano i suoi contenuti in quanto tali oggetto di neutra descrizione (si ricordi la sua celebre massima «Obbedire puntualmente, criticare liberamente»). Ma Bentham scriveva con riferimento al modello legislativo dello stato di diritto, dove in effetti validità ed esistenza delle leggi si identificavano dato che in essi non esisteva nessuna norma positiva sopraordinata alle leggi; laddove validità ed esistenza si dissociano, e si genera la figura del diritto sostanzialmente illegittimo, oggetto di censura e di disapplicazione o annullamento da parte dei giudici, nel modello dello stato costituzionale, nel quale le leggi sono sottoposte a costituzioni rigide, non solo quanto alle forme della loro produzione ma anche quanto ai loro contenuti normativi.

- (1999). *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza.
 - (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Roma-Bari Laterza.
 - (2008). *Principia iuris. Una discusión teorica*, «Doxa», 31, 393-433.
 - (2011a). *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*, in Di Lucia, P. (a cura di), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto (LED), 15-32.
 - (2011b). *Intorno a 'Principia iuris'. Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, in Di Lucia, P. (a cura di), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto (LED), 235-292.
 - (2012). *La logica nel diritto e nella teoria del diritto*, in L. Baccelli (a cura di), *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 113-142.
 - (2013). *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza.
 - (2016). *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016.
- Guastini, R. (2017). *Discutendo*, Madrid, Marcial Pons.
- Rentería Díaz, A. (2011). *Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*, in Di Lucia, P. (a cura di), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto (LED), 199-222.

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: ¹ 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. ¹ 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
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di dicembre 2018

● Saggi (Essays)

P.E. Navarro

The Uncertain Limits of Law. Some Remarks on Legal Positivism and Legal Systems

9

F. Poggi

Conversational Implicatures and Legal Interpretation. On the Difference between Conversational Maxims and Legal Interpretative Criteria

39

● Prova, verità e ragionamento giuridico (Evidence, Truth and Legal Reasoning)

R. Hernández Marín

Una concepción recursiva del razonamiento probatorio
(A Recursive Conception of Evidential Reasoning)

69

E. Marchese

Verità, conoscenza e incertezza processuale da Ferrajoli ai “teorici del fatto”
(Truth, Knowledge and Procedural Uncertainty from Ferrajoli to the “Fact-Theorists”)

91

● Logica e diritto (Logic and Law)

N. Muffato

Semantica dei mondi possibili e accessibilità deontica
(Possible Worlds Semantics and Deontic Accessibility)

133

L. Ferrajoli

La logica nel diritto. Una risposta a Riccardo Guastini
(Logic in the Law. A Reply to Riccardo Guastini)

159