

Analisi e diritto

2/2020

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

2/2020



Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 5/2019

Direttore responsabile

Riccardo Guastini

Periodico semestrale. I contributi pubblicati sono sottoposti, in forma anonima, alla revisione di almeno due lettori anonimi.

Six-monthly journal. Published articles undergo double-blind peer-review.

Analisi e diritto è pubblicata con il contributo dei fondi per la ricerca delle seguenti istituzioni:

Università degli Studi di Genova

Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona

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 2020

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 978-884676029-6

ISSN 1126-5779

Indice

Democrazia, diritti, sistemi normativi (Democracy, Rights, Normative Systems)

L. Malagoli <i>Introduzione</i> (Foreword)	9
M. Barberis <i>Il format populista. Cos'è, perché c'è, come rimediare</i> (The Populist Format. What is it, Why is it there, How to Fix it)	13
S. Agüero-SanJuan <i>Tiempo y dinámica de los sistemas jurídicos.</i> <i>Una breve revisión a tres hitos de la reconstrucción teórica</i> (Time and Dynamics of Legal Systems. A Brief Review of Three Milestones of the Theoretical Reconstruction)	31
M. Chahuán Zedan <i>Commenti critici sul concetto di applicabilità come spiegazione del fenomeno dell'applicazione di norme giuridiche irregolari</i> (Critical Remarks on the Concept of Applicability as an Explanation of the Phenomenon of the Application of Irregular Legal Norms)	59
M. Žgur <i>Legality on the Frontlines of Administrative Decision-Making</i>	83
A. Zambon <i>La nozione legislativa di consumatore: un contributo di filosofia del diritto</i> (The Legislative Notion of Consumer: A Legal Philosophical Contribution)	111
G. Damele <i>Hans Kelsen come realista politico: appunti per una classificazione</i> (Hans Kelsen as a Political Realist: Notes for a Classification)	125

Saggi (Essays)

R. Guastini	
<i>On the Relations between Non-Cognitivism and Liberalism</i>	145
G.B. Ratti, J.L. Rodríguez, T. Schleider	
<i>On a Further Difficulty for the Bridge Conception of Conditional Norms</i>	153
A. Barca	
<i>Mind the (Legal) Gap. Completezza e chiusura dei sistemi normativi</i> <i>(Mind the (Legal) Gap. Completeness and Closure of Normative Systems)</i>	157

Democrazia, diritti, sistemi normativi

Democracy, Rights, Normative Systems

a cura di Luca Malagoli

Introduzione

Luca Malagoli*

Nelle pagine che seguono sono raccolti gli atti della prima sezione del XXV Seminario italo-franco-luso-spagnolo di Teoria del diritto, celebratosi presso l'Università degli Studi di Genova tra l'8 e il 9 novembre 2019. In rigorosa conformità ad una consuetudine che dura ormai da un quarto di secolo, anche la venticinquesima edizione dell'“Imperia” (come il seminario è familiarmente noto fra i suoi sempre più numerosi *aficionados y aficionadas*, in virtù della città che ne ha ospitato la prima edizione) ha visto affiancarsi contributi di studiose e studiosi di riconosciuto prestigio internazionale a quelli di giovani ma già affermati ricercatori e ricercatrici. Tali contributi sono stati riuniti in due sezioni: la prima – *Democrazia, diritti e sistemi normativi* – ha carattere miscelaneo ed è appunto disponibile nel presente fascicolo della rivista, mentre la seconda è circoscritta ad un tema specifico, l'*Allgemeine Theorie Der Normen (1979) di Hans Kelsen a quarant'anni dalla sua pubblicazione*, e verrà pubblicata nel prossimo fascicolo.

La sezione *Democrazia, diritti e sistemi normativi*, come si diceva, ospita saggi dedicati ad una variegata pluralità di temi.

Nell'articolo di apertura, *Il format populista. Cos'è, perché c'è, come rimediare*, Mauro Barberis (Università di Trieste), sviluppando una linea di ricerca già avviata in suoi recenti lavori, indaga il (tanto rilevante quanto elusivo) fenomeno dei populismi contemporanei. Come il titolo del lavoro suggerisce, nella prospettiva dell'autore tali populismi, a differenza di quelli più risalenti (russo, statunitense, latino-americani), si contraddistinguono per il carattere globale e, ancor più, per la dimensione essenzialmente mediatica da cui sono accomunati. Barberis articola la sua trattazione attorno a tre direttrici, una analitica (tesa alla “messa a punto” di una soddisfacente definizione di “populismo”), una empirica (volta a fornire una complessa spiegazione pluri-causale dei populismi odierni, articolata attorno a quattro “radici” del fenomeno: politica, economica, psicologica e, appunto, mediatica) e, infine, una normativa (orientata a proporre e valutare possibili argini al fenomeno, fra cui la difesa delle istituzioni contro-maggioritarie e la regolamentazione di Internet).

* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, lcmalagoli@gmail.com.

Temi e problemi classici del dibattito in filosofia del diritto costituiscono l'oggetto del contributo di Sebastián Alonso Agüero SanJuan (Universidad Austral de Chile), *Tiempo y dinámica de los sistemas jurídicos. Una breve revisión a tres hitos de la reconstrucción teórica*. L'articolo prende infatti in esame tre momenti di particolare rilevanza nell'ambito della produzione giusfilosofica dedicata alla dinamica giuridica, e alla correlata possibilità di elaborare ricostruzioni teoriche del diritto stesso in grado di dar conto tanto del suo mutamento, appunto, come della sua identità. In particolare, l'autore si concentra su importanti tesi di Adolf Merkl, di Joseph Raz e della teoria AGM (elaborata congiuntamente, a metà degli anni '80, dagli studiosi Carlos Alchourrón, Peter Gärdenfors e David Makinson), proponendone una dettagliata sinossi critica.

Nel terzo contributo della sezione, *Commenti critici sul concetto di applicabilità come spiegazione del fenomeno dell'applicazione di norme giuridiche irregolari*, Marcela Chauhán Zedan (Universidad Adolfo Ibañez - Universidad de Chile) prende le mosse dal fenomeno della applicazione di norme giuridiche prodotte in modo irregolare, per sviluppare una serie di rilievi critici circa la portata della nozione di applicabilità quale strumento analitico atto a dar conto di alcune caratteristiche salienti dei sistemi normativi. In particolare, il fatto che le norme prodotte in modo irregolare siano applicate è strettamente connesso con un elemento strutturale di ogni sistema giuridico, ovvero il modo in cui ne sono configurati i meccanismi di controllo di legittimità.

Un tema troppo spesso ignorato dalla teoria del diritto, ovvero l'analisi del ragionamento e dei processi decisionali dei funzionari amministrativi di primo livello, è invece oggetto dell'articolo di Matija Žgur (Università di Roma Tre), *Legality on the frontlines of administrative decision-making*. Al riguardo, l'autore rileva come le circolari amministrative, anche qualora siano in contrasto con fonti gerarchicamente superiori, rappresentino la fonte primaria su cui si basano le decisioni dei menzionati funzionari. L'articolo elabora una spiegazione psicologista del fenomeno, proponendo una (sia pur parziale) ricostruzione dei tratti fondamentali della *bureaucratic mind*.

Se l'articolo di Žgur affronta un argomento ad oggi scarsamente considerato dalla teoria del diritto, il contributo di Adriano Zambon (Università degli Studi di Milano Statale), *La nozione legislativa di consumatore: un contributo di filosofia del diritto*, offre invece una originale declinazione di una questione sovente dibattuta in ambito giusfilosofico, ovvero la relazione fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario. Al centro dell'articolo, infatti, sta la disamina delle diverse interpretazioni che sono state fornite della definizione legislativa di "consumatore" di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del codice del consumo (il decreto legislativo n. 206 del 2005), nonché delle significative ricadute che la scelta fra l'una o l'altra di esse comporta sulla relazione, appunto, fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario. L'autore avanza poi un argomento a favore dell'interpretazione che maggiormente preserva

la connessione tra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario, connessione necessaria ai fini del buon funzionamento di un ordinamento giuridico.

Ad un autore “canonico” della teoria del diritto è infine dedicato l’articolo conclusivo della sezione, *Hans Kelsen come realista politico: appunti per una classificazione*. In esso l’autore, Giovanni Damele (Universidade Nova, Lisboa) approfondisce il legame, scarsamente indagato in letteratura, fra la filosofia politica kelseniana e la tradizione del realismo politico. In senso contrario ad una radicata vulgata che contrappone un Kelsen “idealista” ad uno Schmitt “realista”, infatti, l’articolo elabora e propone una lettura che riconduce la riflessione giuridico-politica del grande giurista all’alveo della tradizione del realismo politico moderno. In particolare, ai fini della classificazione così proposta, l’autore evidenzia cinque tesi caratteristiche di tale tradizione: un’antropologia politica “pessimistica”, un approccio programmaticamente demistificatorio allo studio dei fenomeni giuridico-politici, una teoria metaetica di stampo schiettamente “relativista”, una concezione “polemologica” del politico, e, infine, la riduzione dell’ambito politico a quello delle relazioni di potere (una concezione “trasimachea” del politico). In relazione a quest’ultimo punto, l’autore ha cura di precisare che Kelsen supera il realismo “ingenuo” di Trasimaco, optando per una “forma politica” in grado di gestire, anziché ignorare o reprimere, l’inevitabile conflitto sociale. In tale opzione, suggerisce l’autore, è possibile rintracciare l’anello di congiunzione genuinamente “realistico” tra la filosofia politica e la teoria del diritto di Kelsen.

Il format populista. Cos'è, perché c'è, come rimediare

Mauro Barberis*

Réussite ou échec [...] sont maintenant le critère de l'action gouvernementale, et non plus légitimité ou illégitimité.

M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*

Sommario

I populismi odierni hanno poco a che fare con i populismi “storici” (russo, statunitense, latino-americani): sono un fenomeno globale ed essenzialmente mediatico. Aggiornando i risultati di due libri recenti – M. Barberis, *Non c'è sicurezza senza libertà* (2017) e Id., *Come internet sta uccidendo la democrazia* (2020) – il problema del populismo è qui esaminato nelle sue tre principali dimensioni: analitica (concettuale, definitoria), empirica (psicologica, mediatica) e anche normativa (i possibili rimedi).

Parole-chiave: Populismo. Sistema mediatico. Democrazia.

Abstract

Current populisms have little to do with “historical” populisms (Russian, American and Latin-American): they are a global and an essentially mediatic phenomenon. By updating the results of two recent books – M. Barberis, *No Security Without Freedom* (2017) and Id., *How Internet Is Killing Democracy* (2020) – the populism's issue is examined here in its three main features: analytical (conceptual, definitory), empirical (psychological, mediatic) and even normative (possible remedies) dimensions.

Keywords: Populism. Media System. Democracy.

* Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione, Università di Trieste, Piazzale Europa 1, 34127, Trieste, Italia, barberis@units.it.

1. Introduzione

Come teorico del diritto, il mio interesse per il populismo nasce da due fattori, uno metodologico e l'altro sostanziale. Il fattore metodologico è la crescente insoddisfazione per la teoria analitica “pura”, che trasforma l'analisi del linguaggio in un pretesto per non studiare gli aspetti empirici e normativi dei problemi. Il fattore sostanziale è la sfida portata alla democrazia liberale e costituzionale, prima dalle politiche securitarie¹, poi dal genere di populismo che sino a ieri chiamavo digitale e oggi qualifico come mediatico².

In Occidente, ci siamo accorti del populismo solo nel 2016, dopo il referendum sulla Brexit e la vittoria elettorale di Donald Trump. Però la crisi della liberaldemocrazia, di cui il populismo è uno dei frutti, viene da molto più lontano: è almeno dalle due guerre mondiali novecentesche che le istituzioni democratiche faticano a gestire le continue emergenze. Scriveva Carl Schmitt già nel 1928: «il parlamento può forse ancora esercitare talune funzioni utili, ma davvero non è più il rappresentante dell'unità politica del popolo»³.

Un secolo dopo, le democrazie sono ancora governate per decreto: forma di legislazione evidentemente più adatta a gestire le emergenze (terroristica, migratoria, sanitaria...). Sotto forme costituzionali sempre più precarie, surrogando leader mediatici sempre più incompetenti, governano in realtà tecnocrazie, burocrazie, amministrazioni. Qui esaminerò solo tre aspetti del problema: uno concettuale, la definizione di “populismo”, uno empirico, la spiegazione del fenomeno, uno normativo, i possibili rimedi.

2. Cos'è il populismo

Si pensa spesso che definire “populismo” sia un'impresa disperata. In realtà, non sarebbe più difficile che definire “gioco”, “calcolo”, o “religione”, se non fosse complicato da non meno di cinque ragioni⁴. Anzitutto, coloro che si sono avvicinati per la prima volta al tema, come Isaiah Berlin nel 1967, condividevano la diffidenza della filosofia analitica di allora verso le definizioni: diffidenza poi divenuta dominante. Ancor oggi si teme che la discussione degeneri in disputa verbale, trascurando la ricerca empirica⁵.

Poi, e fors'anche in conseguenza del vizio originario, del tema si sono appropriati

¹ Cfr. Barberis 2020b, con un'introduzione all'edizione spagnola di cui qui riprendo alcune conclusioni.

² Barberis 2020a.

³ Schmitt 1980: 275.

⁴ Per molti dei problemi metodologici qui affrontati, cfr. Pappas 2016.

⁵ Berlin 1967.

gli specialisti: in particolare scienziati politici empirici i quali però, a differenza degli analisti del linguaggio, ignorano almeno due cose. Da un lato, che non necessariamente le cose chiamate con lo stesso nome presentano caratteri comuni: specie se il nome finisce in “ismo”. Dall’altro, che possono comunque fornirsi definizioni minime, anche per genere e differenza, capaci di catturare almeno i casi paradigmatici di un fenomeno⁶.

Inoltre, gli stessi scienziati politici, e per le stesse ragioni, sembrano ignorare che c’è poco di comune tra i populismi “storici” (russo, statunitense, latino-americani...) e i populismi odierni. Mentre i populismi storici erano risposte politiche più o meno eccezionali a problemi locali di democratizzazione o di modernizzazione, il populismo odierno è un fenomeno globale⁷ ed essenzialmente mediatico⁸: una specie di format spettacolare replicato con successo, ormai, su scala planetaria.

Ancora, molti studiosi credono che il populismo sia una dottrina o un’ideologia, magari non forte come socialismo, liberalismo o fascismo, ma almeno debole, come nazionalismo o sovranismo, con un nucleo di idee comuni declinate poi in modo differente da movimenti di destra o di sinistra⁹. In realtà, le varie repliche del format populista hanno in comune poco più che lo stile¹⁰: un repertorio di tecniche d’intrattenimento senza pretese di coerenza eppure maledettamente efficaci dal punto di vista mediatico.

Infine, i diversi media – dal discorso orale nell’agorà greco sino agli odierni social media – non sono solo strumenti a disposizione di qualsiasi politico: sono l’ambiente stesso della democrazia. Non bastano, dunque, un’analisi linguistica e uno smascheramento critico della demagogia populista. Occorre un approccio antropologico alla forma di vita odierna, in cui è radicato il senso comune populista. Qui, comunque, definisco “populismo” nei termini di tre credenze, che funzionano anche come slogan.

La *prima* credenza o slogan populista è l’*appello al popolo*, che sfrutta l’equivoco fra il senso tecnico-costituzionale di “popolo” (tutti i cittadini di un paese) e il senso ordinario (la popolazione, la massa, il volgo). Per svelare il trucco, basta sostituire “popolo” con “popolazione”, e l’incantamento populista svanisce. Però è importante riflettere che l’efficacia degli slogan populistici appartiene al senso comune democratico, e in particolare da – la incomprendenza de – il principio della sovranità del popolo.

Qui sono utili due intuizioni di Ernesto Laclau, forse il più noto dei teorici del

⁶ Cfr. Mudde 2004, De la Torre e Mazzoleni 2019.

⁷ Cfr. le tre “enciclopedie” del populismo pubblicate sinora: Rovira Kaltwasser *et alii* 2017; Hienisch, Holtz-Bacha e Mazzoleni 2017; De La Torre 2019.

⁸ Cfr. Eco 2018 e Azzolini 2019.

⁹ Così già Mudde 2004 e poi ancora Mudde 2013.

¹⁰ Così Moffit 2016 e De la Torre 2019.

populismo: la metonimia populista e il significante vuoto¹¹. La metonimia populista consiste nella confusione già menzionata fra due significati di “popolo”, il totale e il parziale. Che “popolo” sia un significante vuoto, invece, suggerisce che si può riempirlo con qualsiasi significato. Secondo il peronista Laclau e la sua prosecutrice Chantal Mouffe, la sinistra dovrebbero riempirlo con “gli sfruttati”, “i perdenti della globalizzazione” e simili, sfruttando il trucco populista.

La *seconda* credenza o slogan populista, complementare alla prima, è la *demonizzazione delle minoranze* o, in una parola, l'*anti-pluralismo*¹². L'atto di appellarsi al popolo ha un effetto performativo: *costituisce* lo stesso popolo al quale si riferisce, ma a condizione di rimuoverne le parti *contro* le quali l'appello è lanciato. Qui il trucco consiste nel demonizzare verso l'alto e verso il basso: verso l'alto, le élites, l'*establishment*, la Kasta, verso il basso, i migranti, i dissidenti e le minoranze in generale.

Entrambi i bersagli, l'alto e il basso, sono dati in pasto al risentimento popolare, e talora persino assimilati in un unico complotto contro il popolo: si pensi alla *fake news* della sostituzione etnica. Il popolo così costituito, espellendone le minoranze, si converte in un blocco monolitico, omogeneo e indifferenziato, che ogni dissidenza minaccia di incrinare. L'anti-pluralismo populista, a sua volta, non rischia solo di trasformare la democrazia in illiberale, ma di convertirla in qualcos'altro: un'autocrazia elettiva¹³.

Fra parentesi, la mia opinione sugli usi del termine “democrazia”, espressa nei lavori citati all'inizio, è la seguente. Certo, una definizione lessicale, che si limiti a registrare gli usi effettivi di “democrazia”, consente di parlare di democrazia populista e persino di democrazia illiberale. Una ridefinizione appena più esigente, solo debolmente normativa, però, può ben privilegiare quel che, in Occidente, resta il significato principale di “democrazia”: la democrazia liberale, rappresentativa, costituzionale, pluralista...

La *terza* credenza o slogan populista è la *rappresentanza diretta* del popolo attraverso i suoi leader (nei populismi storici) o, nei populismi odierni, tramite leader e media. Nadia Urbinati, che ha coniato “rappresentanza diretta”, ne parla come di un *tertium quid* fra democrazia diretta degli antichi e democrazia rappresentativa dei moderni. Tuttavia, Urbinati ritiene che la rappresentanza diretta populista si esaurisca virtualmente nel leader, come nei totalitarismi novecenteschi e nei populismi storici¹⁴.

In realtà, la personalizzazione della politica in un leader non è una caratteristica distintiva del populismo odierno. Almeno a partire dal ventesimo secolo, infatti,

¹¹ Così Laclau 2005.

¹² Cfr. Müller 2016.

¹³ Cfr. Bovero 2015, Pappas 2019.

¹⁴ Cfr. Urbinati 2020: specie 251 ss. Per una critica, cfr. Barberis e Giacomini 2020.

tutta la politica è personalizzata, senza troppe differenze fra populistici e no. Come mostra forse il miglior libro sul tema, *Gli ingegneri del caos* (2018) di Giuliano da Empoli, nel populismo mediatico c'è una figura molto più caratteristica e distintiva del leader: lo spin doctor, il mago della propaganda o guru della comunicazione¹⁵.

Del resto, la stessa personalizzazione, a ben vedere, si riduce a quanto gli psicologi cognitivi chiamano una *euristica*: una scorciatoia cognitiva per rimediare alla disinformazione, de-politicizzazione e spaesamento dei più. Il popolo populista non legge né giornali né programmi di partito, ma segue in diretta, su Facebook, la vita del leader. Del resto, si edificavano così anche i fedeli medievali, prima dell'invenzione della stampa: guardando le immagini della vita dei santi sulle pareti delle cattedrali.

A farla breve, la differenza fra populismi storici e odierni, rispetto alla rappresentanza diretta, non sta tanto nel leader – qual è la differenza, ormai, fra un leader populista e uno non populista? –, quanto nella pretesa disintermediazione¹⁶. Pretesa perché, come ha mostrato Gabriele Giacomini, la cosiddetta relazione diretta, dis-intermediata, fra popolo populista e i suoi leader, in realtà si forma soprattutto sui media, nel circuito ibrido televisione-internet-smartphone. È lì, oggi, che i leader populistici rappresentano il popolo¹⁷.

Se qualcuno credesse che si tratti solo di relazione virtuale, e comunque meno solida che fra i leader novecenteschi e la folla, rifletta che, come scrive sempre Schmitt, “rappresentare” significa rendere presente l'assente¹⁸. Bene, il popolo populista, nell'ambiente digitale, non ha più bisogno di rappresentanza: è continuamente presente¹⁹. I rappresentanti diretti populistici, cioè, sono sempre connessi a comunità virtuali di milioni di persone, ognuna delle quali esprime tramite i social tutti i propri impulsi, pregiudizi e ossessioni.

Lungi dall'essere meramente virtuale, insomma, il circuito mediatico è abbastanza pervasivo da sovrapporsi e sostituire il circuito istituzionale, provocando comunque un cortocircuito fra i due. Il pericolo del populismo mediatico non consiste più nella sola manipolazione delle persone: dopotutto sono anni che la politica è un dipartimento del marketing. Il rischio reale è che le istituzioni rappresentative siano sostituite dalla rete: un circuito molto più autoreferenziale e opaco degli stessi Parlamenti.

Insisto: “democrazia” non significa più, ammesso abbia mai significato, governo

¹⁵ Da Empoli 2019. Talvolta lo spin doctor si trasforma in leader: è il caso di Pablo Iglesias con Podemos.

¹⁶ Cfr. Chadwick 2007.

¹⁷ Cfr. Giacomini 2016: 177 ss., Giacomini 2018 e Barberis e Giacomini 2020. Sul carattere ibrido della comunicazione politica odierna, cfr. Chadwick 2017.

¹⁸ Ma lo rappresentano più nel senso dell'incarnazione teologica che della rappresentanza politica: cfr. ancora Schmitt 1984: 165 ss., e oggi Urbinati 2020: 183 ss.

¹⁹ In questo senso cfr. Han 2015. Una riflessione sulla (tele-)presenza in Floridi 2020: 64 ss.

del popolo, nella traduzione corrente della parola greca “demokratia”. Il popolo, e anche il popolo populista, non può governare se non tramite i propri leader e spin doctor, che oggi sono le nuove élites populiste²⁰. “Democrazia” significa invece controllo del popolo – cioè di tutti, nell’unico senso costituzionale della parola “popolo” – sul governo: la buona vecchia democrazia rappresentativa, liberale, costituzionalista e pluralista...

3. Perché il populismo

Dell’odierna ondata populista si possono fornire almeno quattro spiegazioni – politica, economica, psicologica, mediatica – fra loro non alternative ma complementari: ognuna spiega solo certi aspetti del fenomeno. Non si tratta dunque di una spiegazione mono-causale, bensì pluri-causale. Poiché tale spiegazione sarebbe troppo compless, però, ho insistito sulla spiegazione mediatica in una misura inedita nella letteratura attuale: correndo deliberatamente il rischio che la si scambi per una spiegazione mono-causale.

La *prima* spiegazione è *politica*: la democrazia parlamentare, basata su abracadabra come la sovranità del popolo, è in crisi da almeno un secolo²¹, ammesso non lo sia per definizione²². Almeno a partire dalla prima guerra mondiale, cioè, il centro di gravità del regime parlamentare è passato dal Parlamento al governo, e dalla legge al decreto²³. Dopo Auschwitz, poi, i governi democratici restaurati si sono legittimati in modo crescente tramite i media, che ormai determinano l’esito delle elezioni.

La *seconda* spiegazione è *socio-economica*: il populismo è anche la reazione, da parte dei perdenti della globalizzazione, alle disuguaglianze crescenti nei paesi ricchi²⁴. Spiegazione quasi ovvia, forse la più comune, ma che richiede puntualizzazioni. Perché nelle crisi precedenti ci rivolgevamo agli esperti, mentre oggi li sospettiamo di essere loro i colpevoli? Perché populistici come Trump e Boris Johnson, dopo aver gestito dilettantesca la pandemia, restano più popolari degli scienziati?

La *terza* spiegazione, in effetti, è *psicologica*: le disuguaglianze crescenti, come diceva già Friedrich Nietzsche, producono risentimento. Non solo l’invidia economica dei poveri verso i ricchi, ma lo *thumós* platonico: la richiesta di rispetto²⁵. Nato a sinistra, il risentimento è passato a destra, da dove si è ridiretto contro élites,

²⁰ Su questa intuizione sta lavorando Manuel Anselmi: cfr. già Anselmi 2019.

²¹ È la spiegazione più comune fra gli scienziati politici: cfr., fra gli altri, Levitsky e Ziblatt 2019; Mounk 2018; Mény 2019.

²² La democrazia è una promessa perennemente tradita: questa la lezione che può ancora trarsi da Bobbio 1984.

²³ Cfr. Ferrajoli 2018 e 2019.

²⁴ Questa è la spiegazione più comune, specie sui media: cfr. Revelli 2017 e 2019.

²⁵ Così Fukuyama 2018.

intellettuali, migranti. Come ammette Arthur Finkelstein, lo spin doctor di Viktor Orbán, il risentimento è l'autentica vena aurifera del marketing populista²⁶.

La quarta spiegazione, infine, è *mediatica*: gli stessi populisti, oggi, ammettono che senza Internet non ci sarebbero mai stati la Brexit, l'elezione di Trump e il governo gialloblù (M5S-Lega) in Italia. Togliete loro Internet, o fatelo controllare dal governo, come in Russia o Cina, e ai populisti mancherà l'aria per respirare. In questo senso, la spiegazione mediatica è la principale, e comunque autorizza a chiamare i populismi odierni "mediatici", al fine di distinguerli dai populismi "storici"²⁷.

Di fatto, dopo una pandemia che, da un lato, ha mostrato l'incapacità, o peggio, dell'élite populista, dall'altro ha ancora aggravato, se possibile, la nostra dipendenza da Internet, potrebbe formularsi una spiegazione ulteriore, integrata rispetto alle quattro precedenti. La si potrebbe chiamare *governamentale*²⁸, e si potrebbe raccontarla come segue, partendo dal cosiddetto populismo penale e collegando fra loro tutte le varie emergenze che hanno punteggiato il terzo millennio.

Negli anni Novanta del secolo scorso accadde questo²⁹. Criminologi, sociologi e penalisti si accorsero che le statistiche dei reati erano in calo mentre le carceri erano sempre più affollate: nel 2010, negli Stati Uniti, si sarebbe arrivati a sfiorare i due milioni e mezzo di detenuti. Cos'era successo? L'*establishment*, tanto di destra quanto di sinistra, aveva capito che c'era un modo molto più semplice e meno costoso delle politiche di *welfare* per fare fortuna in politica: puntare su *law & order*.

Lo si chiamò "populismo penale" (*penal populism*): espressione nuova che, insieme con la telecrazia tardonovecentesca riportò l'attenzione sul populismo politico. Poi venne l'Undici settembre, e i neoliberali di destra e di sinistra usarono il terrorismo come arma di distrazione di massa. Abbandonata la gestione dell'economia a burocrazie e tecnocrazie neoliberali, i leader si dedicarono all'intrattenimento politico, finché non vennero i professionisti del ramo: i populisti, con il loro circo mediatico.

Ma accontentiamoci della spiegazione mediatica, ampiamente sufficiente a dar conto di tre caratteri distintivi dei populismi odierni. Il primo è la pretesa *disintermediazione*: parola proveniente dal marketing, come molte divenute essenziali per intendere questi fenomeni. *E.commerce*, *e.journalism*, *e.politics* apparentemente "saltano" gli intermediari tradizionali: possiamo ordinare *online*, *on demand* e *just in time* prodotti commerciali, informativi e politici, indifferentemente³⁰.

In realtà, sempre secondo Giacomini, la pretesa dis-intermediazione si limita a sostituire gli intermediari tradizionali (partiti, sindacati, giornali, chiese, associa-

²⁶ Cfr. ancora Da Empoli 2019: 71-72.

²⁷ Spiegazione mediatica spesso presupposta anche da chi dà spiegazioni politiche: cfr. Urbinati 2020: 49, 212 («il populismo consiste in un governo dell'audience e per l'audience»).

²⁸ Il riferimento è a Foucault 2004.

²⁹ Cfr. Anastasia, Anselmi 2019.

³⁰ Cfr. Srnicek 2017; Hindman 2018; McAfee e Brynjolfsson 2019; Zuboff 2019; Kaiser 2019.

zioni...) con altri intermediari. A ben vedere, dunque, si rivela una re-intermediazione, anzi la mediazione per antonomasia, quella realizzata dai media. Benché si pretenda trasparente, poi, questa mediazione è ancor più opaca di quelle tradizionali: specie in politica, dove agli algoritmi commerciali si aggiungono *hacker*, *troll*, *bot* e altri trucchi³¹.

Il secondo carattere distintivo dei populismi odierni, spiegabile solo mediaticamente, è la *frammentazione* o *polarizzazione*: fenomeni connessi ma da tenere distinti. La frammentazione riguarda l'individualizzazione e polverizzazione dei destinatari del messaggio politico, che si credono meno manipolati oggi che prima della invenzione della rete³². In realtà, tramite i *big data*, ognuno di noi è profilato (*targeted*) da algoritmi che conoscono meglio di noi i nostri impulsi e le nostre ossessioni.

In particolare, informandosi sugli smartphone, ognuno di noi finisce per farsi il proprio giornale privato (*daily me*) e per sapere esclusivamente quanto vuole sapere³³. Peggio ancora, ognuno crede di poter influire direttamente sul governo, solo perché sceglie politici che ne sanno ancor meno di lui. A questa dinamica della frammentazione, poi, si aggiunge quella della polarizzazione: si formano comunità digitali di utenti del web, le *filter bubbles* o *echo chambers*, che non comunicano fra loro³⁴.

Di fatto, oggi le opinioni pubbliche dei principali paesi occidentali sono divise come una mela attorno a temi esplosivi e a leader divisivi. Il Regno Unito era diviso circa la Brexit, gli Stati Uniti lo sono ancora rispetto a Trump, la Spagna lo è tuttora nei confronti della secessione catalana, l'Italia attorno all'immigrazione o ai rapporti con l'Europa. Temi o personaggi che, da un lato, possono considerarsi *euristiche* per orientarsi nella complessità, dall'altra altrettanti *bias*, falsi problemi per alimentare l'intrattenimento³⁵.

Il terzo carattere dei populismi odierni, anch'esso spiegabile solo mediaticamente e meno noto dei tre, è quello che propongo di chiamare *contendibilità del potere*. I media digitali, in particolare, rendono il potere delle élites tradizionali contendibile dagli *outsiders* che mirano a sostituirle. Nelle guerre civili che insanguinano l'Africa, ad esempio, i telefoni cellulari hanno permesso ai gruppi ribelli di colmare il gap tecnologico rispetto agli eserciti governativi, così aumentando la contendibilità del potere³⁶.

³¹ Per un inventario, cfr. Ziccardi 2019.

³² Calasso 2017, 77 e, sin dal titolo, Han, secondo il quale i media elettrici come la radio univano le persone, mentre i media elettronici le isolano.

³³ Sul *daily me*, si veda Sunstein 2017: ma la nozione risale a Negroponte 1995. Sulla disinformazione, invece, cfr. O'Connor e Weatherall 2019.

³⁴ Espressioni che si devono rispettivamente a Pariser 2011 e a Williams 2011.

³⁵ Qui vale la pena menzionare due classici della comunicazione, rispettivamente di per sé e in quanto applicata alla politica: M. McLuhan 1964 e Debord 1967.

³⁶ Cfr. Pierskalla e Hollenbach 224.

Tutto iniziò a sinistra, con i *no global*, Occupy Wall Street e Obama, ma che Internet favorisse qualsiasi *outsider* fu subito capito a destra. L'estrema destra, in particolare, intuì che Internet permette di aggirare i tradizionali guardiani dei varchi (*gatekeepers*): stampa e televisione. Prima della rivoluzione digitale, questi controllavano l'accesso alla comunicazione degli *outsider* (minoranze, dissidenti, antagonisti...) che non erano in grado di pagarsi costose campagne di propaganda sui media tradizionali.

Oggi i varchi della comunicazione non sono più presidiati: chiunque può accedere alla rete. Il sogno dei primi apostoli del web, d'altra parte, s'è tramutato in un incubo, come avviene fatalmente con i sogni: non solo le notizie false circolano liberamente, ma anche le notizie vere passano per false. I discorsi politicamente corretti e la buona educazione sono tacciati di "buonismo", mentre le tempeste d'odio (*shitstorms*) contro oppositori, donne, migranti, sono ormai definitivamente sdoganate.

Anche per questo, siamo governati da attori di *B-movies*, conduttori televisivi, comici che non fanno ridere, tutti regolarmente votati, ovviamente, non *benché* siano incompetenti, bensì esattamente *perché* lo sono³⁷. Questo, a sua volta, alimenta la spirale dell'antipolitica: chi vorrà più sporcarsi le mani con questa politica demente? La contendibilità del potere presenta solo un aspetto positivo: lo stesso potere populista risulterà instabile, poiché i suoi trucchi potranno sempre rivoltarglisi contro.

4. Rimedi

Molti lavori recenti, convertiti dalla retorica della crisi democratica a quella della morte della democrazia³⁸, terminano proponendo rimedi. Alcuni dei rimedi sono solo illusioni pietose: addomesticare la sovranità, far ripartire l'economia, rieducare la gente... Altrove ho proposto tre rimedi diversi³⁹. Uno è negativo: difendere le istituzioni contro-maggioritarie. L'altro è positivo: usare i media meglio dei populistici. Il terzo è il più innovativo ma anche il più problematico: regolamentare Internet.

Il *primo* rimedio è difendere le istituzioni contro-maggioritarie⁴⁰, ossia i contro-poteri che, benché non eletti dalla maggioranza del popolo, come lo sono invece parlamenti e governi, costituiscono le uniche garanzie per le minoranze⁴¹. Minoranze popolari, peraltro, se davvero "popolo" significa tutti i cittadini, nessuno escluso.

³⁷ Cfr. Gili e Panarari 2020.

³⁸ Cfr. sin dai titoli, Levitsky e Ziblatt 2018, Bartlett 2018, Runciman 2018, Alexandre e Copé 2019.

³⁹ Barberis 2020a, 2020b.

⁴⁰ Nel senso di Bickel 1962.

⁴¹ Un altro nome per "istituzioni contro-maggioritarie" è "pluralismo sociale e istituzionale": il vero nemico del populismo. Cfr. Walzer 1987.

Si tratta di istituzioni non politiche (scienza, stampa, esperti), politiche interne (giudici ordinari, corti costituzionali, autorità indipendenti) o esterne (Onu, Ue, tribunali internazionali).

Rimedio provocatorio, si dirà: sono proprio le istituzioni contro-maggioritarie il bersaglio dell'odio populista. E se si guarda ai regimi populistici e sovranisti dell'Europa orientale si capisce anche perché: lì, media e magistratura indipendenti sono stati l'ultimo argine, ormai superato, contro l'ondata populista. Sono proprio le istituzioni contro-maggioritarie a segnare la differenza fra democrazie propriamente dette (rappresentative, liberali, costituzionali, pluraliste...) e autocrazie elettive.

Il secondo rimedio è imparare a usare Internet meglio dei populistici. Alla lezione di Trump, costretto a usare Twitter perché aveva meno finanziamenti della sua rivale democrat, si può opporre il modello rappresentato da Obama: che usa i social in modo né parossistico né omeopatico, bensì mirato. Contro le *fake news*, ad esempio, spesso è inutile o controproducente ricorrere al *fact-checking* o a contronarrazioni: questi rimedi, infatti, possono diffondere ulteriormente le *fakes* originarie⁴².

Il problema di questo rimedio, semmai, è che se il populismo mediatico non è un'ideologia ma uno stile comunicativo, allora usare i social per criticarlo rischia sempre di convertirsi in un modo per alimentarlo. Una politica ridotta a conflitto mediatico fra populistici e (pretesi) antipopulisti, alla lunga si trasformerebbe in un duello fra spin doctor, soppiantando definitivamente la democrazia. Questa spirale, in particolare, porterebbe al parossismo due aspetti già ampiamente presenti nella politica mediatizzata.

Primo aspetto: le élites tanto tradizionali quanto populiste potrebbero concorrere fra loro solo nell'intrattenimento, senza mai neppure sfiorare i problemi reali, le grandi sfide della politica. Alla lista di queste sfide – degrado ecologico, aumento delle disuguaglianze... – bisognerebbe però aggiungere lo stesso controllo di Internet, trasformatosi in problema preliminare a tutti gli altri. Dopotutto, riscaldamento climatico e nuove disuguaglianze neppure esisterebbero, se non se ne parlasse su Internet.

Secondo aspetto, apparentemente paradossale ma evidenziato dalla recente pandemia: la dislocazione della politica nel circuito dell'intrattenimento finisce per restituire il potere di decisione agli stessi tecnocrati, apparati burocratici e corpi separati dello Stato che erano i bersagli originari della crociata populista. In questa nuova divisione del lavoro, il potere politico, dedito dall'intrattenimento, è sostituito dal potere amministrativo, più attrezzato del precedente a gestire le emergenze⁴³.

Il terzo rimedio contro il populismo mediatico è quello decisivo: se cuore del problema è Internet, allora bisogna regolamentare Internet. Del resto, che questo

⁴² Cfr. Ziccardi 2016.

⁴³ Cfr. Brigaglia 2019: specie 323-337. Il ruolo dell'amministrazione è un aspetto del modello cinese: cfr. Bell 2019.

sia uno dei problemi principali che attendono l'umanità nel terzo millennio – alla stessa altezza del degrado ecologico e della lotta contro le disuguaglianze – è una conclusione cui gli esperti giungono anche indipendentemente da ogni considerazione del populismo mediatico, e per ragioni puramente economiche.

Matthew Hindman, ad esempio, mostra che la libera concorrenza sul mercato del digitale, per accaparrarsi i dati degli utenti, ha prodotto monopoli: gli Stati devono ricorrere a Google e Facebook, ormai, anche per tracciare i contagiati dal coronavirus. Lo stato dei rapporti sul mercato del web ha la struttura del dilemma del prigioniero: i monopolisti non possono auto-regolarsi senza perdere i loro monopoli⁴⁴. L'unica regolazione può venire dall'esterno: non dai singoli Stati, cioè, ma dalle grandi organizzazioni internazionali.

La ragione ideale addotta sin dall'inizio contro la regolamentazione – i rischi per la libertà di espressione – è fuorviante. Perché mai il *free speech* sarebbe tutelato meglio da un pool di imprese private, sempre scalabili da padroni intolleranti, che da organizzazioni pubbliche, infinitamente più trasparenti? Le vere difficoltà della regolamentazione di Internet sono economiche e politiche: essa non conviene alle grandi potenze e neanche agli utenti, che pagano i servizi solo con i loro dati.

Si scrivono montagne di carta su questioni come *fake news*, *hate speech*, *hacker* o scandali tipo Cambridge Analytica: tutti problemi gravissimi, però marginali rispetto al controllo del web. Regolamentare Internet equivale ormai a regolare il capitalismo: il digitale non è più un settore del mercato, è il mercato, e i giganti del digitale sono i nuovi padroni del mondo. Anche le superpotenze devono venire a patti con loro: solo organizzazioni sovranazionali come l'Unione europea avrebbero interesse a regolarli.

Non è questa la sede per avanzare proposte operative, ma alcuni principi di massima si possono già immaginare. *Primo*, se c'è mai stato un bene comune (*commons*), usato da tutti più o meno irresponsabilmente⁴⁵, questo è proprio Internet. Il peccato originale, qui, è stato commesso dagli Usa regalando la rete alle startup poi divenute i monopolisti del web. La proprietà privata, d'altronde, è una soluzione migliore del far west: almeno, i giganti del digitale possono pagare multe miliardarie...

La soluzione ottimale, però, sarebbe che il *web* fosse pubblico: come le frequenze radio-televisive, attribuite dagli Stati a imprenditori privati, i binari del treno, usati da diverse compagnie ferroviarie, le reti energetiche, sfruttate da fornitori differenti. Chiarito questo, si ripropone però il problema dei monopoli, che preoccupava i liberali ma di cui i neoliberali non si curano: allo stato, è difficile immaginare altri Google, Facebook o Amazon, in grado di far concorrenza agli originali.

⁴⁴ Hindman 2019: 217: «una crescita più lenta in una rete che si sviluppa evolutivamente è solo un suicidio al rallentatore» (trad. it. mod., corsivo nel testo). Un libro profetico dello stesso autore è Hindman 2009.

⁴⁵ Di qui la *tragedy of commons*: cfr. Hardin 1968.

Secondo principio, anche il classico problema liberale della *privacy*, qui, andrebbe ripensato. In linea di principio, le linee-guida sono state indicate da Julian Assange, prima di sparire in fondo al pozzo di un carcere di massima sicurezza britannico: *privacy* per i deboli, trasparenza per i forti⁴⁶. Il problema è però che, anche quando gli utenti avranno compreso che i social non sono gratis, e che li pagano con i propri dati, probabilmente preferiranno ancora pagare in dati piuttosto che in moneta sonante.

Terzo principio, mai come sul web sfera pubblica e sfera privata dovrebbero essere tenute distinte. Benché la pubblicità commerciale e la propaganda politica, ormai, siano indistinguibili l'una dall'altra, il travaso dei dati fra le due, stile Cambridge Analytica, dovrebbe essere non solo vietato, ma sanzionato. Ancora, va bene che moderatori o algoritmi privati intervengano sulle *fake news* più evidenti e *sull'hate speech* più rivoltante, ma la polizia informatica dovrebbe essere di competenza statale.

Soprattutto, dovrebbe distinguersi rigorosamente l'uso dei social a fini rispettivamente privati e pubblici, anche da parte degli stessi soggetti. Certo, è impossibile vietare l'uso dei social ai politici: ma è inaccettabile il loro abuso quando arrivano a conquistare il potere. Un presidente in carica, il ministro degli interni, il governatore di una banca centrale, non possono far scoppiare una guerra o crollare i mercati con un *tweet*. A chi ricopre cariche di grande responsabilità, i social vanno semplicemente vietati.

5. Conclusion

In conclusione, occorre chiedersi come si sia arrivati a questo punto, anche per capire dove si sta andando. Il filosofo tedesco Byung-Chul Han lo spiega come un processo: la transizione dalla *biopolitica liberale* alla *psicopolitica neoliberale*. A partire da Michel Foucault l'ordine liberale è stato chiamato biopolitica, o governo della (nuda) vita⁴⁷: un individuo può sopravvivere, produrre e consumare sul mercato solo se il suo corpo e la sua stessa vita sono disciplinati da apposite istituzioni.

Tutte queste istituzioni – asili, scuole, caserme, fabbriche, ospedali, carceri, manicomio, ospizi... – erano ignote all'antichità: sono il prodotto della rivoluzione capitalista e dello Stato liberale. Il problema è che queste stesse istituzioni – le quali si presentano anche, benignamente, come altrettanti servizi sociali – costano tanti soldi. Nota ancora Han: «La biopolitica è la tecnica di governo della società disciplinare. Essa, però, non è affatto adeguata al regime neoliberale, che sfrutta soprattutto la psiche»⁴⁸.

⁴⁶ Così Assange 2013 e, per una critica dell'ideale stesso della trasparenza, cfr. ancora Han 2014.

⁴⁷ Cfr. ancora Foucault 2004, ma anche Agamben 1995.

⁴⁸ Han 2016: 31.

Come mostra la storia del populismo penale raccontata nel § 3, le élites neo-liberali di destra e di sinistra, per promuoversi sui media vecchi e nuovi, hanno elaborato narrazioni più a buon mercato: *Law & Order*, lotta al terrorismo, controllo dell'immigrazione, gestione della pandemia. Abbandonando l'amministrazione alla tecnocrazia, e dedicandosi all'intrattenimento, però, hanno aperto la strada alle nuove élites populiste, capaci di promettere più sicurezza ancora e di gestire professionalmente lo stesso spettacolo politico⁴⁹.

È questa la psico-politica: il governo delle anime, seconda tappa del processo iniziato con la disciplina dei corpi. La psicopolitica soddisfa in rete le nostre emozioni più elementari: non ha ancora trovato la formula per produrre il pane in 3D, ma con i *circenses* se la cava benissimo. Intrattenute le anime, Amazon provvederà poi ai bisogni materiali. E non c'è trucco, non c'è inganno. Inutile denunciare l'ennesimo complotto globale contro di noi: ognuno ha, né più né meno, tutto ciò che desidera.

Al punto che, come prosecuzione del processo, si può forse immaginare una *terza* tappa, che potrebbe chiamarsi *auto-politica*: l'amministrazione automatica della società tramite algoritmi. È l'organizzazione impersonale, anonima e ubiqua annunciata da Henri de Saint-Simon come *administration des choses qui remplace le gouvernement des hommes*, e denunciata da Tocqueville come nuovo dispotismo. Grazie alla rete, questa organizzazione è già oggi sperimentata in vari settori della società, sia pubblici sia privati.

L'auto-politica fu annunciata così nel 2008⁵⁰: per amministrare la società non serviranno più governanti e costituzioni, basteranno i *big data* e computer che apprendono dall'esperienza. Il datismo (*datism*) è il grado zero della politica, sostituita dall'amministrazione senza neppure più bisogno d'intrattenimento (cfr. § 3). Qui, però, sorge spontanea un'obiezione: fra il governo populista degli uomini e il governo tecnocratico delle macchine non resta preferibile, dopotutto, il buon vecchio governo delle leggi?

Bibliografia

- Agamben, G. (1995). *Homo Sacer I. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995.
- Alexandre, L. Copé, J.-F. (2019). *L'intelligence artificielle va-t-elle aussi tuer la démocratie?*, Lattès, Paris.
- Anastasia, S., Anselmi, M., Falcinelli, D. (2015). *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Milano, Cedam.

⁴⁹ Sui rapporti fra neoliberalismo e populismi, cfr. Smith 2015 e 2019.

⁵⁰ Anderson 2008.

- Anderson, C. (2008). *The End of Theory: The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, <https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/>.
- Anselmi, M. (2019). *Populismo. Teorie e problemi*, Firenze, Mondadori Education.
- Assange, J. (2013). *Cyberpunks. Freedom and the Future of the Internet* (2012), trad. it. *Internet è il nemico. Conversazione con Jacob Appelbaum, Andy Müller-Maguhn e Jérémie Zimmermann*, Milano, Feltrinelli.
- Azzolini, G. (2019). *Umberto Eco e il problema del populismo*, «Filosofia italiana», 14, 125-137.
- Barberis, M. (2020a). *Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, Chiarelettere.
- Barberis, M. (2020b). *No hay seguridad sin libertad. La quiebra de las políticas anti-terrorismo* (2017), trad. cast., Madrid, Trotta.
- Barberis, M. (2020c). *Dal populismo si guarisce? Tre possibili rimedi*, «Ragion pratica», 53, 2019: 9-30.
- Barberis, M., Giacomini, G. (2020). *La neo-intermediazione populista. Popolo, istituzioni, media*, in corso di stampa per «Teoria politica».
- Bell, D. (2017). *The China Model: Political Meritocracy and the Limits of Democracy* (2015), trad. it. *Il modello Cina. Meritocrazia politica e limiti della democrazia*, Roma, Luiss University Press.
- Berlin, I. (1967). *To Define Populism*, <http://berlin.wolf.ox.ac.uk/lists/bibliography/bib111bLSE.pdf>.
- Bartlett, J. (2018). *The People Vs Tech: How the Internet Is Killing Democracy (and How we Save It)*, London, Ebury Press.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New York, Bobbs-Merrill.
- Bobbio, N. (1984). *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi.
- Bovero, M. (2015). *Autocrazia elettiva*, «costituzionalismo.it».
- Brigaglia, M. (2019). *Potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Chadwick, A. (2007). *Disintermediation*, voce in M. Bevir (ed.), *The Encyclopedia of Governance*, London, Sage, 918.
- Chadwick, A. (2013). *The Hybrid Media System: Politics and Power*, Oxford, Oxford University Press.
- Calasso, R. (2017). *L'innominabile attuale*, Milano, Adelphi.
- Da Empoli, G. (2019). *Gli ingegneri del caos. Teoria e tecnica dell'internazionale populista*, Venezia, Marsilio.

- De la Torre, C. (ed.) (2019). *Routledge Handbook of Global Populism*, London-New York, Routledge.
- De la Torre, C., Mazzoleni, O. (2019), *Do We Need a Minimum Definition of Populism? An Appraisal of Mudde's Conceptualization*, «Populism», 2, 1, 79-95.
- Debord, G. (1967). *La société du spectacle*, Paris, Buchet/Chastel.
- Eco, U. (2018), *Sulla televisione. Scritti 1956-2015*, Milano, La Nave di Teseo.
- Ferrajoli, C.F. (2018). *Rappresentanza politica e responsabilità. La crisi della forma di governo parlamentare in Italia*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Ferrajoli, C.F. *Le Camere non discutono più. Crisi del dibattito parlamentare e irresponsabilità politica degli organi rappresentativi*, «Lo Stato», 7, 13, 11-53.
- Floridi, L. (2020). *The Logic of Information: Philosophy as Conceptual Design* (2019), trad. it. *Pensare l'infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, Raffaello Cortina.
- Foucault, M. (2004). *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-1978* (2004), trad. it. *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France, 1977-1978*, Milano, Feltrinelli.
- Fukuyama, F. (2019). *Identity. The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, Stanford (CA), Stanford University Press.
- Giacomini, G. (2016). *Psicodemocrazia. Quanto l'irrazionalità condiziona il discorso pubblico*, Milano-Udine, Mimesis.
- Giacomini, G. (2018). *Potere digitale. Come Internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, Meltemi.
- Gili, G., Panarari, M. (2020), *La credibilità politica. Radici, forme, prospettive*, Venezia, Marsilio.
- Han, B.-Ch. (2014), *The Transparency Society* (2012), trad. it. *La società della trasparenza*, Milano, Nottetempo.
- Han, B.-Ch. (2015). *In the Swarm: Digital Prospects* (2013), trad. it. *Nello sciame. Visioni del digitale*, Milano, Nottetempo.
- Han, B.-Ch. (2016). *Psychopolitics: Neoliberalism and New Technologies of Power* (2014), trad. it. *Psicopolitica. Il neoliberalismo e le nuove tecniche del potere*, Milano, Nottetempo.
- Hardin, G. (1968). *The Tragedy of the Commons*, «Science», 162, 1243-1248.
- Hienisch, R., Holtz Bacha, C., Mazzoleni, O. (eds.) (2017). *Political Populism. A Handbook*, Baden-Baden, Nomos Verlag/Bloomsbury.
- Hindman, M. (2009). *The Myth of Digital Democracy*, Princeton (NJ), Princeton University Press.

- Hindman, M. (2018). *The Internet Trap: How the Digital Economy Builds Monopolies and Undermines Democracy* (2018), trad. it. *La trappola di internet. Come l'economia digitale costruisce monopoli e mina la democrazia*, Torino, Einaudi.
- Kaiser, B. (2019). *Targeted* (2019), trad. it. *La dittatura dei dati*, Milano, Harper-Collins.
- Laclau, E. (2005). *Populist Reason*, London, Verso.
- Leibholz, G. (1989). *Die Repräsentation in der Demokratie* (1973), trad. it. *La rappresentazione nella democrazia*, Milano, Giuffrè.
- Levitsky, S., Ziblatt, D. (2019). *How Democracies Die* (2018), trad. it. *Come muoiono le democrazie*, Roma-Bari, Laterza.
- McAfee, A., Brynjolfsson, E. (2019). *Machine, Platform, Crowd: Harnessing Our Digital Future* (2017), trad. it. *La macchina e la folla. Come dominare il nostro future digitale*, Milano, Feltrinelli.
- McLuhan, M. (1994). *Understanding Media: the Extension of Man* (1964), Cambridge (Mass.), Mit Press.
- Mény, Y. (2019). *Imparfaites démocraties* (2019), trad. it. *Popolo ma non troppo. Il malinteso democratico*, Bologna, Il Mulino.
- Moffit B. (2016). *The Global Rise of Populism. Performance, Political Style, and Representation*, Stanford (CA), Stanford University Press.
- Mounk, Y. (2018). *The People vs. Democracy: Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*, trad. it. *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale* (2018), Milano, Feltrinelli.
- Mudde, C. (2004). *Populist Zeitgeist*, «*Government and Opposition*», 39, 4, 541-563.
- Mudde, C. (2013). *Exclusionary vs Inclusionary Populism: Comparing Contemporary Europe and Latin America*, «*Government and Opposition*», 48, 2, 147-174.
- Müller, J.-W. (2016). *What is Populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- Negroponte, N. (1995). *Being Digital*, London, Hodder & Stoughton.
- O'Connor, C., Weatherall, J.O. (2019). *The Misinformation Age: How False Beliefs Spread* (2019), trad. it. *L'era della disinformazione. Come si diffondono le false credenze*, Milano, Franco Angeli.
- Pappas, T.S. (2016). *Modern Populism: Research Advances, Conceptual and Methodological Pitfalls, and the Minimal Definition*, <https://pdfs.seman-ticscholar.org/75d9/96a34b8ae8a162321ca6a0fe5526684f24ef.pdf>.
- Pappas, T.S. (2019). *Populism and Liberal Democracy - A Comparative and Theoretical Analysis*, Oxford, Oxford University Press.

- Pariser, E. (2011). *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*, New York, Penguin.
- Pierskalla, J.H., Hollenbach, F.M. (2013). *Technology and Collective Action: the Effect of Cell-Phone Coverage on Political Violence in Africa*, «American Political Science Review», 107, 2, 207-224.
- Revelli, M. (2017). *Populismo 2.0*, Torino, Einaudi.
- Revelli, M. (con L. Telese) (2019). *Turbopopulismo. La rivolta dei margini e le nuove sfide democratiche*, Milano, Solferino.
- Rovira Kaltwasser, C. et alii (2017). *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, Oxford University Press.
- Runciman, D. (2018). *How Democracy Ends*, London, Profile.
- Schmitt, C. (1980). *Verfassungsglehre (1928)*, trad. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè.
- Smith, W. (2015). *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, Zone Books.
- Smith, W. (2019). *In the Ruins of Neoliberalism. The Rise of Antidemocratic Politics in the West*, New York, Columbia University Press.
- Srnicek, N. (2017). *Capitalismo digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web (2017)*, Roma, Luiss University Press.
- Sunstein, C. (2017) *#Republic: Divided Democracy in the Age of Digital Media (2017)*, trad. it. *#Republic. La democrazia nell'epoca dei social media*, Bologna, Il Mulino.
- Urbinati, N. (2020). *Me the People: How Populism Transforms Democracy (2019)*, trad. it. *Io, il popolo. Come il populismo trasforma la democrazia*, Bologna, Il Mulino.
- Walzer, M. (1987). *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, trad. it. *Sfere di giustizia (1983)*, Milano, Feltrinelli.
- Williams, L. (2011). *The Echo Chamber*, London, Penguin.
- Ziccardi, G. (2016). *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano, Raffaello Cortina, 2016.
- Ziccardi, G. (2019). *Tecnologie per il potere. Come usare i social network in politica*, Milano, Raffaello Cortina.
- Zuboff, S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power (2019)*, trad. it. *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press.

Tiempo y dinámica de los sistemas jurídicos. Una breve revisión a tres hitos de la reconstrucción teórica

*Sebastián Agüero-SanJuan**

Resumen

Un rasgo central del derecho moderno es su carácter dinámico, es decir, su contenido varía mediante actos de introducción y eliminación de normas a través del tiempo, pero su identidad se mantiene inalterable. En el plano teórico jurídico este rasgo ha producido un gran número de debates en torno a cómo realizar la reconstrucción respetando las nociones de unidad, cambio y tiempo, aunque en todas las explicaciones la noción de sistema desempeña un rol central. En este sentido, dentro de la teoría del derecho, en los últimos cien años, tres propuestas han marcado hitos en la manera en que se reconstruye el aspecto dinámico de los ordenamientos jurídicos, a saber: los trabajos de Adolf Merkl, Joseph Raz y, hace algunas décadas, las propuestas sobre revisión de creencias sobre conjuntos de creencias. Así, el presente trabajo tiene por objeto hacer una revisión esquemática de estos tres hitos centrando la atención en cómo explican el carácter dinámico del derecho y a partir de ahí obtener algunas conclusiones en torno a las nociones de unidad, cambio y tiempo, junto con explicitar algunas de las relaciones que presentan entre sí.

Palabras claves: Sistema jurídico. Dinámica jurídica. Tiempo.

Abstract

A central feature of modern law is its dynamic nature, that is to say, even though its contents varies from introducing acts to removing of regulations throughout time, its identity remains unalterable. At the legal theory level, this feature has provoked a great number of debates on how to develop the reconstruction respecting

* Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Campus Isla Teja s.n., Valdivia, Chile, *sebastian.aguero@uach.cl*.

Agradezco los comentarios recibidos en el “XXV Seminario Italo-spagnolo-franco-lusitano di Teoria del Diritto”, en especial, a Giovanni Battista Ratti, María Cristina Redondo, Pierluigi Chiassoni y Pablo Rapetti, junto con las sugerencias de Diego Almonacid.

the notion of the unity, change and identity. Although in each explanation, the notion of the system plays a central role. In this sense, within the theory of law in the recently 100 years, three proposals have set milestones in the manner in which the dynamic nature of the legal systems is rebuilt. These are the works of Adolf Merkl, Joseph Raz and, since some decades ago, the proposals about the revision of the beliefs on the sets of beliefs. Thus, this paper aims to conduct a schematic review of these milestones, focusing on how to explain the dynamic nature of law, and then obtain some conclusions regarding the notions of unity, change and time along with specifying some of the relations among each other.

Keywords: Legal System. Legal Dynamics. Time.

1. Introducción

Un rasgo central del derecho moderno es su carácter dinámico, es decir, mediante actos de introducción y eliminación su contenido varía a través del tiempo, pero su identidad se mantiene inalterable. Esta idea generalmente compartida entre los juristas y considerada como una de las nociones más básicas del derecho, en el plano teórico-jurídico ha producido un sin número de debates en torno a cómo realizar la reconstrucción respetando las nociones de unidad o identidad y cambio.

Esta pretensión ha sido abordada de manera recurrente por los teóricos del derecho y dentro de sus trabajos es posible destacar tres hitos, los cuales no solo han constituido un paso hacia adelante en el modo en que se reconstruye el aspecto dinámico del derecho, sino también, en su conjunto, pueden entenderse como una construcción teórica elaborada nivel sobre nivel. Algunos autores denominan a esta aproximación “teoría estándar de los sistemas jurídicos” y la caracterizan como aquel constructo de conocimientos sobre sistemas jurídicos que vincula los trabajos de Adolf Merkl y Hans Kelsen, Josep Raz y Carlos Alchourrón con Eugenio Bulygin¹, a los cuales necesariamente se deben añadir las propuestas sobre revisión de creencias.

Así, este trabajo persigue presentar tres hitos centrales de esta construcción teórica con el propósito de explicitar cómo conciben la dinámica jurídica y, a partir de ello, sugerir cómo se relacionan entre sí. Para satisfacer este propósito, el artículo se divide en cinco apartados en los cuales, por un lado, se explicitan los presupuestos de la reconstrucción, por otro lado, se realiza una presentación esquemática de las propuestas de Adolf Merkl, Joseph Raz y la teoría AGM, las cuales son los tres hitos seleccionados y, finalmente, se esbozan las principales conclusiones.

¹ En este sentido Caracciolo 1988: 71, Moreso 1997b: 8, Peña 2001: 195 y Vilajosana 2009: 74.

2. Precisiones

En general, a modo de presupuesto, se asume que el derecho de un Estado, país, comunidad política o nación puede ser reconstruido en términos de sistema jurídico². Si bien tal derecho (positivo) puede cambiar de múltiples maneras, la cuestión es cómo plasmar dichos cambios en una reconstrucción teórica. Por ejemplo, constituyen cambios del derecho los casos en que un país obtiene su independencia, se establece una primera constitución, se promulgan normas de rango legal, se presenta un quiebre institucional acompañado de una nueva Constitución, se dictan resoluciones administrativas y/o judiciales y se efectúa un proceso de reforma constitucional que lleva hacia una nueva constitución, entre muchos otros. Si este panorama de ejemplos muestra diferentes tipos de cambios con diversas repercusiones, una adecuada reconstrucción teórica del derecho debería dar cuenta de ello³.

Al hablar de reconstrucción teórica se explicita la pregunta sobre cuál es la relación entre la presentación sistemática y el material a sistematizar. Cuestión que ha sido abordada desde distintas perspectivas con el propósito de intentar responder a un conjunto de problemas, dentro de los cuales destacan las cuestiones en torno a la unidad o identidad, membresía o pertenencia, existencia o condiciones verdad, estructura o relaciones internas y contenido o tipos de normas, entre otras⁴. Todos estos problemas resultan relevantes para una adecuada caracterización de los derechos positivos, sin embargo, en este trabajo, únicamente centro mi atención en cómo tres propuestas teóricas reconstruyen el cambio de los derechos positivos, es decir, cómo abordan la problemática de la identidad a través del tiempo.

Si bien en estos términos (identidad a través del tiempo) se alude a un problema filosófico de larga data que supera ampliamente las pretensiones de este trabajo, al menos, puedo asumir que, al intentar explicar cómo cambia el derecho a través del tiempo es necesario poner el énfasis en las nociones de identidad, cambio y tiempo.

La noción de “cambio” exige cierta continuidad a través del tiempo, de ahí su vinculación con la noción de “lo mismo” (identidad) y un análisis “diacrónico”

² Caracciolo 2000: 162. Si bien las expresiones “sistema jurídico”, “sistema normativo”, “orden jurídico” y “ordenamiento jurídico” no resultan equivalentes, generalmente, se opta por la primera de ellas en razón de su extendido uso. Una explicación de estas expresiones en: Bobbio 1960, Tarello 1979 y Gentile 2001.

³ Hablo de reconstrucción teórica porque, según Caracciolo (2000: 163), el carácter sistemático es el producto de una reconstrucción teórica-conceptuales de un material identificado previamente como derecho mediante un criterio conceptual.

⁴ La identificación y desarrollo de estos y otros problemas en: Kelsen 2011, Bobbio 1960, Raz 1980, Caracciolo 1988, Vilajosana 1997, Ferrer y Rodríguez 2011, y Navarro y Rodríguez 2014, entre otros.

(tiempo). Este análisis se relaciona principalmente con la identidad, al pretender establecer una existencia continuada a través del tiempo, es decir, explicar el cambio de una unidad a lo largo del tiempo. Por ende, en el plano diacrónico, la problemática de la “identidad” radica en los criterios que permiten distinguir qué modificaciones producen un cambio de sistema jurídico⁵.

En consecuencia, cuando este trabajo reconstruye los modelos de dinámica de los sistemas jurídicos (i) asume que ellos constituyen una reconstrucción teórica del derecho de los estados nacionales y (ii) centra su atención en cómo explican su identidad través del tiempo. Esto lo realiza mediante la explicitación de los criterios utilizados para presentar una unidad y dentro de ella diferenciar qué modificaciones producen cambios normativos a través del tiempo. Facilitando así la actividad de comparación entre los tres hitos.

3. La propuesta de Adolf Merkl

Esta propuesta tiene una fuerte vocación práctica, al menos, en el sentido de intentar entregar a los operadores jurídicos un instrumental teórico que facilite la identificación de los contenidos de un derecho nacional determinado: el austriaco. Su trabajo se sitúa en el plano del derecho nacional e intenta explicar la dinámica normativa en relación con el cambio de los estados y los cambios producidos en su interior. Así, las líneas que siguen se enfocan en reconstruir: la unidad del Estado y la dinámica interna dentro del mismo, con especial atención en los criterios que permiten identificar la unidad del derecho y las modificaciones que producen cambios dentro de este.

3.1. *La dinámica interestatal*

Adolf Merkl se enfrenta a cómo determinar la unidad jurídica del Estado austriaco a partir de los distintos conjuntos normativos que están relacionados con una individualidad histórico-política. Esto lo hace mediante la adopción de la siguiente relación: el carácter inmutable del Estado descansa sobre la unidad del derecho, de modo que, el reconocimiento de un solo Estado depende de la unidad del derecho. Por ende, si la identidad del Estado (su inmutabilidad) descansa en la unidad derecho, se debe explicar este último para dar unidad al primero⁶.

De esta manera, Merkl sugiere reconducir toda la diversidad y multiplicidad normativa del Estado (austriaco) a un denominador común, un vínculo con un principio o centro jurídico: la “Constitución en sentido material”. En otras palabras,

⁵ Vilajosana 1997: 20-26 y Caracciolo 2000:163.

⁶ Merkl 1987a: 151, 152 y 159.

el criterio de unidad del Estado, el elemento que permite entender la diversidad y la multiplicidad normativa de los subsistemas como un sistema jurídico nacional cerrado en sí mismo, radica en la posibilidad de reconducir todo a una Constitución en sentido material⁷.

El quid está en la expresión “en sentido material”, la cual alude a aquello que no es necesariamente parte de la Constitución, pero se sigue de ella, es decir, todas las nuevas situaciones jurídicas desarrolladas a partir de la Constitución son entendidas como posibilidades contenidas en ella que no afectan la unidad del derecho. Así, es posible que un mismo Estado conozca múltiples constituciones, que se realicen a ellas múltiples cambios e inclusive sustanciales y profundos, pero sin alterar la identidad del Estado, i.e., la unidad del derecho. Por ejemplo, no afectan necesariamente la identidad del Estado modificaciones presentadas como una renovación del Estado e inclusive, señala Merkl, el paso del absolutismo a la monarquía constitucional o de un gobierno constitucional a uno absolutista⁸.

A partir de lo anterior, Merkl sostiene que, cuando expresamente existe la posibilidad de modificar la Constitución, no es preciso hablar de “reformas constitucionales”, porque los cambios realizados en este contexto solo tienen un carácter formal, solo son variaciones de algunas disposiciones. Estas variaciones no alteran la Constitución, porque todas las posibles modificaciones están ya contenidas en ella, anticipadas en las cláusulas sobre la modificación, de manera que no constituyen el paso a una nueva constitución. Al momento de ser establecida, si la Constitución autoriza al legislador para realizar dichas variaciones, cuando estas se presentan ella no pierde su identidad⁹.

En estos casos, tanto la legislación constitucional como la ordinaria solo son implementación de la Constitución, es decir, constituyen órganos ejecutivos del constituyente cuyos productos descansan en la Constitución. Sus actos son solo actuaciones de la Constitución, en el sentido de realizaciones autorizadas por ella, ellas llevan a cabo las variaciones de las normas constitucionales autorizadas por la misma Constitución. De ahí que, sin autorización de la Constitución no es posible ninguna variación (modificación) constitucional¹⁰.

Dentro de esta construcción teórica, cada función estatal tiene un carácter tanto legislativo como ejecutivo, excluyendo solo a la creación de la Constitución (en la base) y los últimos actos de aplicación (en la cima). El carácter legislativo deriva del margen de discrecionalidad que detentan las autoridades y que está determinado en modo únicamente formal por la Constitución. Y el carácter ejecutivo deriva de su referencia a la Constitución, el hecho de estar vinculados a ella. Por ejemplo, el

⁷ Merkl 1987a: 157 y Merkl 1987b: 134.

⁸ Merkl 1987a: 158-159.

⁹ Merkl 1987a: 177-178 y Merkl 1987b: 137.

¹⁰ Merkl 1987b: 136.

carácter legislativo presenta sus mínimos en algunos tipos de actos administrativos y judiciales; mientras que su máximo en la ley¹¹.

Así, a partir de la Constitución en sentido material se desarrolla la dinámica normativa interna del Estado, porque es posible reconducir cada acto estatal a un único centro, es decir, a través de la Constitución, todo aquello que solo sería diversidad y multiplicidad sin un nexo, conforma una unidad. Esta última se funda entonces en el carácter inmodificable de la Constitución en relación con la legislación constitucional y ordinaria y establece la capacidad para disponer sobre las relaciones que se presentan entre los actos legislativos e infralegales legitimados por ella¹².

Según Merkl, el principio que establece que la ley más reciente ha modificado a la menos reciente deriva de una norma jurídica que establece la posibilidad de modificar el derecho positivo. Es la posibilidad de modificar (introducida en el derecho a través de la Constitución) la que permite afirmar el principio de *lex posterior derogat priori* y no es el caso que este principio consiente la modificación del derecho. Por lo mismo, la señalada unidad no está en el principio de *lex posterior*, sino en la Constitución, es ella la que admite atribuir a un único Estado normas diferentes y subsecuentes en el tiempo. *Lex posterior* no logra configurar esta unidad, porque carece de un principio jurídico de imputación que reconduzca la diversidad a un centro común¹³.

Por consiguiente, solo cuando se encuentran puntos de fractura que exigen realizar saltos conceptuales explicativos para concebir la unidad del derecho se produce una fractura en su unidad y, consecuentemente, en la unidad del Estado. Por ejemplo, *prima facie*, estos quiebres se presentan con modificaciones constitucionales no contempladas en la Constitución. Al apreciarse solo una transformación, una mera sucesión temporal sin vinculación con la norma constitucional, se da comienzo a una nueva Constitución, en el sentido de una nueva unidad jurídica, lo cual genera un nuevo Estado¹⁴.

Sin embargo, de acuerdo con Merkl, si bien es lógicamente imposible la modificación de una Constitución que calla sobre la posibilidad de su modificación, cuando una norma dictada en conformidad con ella establece la posibilidad de modificarla, esta debe ser entendida como una variación constitucional para no parecer una ilegalidad. Solo basta que el derecho haya sido elaborado en conformidad con la Constitución, o bien, que a través de actos de recepción sean considerados vigentes dentro del Estado, como en el caso del derecho preconstitucional y extranjero¹⁵.

¹¹ Merkl 1987a: 178 y Merkl 1987b: 144. Como sugiere Merkl (1987c: 119) «...entregar la autorización para aplicar el derecho significa conferir un poder volitivo, no una capacidad cognoscitiva».

¹² Merkl 1987b: 138 y Merkl 1987c: 119.

¹³ Merkl 1987a: 174-209.

¹⁴ Merkl 1987a: 177 y 180.

¹⁵ Merkl 1987a: 142 y 203.

En definitiva, la unidad del derecho se obtiene de la Constitución, ella representa la unidad jurídica y crea la unidad del Estado.

Al aceptar la Constitución como fuente suprema de cada vínculo jurídico dentro del ordenamiento no hay espacio para un factor vinculante externo y en la medida en que la multiplicidad normativa es reconducible a un centro común se muestra su unidad formal. La unidad del Estado en sentido jurídico incluye distintos fenómenos jurídicos, inclusive aquellos de formación estatal diversa cuando existe un acto de recepción que reivindique dichos fenómenos como propios¹⁶.

3.2. La dinámica intraestatal

Merkel sugiere realizar un análisis estructural de los subsistemas jurídicos con base en la noción de “forma de regulación”. Esta se sitúa dentro de la estructura del ordenamiento y captura los productos intermedios del proceso jurídico, en el sentido de centrar la atención en los procesos que conducen a la producción de otras formas de regulación. Las diferentes formas de regulación se encuentran al confrontar distintos periodos verticales de un ordenamiento jurídico, o bien, al realizar una revisión horizontal de un periodo determinado. Así, la propuesta de Merkel se decanta por una perspectiva dinámica del “sistema del proceso jurídico”¹⁷.

Esta propuesta no se realiza en abstracto, sino tomando en consideración la relación que se da entre la forma de Estado y las maneras en que dentro de este se regula o reglamenta. Por lo mismo, el análisis propuesto está centrado únicamente en el Estado Moderno de Derecho que reconoce instituciones parlamentarias, específicamente, en las formas de regulación que recorren históricamente este tipo de Estados y las regularidades que ellas presentan¹⁸.

Es a partir de las regularidades propias del Estado Moderno que se establecen las relaciones lógicas entre sus formas de regulación características, en concreto, las relaciones de supraordenación y subordinación. Estas son las que construyen la graduación entre las distintas formas de regulación, como si fuese un “edificio articulado en distintos niveles”, lo cual grafica la típica estructura horizontal y vertical del edificio¹⁹.

Los casos centrales de “regularidad” se sustentan en la relación que se presenta entre normas generales y normas individuales. Según Merkel, son normas generales las que establecen su observancia y aplicación para un número indeterminado de casos; en cambio, son individuales las que exige menos actos de observancia y,

¹⁶ Merkel 1987a: 135 y 206

¹⁷ Merkel 1987d: 3-10.

¹⁸ Merkel 1987d: 6-14 y 36. Merkel sostiene que no es su pretensión entregar una propuesta que englobe todas las formas de regulación de este tipo de Estados y tampoco que sea válida para todos los Estados de este tipo ni que comprenda la presentación del derecho internacional (1987d: 9-10).

¹⁹ Merkel 1987d: 7-10.

en consecuencia, admiten menos instancias de aplicación. A través de los diversos “actos estatales” se presenta una amplia variedad de formas de regulación, aunque no todas presentan la misma regularidad en relación con los actos individuales de aplicación, porque la noción de formas de regulación no predetermina el carácter general o individual del contenido de la norma²⁰.

Dentro de la construcción gradual, los fenómenos extremos son perfectamente generales, de un lado, y perfectamente individuales, del otro, pero todos los otros actos estatales constituyen una combinación de creación y aplicación del derecho, porque concretizan e individualizan en mayor o menor medida el material jurídico dado. Cada acto estatal, entonces, es una combinación de un factor subjetivo con uno objetivo. El primero es tanto más grande cuando más general y escaso es el contenido de la norma determinante; en cambio, cuanto más específico y rico de contenido es el fenómeno jurídico determinante, el factor subjetivo será menor. Se presenta así entre los distintos grados que integran el edificio escalonado actos de producción y de aplicación, mostrándose la «doble cara del derecho» (creación y aplicación en cada acto estatal)²¹.

Sin embargo, esto no debe ser pensado como una relación solo entre dos actos dentro de la serie continuada de actos estatales. Se debe admitir que, si el acto determinado es un caso de aplicación del derecho, al menos, el objeto mediato de la aplicación es el complejo de los actos que preceden al acto aplicativo y su objeto de aplicación inmediata puede ser no solo el acto inmediatamente precedente, sino también los actos aparentemente más distantes. Así, cada acto normativo de aplicación produce una nueva norma o complejo de ellas²².

Los distintos actos jurídicos pueden ser vinculados a un sistema jurídico solo cuando, y solo porque, entre ellos existe una relación unitaria, la cual consiste en que el acto determinado responde a las condiciones fijadas para su propia emanación en otro acto determinante, el cual puede ser la condición de una pluralidad de actos o solo uno de ellos. Así, se forma una serie de actos “determinantes” y “determinados” entre los cuales no todos presentan el mismo carácter. De ahí que la unidad intraestatal descansa en las relaciones lógicas recíprocas entre los distintos actos estatales y su respectiva variedad de formas de regulación²³.

Las normas y actos determinantes son aquellos que delinear la forma y el contenido de otras normas y actos jurídicos determinados por ellos. En consecuencia, estos últimos no deben presentar una manera diversa de aquella delineada por los primeros, porque los determinados no solo presuponen la existencia de los determinantes, sino que deben a ellos su validez. La secuencia entre determinantes y

²⁰ Merkl 1987d: 24.

²¹ Merkl 1987c: 107-108.

²² Merkl 1987d: 47-48

²³ Merkl 1987d: 34-35.

determinadas se presenta como una jerarquía de actos o secuencia de grados, en la cual los superiores posibilitan atribuir a determinados actos y sus productos el carácter de jurídicos. No obstante, el carácter superior de una norma solo se presenta en relación con aquella otra norma inferior que asume el carácter de norma jurídica por estar en conformidad con ella²⁴.

Cada uno de los grados de este “edificio articulado” no solo se desprende de las relaciones de dependencia recién presentadas, sino también a partir de otros criterios. Las relaciones jerárquicas se determinan por las condiciones jurídicas en que se funda la emanación de los actos (producción) y la fuerza jurídica atribuida a ellos (exclusión). Por ejemplo, será de un grado superior la norma que puede desplazar en su aplicación a otra y esta última no puede; mientras que, están en un mismo nivel aquellas que recíprocamente pueden producir su inaplicabilidad.

En cualquier caso, tanto las condiciones de producción como exclusión normativa deben ser indagadas en las exigencias establecidas en el propio derecho positivo. Por lo mismo, la construcción gradual del orden jerárquico puede variar según cuál sea el criterio elegido y, en consecuencia, la posición sistemática de las formas jurídicas varía en conformidad con los criterios de construcción elegidos. Al interior del mismo derecho estatal puede haber una pluralidad de escalas jurídicas con diversas posiciones en los grados²⁵.

No todo acto parcial del proceso jurídico forma un grado en la construcción, sino solo aquellos que no presentan vicios. Solo estos adquieren el carácter de jurídicos y, consecuentemente, se reconoce su pertenencia al derecho. La única vara de medida de los vicios de un acto son los actos superiores que lo determinan, es más, a partir de la idea de una relación funcional entre actos determinantes y actos determinados, la identificación de los actos determinados es alcanzable solo a través de los actos determinantes. Por ende, toda mínima diferencia en esta determinación es (o pueda ser) entendida como un vicio jurídico que tiene como consecuencia la nulidad del acto, en el sentido jurídico de su inexistencia²⁶.

Sin embargo, el propio derecho positivo evita esta consecuencia cuando establece figuras que atenúan o eliminan parte de los requisitos establecidos para los actos inferiores previendo o enmendando el acto viciado. Un acto viciado o nulo en relación con las normas superiores (que establecen requisitos de producción), a través de los medios de impugnación reconocidos por el ordenamiento, puede obtener su reconocimiento por vía jurisdiccional o administrativa. En estos casos el derecho renuncia a observar una parte (importante) de las normas superiores, al posibilitar el reconocimiento de actos que *prima facie* aparecen como viciados. Esta valoración de vicios corresponde a toda institución jurídica que (de otra manera)

²⁴ Merkl 1987d: 37-38 y Merkl 1987c: 111.

²⁵ Merkl 1987d: 39-43 y 51.

²⁶ Merkl 1987d: 49-51.

rebaja los requisitos establecidos por los actos superiores para los actos de nivel inferior. Aunque, admite Merkl, esto debe tener límites, porque si se confiere al juez un poder ilimitado de aplicación del derecho; entonces, también se le confiere un poder de no aplicarlo²⁷.

3.3. Breve recapitulación

Cualquier conocedor de la obra de Hans Kelsen se percatará de cuan influenciado está su trabajo por la propuesta merkliana. De ahí que este sea el primer eslabón en la reconstrucción teórica del carácter dinámico del derecho, porque el primer hito es marcado por Merkl, pero la difusión y expansión de muchas de sus ideas se debe a la propuesta kelseniana²⁸.

En relación con la noción de unidad es posible enfatizar las siguientes ideas: (i) la unidad está constituida por el Estado y esta descansa en la unidad del derecho, de ahí que sea presentada a través de criterio jurídicos; (ii) los criterios utilizados para determinar la unidad presentan dos funciones diversas, por un lado, la noción de Constitución en sentido material permite individuar el Estado y aglomerar como un todo las distintas manifestaciones normativas estatales y, por otro lado, la relaciones de supraordenación y subordinación permiten realizar una conexión interna entre dichas manifestaciones; y, en consecuencia, (iii) cuando se vulnera la Constitución material o tales relaciones, sin poder reconducir la vulneración, se presentan casos de surgimiento de un nuevo Estado o actuaciones ajurídicas.

A su vez, en relación con la noción de cambio a través del tiempo la determinación de los criterios de diferenciación resulta algo más complicada, porque la noción de Constitución en sentido material exige entender las variaciones o desarrollos normativos como ya contenidos en la Constitución; mientras que, la noción de las dos caras del derecho posibilita la creación y aplicación del derecho en cada acto estatal. De ahí que la noción de dinámica normativa no esté enfocada en el cambio del derecho a través del tiempo sino en cómo se produce el “movimiento normativo” dentro del derecho estatal moderno. Por consiguiente, al reconstruir la estructura y los desarrollos del derecho, no se problematiza una noción tiempo y el cambio solo se explica relación con las cuestiones de unidad²⁹.

²⁷ Merkl 1987d: 63-64 y 112-118.

²⁸ Sobre la influencia de A. Merkl en la obra de H. Kelsen ver, por ejemplo, Paulson 1986 y Paulson 2013.

²⁹ Quizá, esto es lo señalado por Raz cuando sugiere que los sistemas jurídicos kelsenianos no representan sistemas momentáneos, sino sistemas jurídicos continuos (desde su creación hasta un tiempo específico), en los cuales la jerarquía es horizontal: extendida durante un periodo (1980: 106-107).

4. La propuesta de Joseph Raz

En esta concepción, los sistemas jurídicos constituyen intrincadas redes de conexiones entre normas en sentido estricto o normas jurídicas (*legal norms*) y simplemente normas (*laws*). Las primeras son las normas dirigidas al comportamiento de los seres humanos que imponen deberes o confieren potestades; mientras que, las segundas aluden a la unidad básica en que un sistema jurídico está dividido. El carácter intrincado refiere a que un “sistema normativo” es un “sistema jurídico” solo si tiene cierto grado de complejidad, el cual se presenta a través de las necesarias relaciones internas existentes en cada sistema jurídico, las cuales constituyen su estructura interna³⁰.

El marcado carácter teórico de esta propuesta se aprecia en dos aspectos. Por un lado, entiende que una teoría de los sistemas jurídicos es prerequisite de cualquier definición adecuada de derecho. Una adecuada explicación del derecho sería el mejor punto de partida para la explicación del concepto ordinario de derecho, porque el concepto ordinario es clarificado a través de su desviación del concepto teórico. Y, por otro lado, la propuesta se desarrolla teniendo a la vista cuatro problemas (actualmente clásicos) que toda teoría de los sistemas jurídicos debe enfrentar: criterios de existencia del sistema, criterios de pertenencia al sistema, relaciones internas que estructuran el sistema y contenidos mínimos de todo sistema³¹.

Sin embargo, al igual que en el apartado anterior, para prestar mayor atención a los criterios que permiten explicar el cambio de una unidad (derecho) a lo largo del tiempo, las líneas que siguen se enfocan únicamente en la diferenciación entre: sistemas momentáneos (en adelante S_m) y sistemas no-momentáneos (en adelante S_{-m}), por capturar de mejor manera las relaciones entre unidad, cambio y tiempo.

Raz sostiene que los S_m son los sistemas de un “tiempo o momento particular”; en cambio, el S_{-m} incluye todas las normas válidas durante un “lapso o periodo de tiempo” que es más largo que uno momentáneo y menos largo que la duración total del sistema jurídico. Ambos serían una subclase de un sistema más amplio, porque todas las normas de los S_m y, también, todas las normas de los S_{-m} están contenidas en un sistema jurídico más amplio. Es posible que entre los sistemas (momentáneos y no momentáneos) se presente superposición e identidad entre sus normas, o bien, una completa diferenciación entre ellas, pero en ningún caso se presentará un momento en el cual algún sistema se encuentre vacío³².

³⁰ Raz 1980: 75 y 183.

³¹ Raz 1980: 1-2 y 115.

³² Raz 1980: 34-35.

4.1. *Sistemas no momentáneos*

Según Raz, la identidad de S-m está vinculada con la pregunta acerca de qué eventos interrumpen la existencia continua de un sistema jurídico provocando su desaparición y la creación de un nuevo sistema en su lugar. En otras palabras, bajo qué criterios se determina la pertenencia de dos o más sistemas momentáneos a un mismo sistema no momentáneo. Frente a esta pregunta sostiene que la identidad de los S-m depende de la identidad de las formas sociales a las que pertenecen, es decir, las consideraciones jurídicas no son condiciones necesarias o suficientes para establecer la continuidad de estos sistemas. Por lo mismo, el criterio de identidad de los S-m está determinado no solo por consideraciones jurisprudenciales o jurídicas (la creación de nuevas leyes originales, la pertenencia al sistema de normas que autorizan la creación de otras, la continuidad constitucional y el contenido de las leyes no autorizadas), sino también, y principalmente, por otras consideraciones pertenecientes a otras ciencias sociales³³.

Raz desarrolla estas consideraciones a través de la respuesta a dos preguntas en torno a la existencia y continuidad de los sistemas jurídicos: (i) ¿cuándo un sistema jurídico existe en determinada sociedad? y (ii) si asumimos que una sociedad está gobernada por un sistema jurídico ¿por cuál sistema es gobernada y qué sistema existente es este?³⁴

La respuesta a las preguntas se realiza a través de una doble prueba. De acuerdo con la primera o preliminar, todas las normas del sistema son relevantes, pero no todas igualmente relevantes. En su determinación se debe prestar atención a la obediencia del derecho tanto en el ámbito público como privado, junto con el uso realizado por la población de los poderes jurídicos y, en especial, atender al grado de conocimiento de las normas por parte de las personas y cuanta influencia ellas ejercen sobre su comportamiento. Por consiguiente, la prueba preliminar es solo una prueba de la eficacia general de los sistemas jurídicos, entendida esta en un sentido amplio³⁵.

La segunda prueba o de exclusión es utilizada cuando, a partir de la prueba preliminar, se constata que hay más de un sistema con eficacia general dentro de una sociedad determinada. Primero se determina su grado de compatibilidad, el cual depende de las formas sociales de organización de las que forman parte, porque cuando estas son del mismo tipo resultan incompatibles (sistemas estatales, religiosos o sociales) y, luego, solo corresponde aplicar la prueba de la exclusión cuando resultan incompatibles dos sistemas eficaces en una misma sociedad. Esta prueba se centra en la actitud y las acciones de las personas hacia un sistema en desmedro del otro. Su revisión se concentra en, por un lado, las intenciones de las personas al vio-

³³ Raz 1980: 187-189.

³⁴ Raz 1980: 205-206.

³⁵ Raz 1980: 206.

lar ciertos deberes y al ejercer o abstenerse de ejercer los poderes legales y, por otro lado, en la eficacia de las principales normas constitucionales y otras que poseen un carácter político a través de las actuaciones de los órganos centrales de aplicación y creación de normas. En definitiva, se considera como “existente” el sistema (S-m) que mejor se ubica dentro de esta prueba comparativa, lo cual no descarta la posibilidad de dejar casos sin repuesta por la equivalencia entre sistemas³⁶.

Estas otras consideraciones que determinan de identidad de los S-m aluden a la sociedad y ella debe ser entendida en un sentido amplísimo. Así, al vincular un sistema con una sociedad se quiere decir que: (i) las normas del sistema se aplican (en términos generales) solo a los actos realizados dentro de dicha sociedad y (ii) esta sociedad es el ámbito de aplicación del sistema si este logra pasar las citadas pruebas (preliminar y de exclusión). Sin embargo, se debe tener presente que la existencia efectiva de un sistema jurídico es más estrecha que su esfera de aplicación, por ejemplo, como ocurre en la descolonización o independencia. En cualquier caso, si bien un S-m siempre existe en un tiempo determinado, para aplicar las citadas pruebas se le exige un periodo mínimo de duración³⁷.

Por lo anterior, la estructura genética de un sistema jurídico se considera la estructura de los S-m, ya que ella explicita qué normas son o fueron válidas en un momento dado, junto con qué poderes de creación normativa disfrutaron los órganos en algún momento y cómo los sistemas experimentaron cambios durante su existencia. La estructura genética es esencial para comprender la estructura de S-m, porque entrega la estructura de los sistemas jurídicos existentes durante un período de tiempo³⁸.

4.2. *Sistemas momentáneos*

De acuerdo con Raz, el criterio de identidad de los Sm se puede formular como un conjunto de aserciones normativas, el cual es una completa descripción de un Sm solamente si (i) cada una de sus aserciones describe (parte de) el mismo Sm como todas las demás y (ii) cada aserción normativa que describe (parte de) el mismo Sm está implicada por ese conjunto. Formulación que presupone un criterio de membresía de los Sm³⁹.

En Raz, este criterio se sustenta en cierta visión de la naturaleza institucional del derecho y asume la identidad y las acciones de los órganos primarios de aplica-

³⁶ Raz 1980: 206-208.

³⁷ Raz 1980: 208.

³⁸ Raz 1980: 185.

³⁹ Raz 1980: 189. Con la locución “aserción normativa” Raz alude a las afirmaciones acerca del derecho que generalmente tienen la forma “p debe ser el caso” y su verdad depende de que en algún sistema jurídico una norma establezca que “p debe ser el caso”, es decir, una aserción es normativa, si y solo si, la existencia de una norma jurídica es una condición necesaria de su verdad (1980: 47-49).

ción normativa como el elemento central para determinar la membresía de un Sm. Por ende, la determinación de un mismo Sm depende de que el contenido de una aserción normativa describa un órgano primario de aplicación de la ley, porque el criterio descansa en los conceptos de: órganos primarios de aplicación de las normas y reconocimiento de una norma⁴⁰.

Los órganos primarios de aplicación de la norma son aquellos autorizados para decidir si el uso de la fuerza en ciertas circunstancias está prohibido o permitido por la ley. Estos pueden ser los órganos que ejecutan las sanciones, o bien, cuyas decisiones sobre la violación de normas, en ciertas circunstancias, constituyen una condición necesaria para la aplicación de sanciones⁴¹.

Al decidir si procede o no el uso de la fuerza determinan si en un caso hubo violación de una determina norma y reconocen además otras normas que permiten (o prescriben) el uso de la fuerza en la ejecución de una sanción y otras que en cambio prohíben su uso. En este proceso reconocen la existencia de otros órganos que aplican o crean normas, y la validez de sus acciones y de las normas que regulan sus acciones. De esta manera, los órganos primarios reconocen directa o indirectamente, explícita o implícitamente, todas las normas del Sm a través de la identificación de los distintos tipos de normas, las diferentes relaciones internas que presentan entre sí y los variados órganos involucrados en su creación y aplicación⁴².

A través de su actividad, los órganos primarios permiten diferenciar entre las normas reconocidas por ellos y las no reconocidas en virtud de no estar relacionadas con el uso de la fuerza u otra razón. Dentro de las reconocidas están aquellas en las cuales fundamentan su decisión y estas conformarían un sistema normativo determinado por el citado criterio de membresía. Un órgano reconoce una norma cuando, si se hubiera planteado la cuestión ante él, en el ejercicio adecuado de sus poderes habría actuado en conformidad con esa norma⁴³.

Según Raz, el reconocimiento se puede determinar con base en el comportamiento pasado del órgano y las actitudes y opiniones de la población y operadores jurídicos, entre otros factores. De ahí que, con independencia de su explicitación, sea posible identificar las razones consideradas por los órganos primarios en virtud de que, si las normas existen dentro de un sistema jurídico generalmente aceptado por una determinada población, los operadores jurídicos y la población esperan que el órgano primario reconozca ciertas normas, de manera que, si sus decisiones no entran en conflicto con ellas, se puede suponer que han actuado con base

⁴⁰ Raz 1980: 192. Según Raz (1980: 3), los rasgos centrales de un derecho son su carácter normativo (sirve como medio para motivar el comportamiento humano), institucionalizado (su aplicación y modificación es realizada o regulada por instituciones) y coercitivo (su obediencia y aplicación están internamente garantizadas, en última instancia, por el uso de la fuerza).

⁴¹ Raz 1980: 192 y 194.

⁴² Raz 1980: 193.

⁴³ Raz 1980: 194-195.

en ellas. Afortunadamente, en los derechos modernos, la exigencia de motivar sus decisiones, recaída sobre los órganos primarios, facilita la actividad identificación del sistema (Sm) conformado por las normas reconocidas por el órgano primario⁴⁴.

Del hecho de que la membresía dependa del actuar de los órganos primarios, no se sigue que ellos creen todas las normas, sino únicamente que su actuar posibilita reconocer las normas y determinar su pertenencia a determinados Sm. Por ende, si hay casos en que los órganos primarios pueden crear nuevas normas y aplicarlas, la distinción entre normas que existen antes de su reconocimiento por los órganos primarios y las normas creadas y aplicadas por ellos pierde relevancia para el criterio de membresía. Sin desconocer los casos en que una norma es creada por una persona o grupo que no estaba autorizado por otra norma para crearla e igualmente es aplicada por los órganos primarios⁴⁵.

Las normas que confieren poderes inciden en el criterio de membresía, porque su reconocimiento implica aceptar todas las normas creadas en el ejercicio de los poderes conferidos por ella. Sin embargo, para Raz, el reconocimiento de las normas creadas por la autoridad requiere que los órganos primarios hayan reconocido previamente a las normas que confieren los poderes para dictarlas. Inclusive, sostiene que el reconocimiento que realiza un órgano primario de las normas que crean otro órgano primario refuerza la suposición de que el primer órgano reconocerá todas las normas reconocidas por el segundo, sin mediar una relación de implicación⁴⁶.

Esta propuesta raziana de membresía de los Sm se sustenta en el comportamiento efectivo de los órganos primarios de aplicación de normas y se realiza a la luz de consideraciones normativas, i.e., a través de un criterio jurisprudencial se entrega la respuesta a la existencia de las normas en un Sm, las normas pertenecen al sistema no por otras normas que exigen su aplicación, sino en virtud de haber sido reconocidas por los órganos primarios. Por consiguiente, la comprensión de los Sm se revela a través de la estructura operativa del sistema, la cual está centrada en los efectos de las normas existentes en un momento dado y no en su creación. Esta estructura operativa está preocupada por el efecto de las normas mientras existan, principalmente, respecto de las relaciones punitivas y regulativas⁴⁷.

⁴⁴ Raz 1980: 195-196.

⁴⁵ Raz 1980: 195-196.

⁴⁶ Raz 1980: 196.

⁴⁷ Raz 1980: 185-200. Las relaciones punitivas son un tipo de relación interna entre normas que establecen deberes y normas que establecen sanciones. Los deberes que no están respaldados por sanciones son secundarios y presuponen la existencia de deberes respaldados por sanciones. Son relaciones regulativas las relaciones internas entre normas de obligaciones y normas prescriptivas en el sentido de que la primera existe en razón de la existencia de la segunda, pero la aplicación de esta última está regulada por la primera y, también, es regulativa la relación entre normas que confieren poderes para regular la aplicación de ciertos deberes y las normas de deber que están en la aplicación que ellas regulan (Raz 1980: 155, 162 y 185).

4.3. Breve recapitulación

Por un lado, J. Raz es el segundo eslabón en la reconstrucción teórica del carácter dinámico del derecho, porque su propuesta sobre los sistemas jurídicos tiene una fuerte influencia kelseniana. A modo de ejemplo, Raz reconoce en Kelsen: (i) enfatizar la posibilidad de capturar la naturaleza del derecho a través de la noción de sistema; (ii) intentar entregar una explicación completa del concepto de sistema jurídico; (iii) diferenciar entre normas originales y derivadas; (iv) considerar el uso de las sanciones coercitivas para entender el derecho como una técnica de control social; (v) explicitar la relevancia de la relación entre los deberes y las sanciones; y (vi) diferenciar entre relaciones genéticas y operativas a partir de la distinción entre teorías estáticas y dinámicas del derecho, entre otras⁴⁸. Y, por otro lado, a partir de su distinción entre sistemas momentáneos y no momentáneos e imprecisa caracterización de las relaciones de inclusión y/o pertenencia, Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin distinguen entre orden jurídico y sistema jurídico vinculados mediante la relación pertenencia, la cual ha tenido en nuestra tradición una difusión y desarrollo muchísimo mayor que la propuesta raziana⁴⁹.

En relación con la noción de unidad se enfatiza la distinción entre S_m y $S_{\neg m}$. Por un lado, en el caso $S_{\neg m}$ el criterio de unidad depende de consideraciones de orden social vinculadas con la obediencia, el uso y el conocimiento del derecho por parte de la población (eficacia general) y el grado de transgresión y ejercicio de los derechos por la población, junto con el nivel de eficacia de las normas constitucionales y políticas por parte de los órganos centrales de creación y aplicación del derecho. Y, por otro lado, el criterio de unidad de S_m es de carácter jurisprudencial y determina que normas pertenecen a los S_m a partir de su reconocimiento por parte de los órganos primarios de aplicación de las normas.

El cambio a través del tiempo se determina de manera diversa. El $S_{\neg m}$ se presenta durante un periodo de tiempo y la determinación de este se establece con base en la presencia o ausencia de las citadas consideraciones de orden social, de manera que, la extensión temporal de un $S_{\neg m}$ descansa en la presencia de los criterios señalados, los cuales al dejar de presentarse darían origen a un nuevo $S_{\neg m}$.

En cambio, en los S_m es el momento o instante temporal elegido el que determina que normas lo integrarán con base en el citado criterio jurisprudencial elaborado por los órganos primarios, de modo que, la variedad de S_m que pueden integrar un $S_{\neg m}$ depende de los diversos momentos que sean seleccionados y no de una actividad interna del sistema. De ahí que la dinámica normativa esté centrada parcialmente en el cambio del derecho a través del tiempo, porque los S_m están enfocados desde la selección de un intervalo temporal hacia las normas reconocidas

⁴⁸ Raz 1980: 2, 4, 66, 89, 90, 135 y 184.

⁴⁹ Sobre la influencia de J. Raz en la obra de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin ver, por ejemplo, Alchourrón y Bulygin 1976, Moreso 1997a, Ferrer y Rodríguez 2011 y Navarro y Rodríguez 2014.

en ese momento por los órganos primarios; mientras que, los S-m se enfocan desde los cambios sociales hacia la determinación de lapso o periodo de tiempo de su duración. Sin embargo, al igual que la propuesta anterior, en ninguno de los dos casos se problematiza o desarrolla una noción tiempo⁵⁰.

5. La propuesta AGM

Los trabajos sobre revisión de creencias constituyen un terreno de investigación interdisciplinario relativamente reciente y nutrido por los aportes provenientes de la epistemología, la lógica, la inteligencia artificial y la psicología cognitiva. Este joven campo de investigación, reconocido como una materia por sí misma desde mediados de la década de lo 80', surge a partir de la convergencia de dos tradiciones. Por una parte, los estudios provenientes del área informática comienzan a confeccionar modelos más sofisticados de actualización de base de datos a partir de los desarrollos en materia de inteligencia artificial. En esta línea destacan los trabajos de Jon Doyle (1979) sobre "sistemas de mantenimiento de verdad" y la contribución teórica de Ronald Fagin, Jeffrey Ullman y Moshe Verdi (1983), quienes introdujeron la noción de prioridades de la base de datos⁵¹. Y, por otra parte, aquellos trabajos filosóficos encaminados a determinar criterios de racionalidad para la revisión de creencias. Una serie de estudios realizados por Isaac Levi (1967) (1977) (1980) y William Harper (1976) han marcado una decisiva influencia en el desarrollo de la dinámica de creencias, al sentar sus bases conceptuales, proporcionando un conjunto de preocupaciones y un marco formal básico. A continuación, mediante su axiomatización, dichas bases son consolidadas en el trabajo conjunto realizado por Carlos Alchourrón, Peter Gärdenfors y David Makinson (1985), quienes presentan la teoría AGM sobre dinámica de creencias, proporcionando un marco formal mucho más general y versátil para su estudio⁵².

En un primer momento, Alchourrón y Makinson (1981) estaban preocupados por la pluralidad de resultados producidos en la derogación normativa y trabajaban en la búsqueda de los principios generales que guiaran una determinación formal de la familia completa de posibles derogaciones; luego, en una segunda etapa (1982), adoptando un enfoque más amplio, generalizan la noción de derogación por contracción para un conjunto arbitrario de enunciados desde donde se pretende eliminar un elemento o consecuencia indeseada.

Por iguales fechas, motivado por la búsqueda de una fundamentación sin compromisos ontológicos con los mundos posibles para la lógica de condicionales,

⁵⁰ Una visión similar en Vilajosana 1997: 115.

⁵¹ Hansson 1999: 3.

⁵² Cresto 2002: 134 y Fermé 2007: 17.

Gärdenfors (1978) trabajaba en la elaboración de postulados de racionalidad sintáctica para las operaciones de revisión y contracción. Así, la teoría AGM es reflejo del trabajo individual y conjunto de sus autores: contiene las propuestas de racionalidad sintáctica elaboradas por Gärdenfors (con algunas modificaciones), la noción de contracción trabajada por Alchourrón y Makinson y, además, introduce la noción de “*partial meet contraction*”, como fruto del trabajo conjunto⁵³.

5.1. *Nociones generales*

Una teoría de revisión de creencias constituye una representación idealizada del conocimiento y de las creencias que un agente detenta en un momento determinado. Su carácter idealizado es simplificado porque no considera algunas complejidades de la vida real para, al menos, lograr algún grado de entendimiento⁵⁴.

Para modelar el razonamiento humano es necesario determinar un lenguaje y definir un conjunto de reglas. El lenguaje representa el conocimiento del agente y las reglas permiten derivar nuevas conclusiones de su conocimiento. Además, es necesario optar entre caracterizarlo a través de sistemas “formales estáticos” o “dinámica del conocimiento”.

Los primeros no receptionan entradas de información externa y están compuestos por axiomas y reglas de inferencia a partir de las cuales se obtienen nuevas conclusiones; en cambio, los segundos intentan determinar cómo quedan actualizadas las creencias de un agente racional después de recibir algún tipo de información externa. En este segundo grupo están las “teorías de revisión de creencias”, destinadas a dar instrucciones sobre cómo debe cambiar un conjunto de creencias cuando se enfrenta con una nueva información y así caracterizar las actitudes epistémicas de un agente racional⁵⁵.

La primera elección está en presentar las creencias de un modo proposicional, es decir, la información contenida y las entradas epistémicas son representadas por oraciones o enunciados. Generalmente, para formular las oraciones se opta por un lenguaje L basado en la lógica de primer orden y cerrado bajo aplicación de las conectivas veritativo-funcionales de \neg (negación), \wedge (conjunción), \vee (disyunción), \rightarrow (implicación) y \leftrightarrow (equivalencia). En la representación de las posibles oraciones en L se emplean letras minúsculas griegas (ϕ, χ, ψ, ω) y para expresar fórmulas atómicas en L se utilizan letras minúsculas latinas (p, q, r, s). A ambos tipos es posible aplicar las constantes oracionales de verdad o falsedad. Esta es una primera elección porque las creencias pueden ser representadas también bajo un modelo bayesiano o de mundos posibles⁵⁶.

⁵³ Carnota y Rodríguez 2006: 19-21.

⁵⁴ Falappa 1999: 3, Hansson 2007: 44 y Fermé 2007: 19.

⁵⁵ Falappa 1999: 1-2, Luna 2001: 24 y Cresto 2002: 134.

⁵⁶ Gärdenfors 1992: 5 y Hansson 1999: 5-10.

Aquello sobre lo cual recae el cambio de creencias se representa a través de la letra \mathbf{K} y se considera que se encuentra cerrado bajo consecuencia lógica, i.e., está integrado no solo por las creencias explícitamente introducidas, sino también por todo aquello que se sigue lógicamente de dichas creencias. La clausura lógica es expresada mediante el operador de consecuencia C_n , de forma tal que, para cualquier conjunto K de creencias $C_n(K)$ es el conjunto de creencias que se siguen lógicamente desde K , y un elemento implicado por K se representan mediante $K \vdash \alpha$, siendo notaciones intercambiables $\alpha \in C_n(A)$ y $K \vdash \alpha$, es decir, $C_n(K) = \{\alpha: K \vdash \alpha\}$. De acuerdo con Hansson (1999, 11), este punto ha sido clarificado por Levi cuando sostiene que los individuos están doxáticamente comprometidos a creer en todas las consecuencias lógicas de sus creencias, pero típicamente su actuar no es acorde con dicho compromiso. Esta es una segunda elección porque la idea de cierre bajo consecuencia lógica es una característica de los conjuntos de creencias y no de las bases de creencias⁵⁷.

5.2. *El conjunto de creencias*

Para una teoría AGM el estado epistémico de un agente está representado por el conjunto de oraciones de L que el agente acepta, al cual se le denomina conjunto de creencias \mathbf{K} , debiendo ser lógicamente consistente y estar cerrado bajo consecuencia lógica, con lo cual \mathbf{K} es idéntico al conjunto de todas sus consecuencias lógicas $C_n(\mathbf{K})=\mathbf{K}$. Como consecuencia del cierre lógico \mathbf{K} contiene todas las oraciones tautológicas de L (que se deducen del conjunto vacío de premisas) y cuando presenta una contradicción el conjunto de creencias pasa a ser idéntico a L ⁵⁸.

Un estado epistémico está “en equilibrio” cuando no contiene creencias contradictorias o inconsistentes entre sí, i.e., cuando satisface criterios de racionalidad. Si una entrada epistémica externa contradice a un estado epistémico en equilibrio, este necesita ser evaluado y modificado para recuperar el estado de equilibrio. Esta cuestión es uno de los problemas centrales de una teoría de revisión de creencias, dado que las consideraciones lógicas no son suficientes para su determinación. De ahí que ella genere mecanismos de decisión que ayudan a determinar qué creencias serán retiradas. Sin olvidar que las creencias abandonadas tienen consecuencias lógicas, de modo que, igualmente, se debe determinar cuáles consecuencias se conservan y cuáles se pierden⁵⁹.

Si bien el lenguaje natural permite expresar diversos estados epistémicos, al considerar una gran cantidad de ellos se aumenta el poder de expresividad, realismo y aplicación del sistema, pero se limita o imposibilita su tratamiento teórico. De ahí que

⁵⁷ Gärdenfors 1992: 5, Hansson 1999: 9-10 y Falappa 1999: 24.

⁵⁸ Cresto 2002: 137.

⁵⁹ Gärdenfors 1992: 1, Falappa 1999: 4, Fermé 2007: 19 y Ferrer y Rodríguez 2011: 108.

esta tensión haya inclinado a los autores a sacar el mayor provecho posible de tres estados epistémicos básicos en materia de cambio de creencias: aceptada, rechazada o indeterminada antes de introducir alguna complejidad al modelo. A partir de dichos estados epistémicos surgen cambios en el conjunto de creencias y, en una teoría AGM, estos pueden tener la forma de expansión (+), contracción (-) o revisión (*)⁶⁰.

A través de la “expansión” una nueva proposición u oración ϕ (consistente con el conjunto dado) se incorpora al conjunto \mathbf{K} ($\mathbf{K}+\phi$). Esto se efectúa realizando la clausura deductiva de \mathbf{K} unión $\{\phi\}$, es decir, $\mathbf{K}^+_{\phi} = \text{Cn}(\mathbf{K}\cup\{\phi\})$, y es caracterizado mediante los siguientes postulados: (i⁺) \mathbf{K}^+_{ϕ} es un conjunto de creencias; (ii⁺) $\phi \in \mathbf{K}^+_{\phi}$; (iii⁺) $\mathbf{K} \subseteq \mathbf{K}^+_{\phi}$; (iv⁺) Si $\phi \in \mathbf{K}$, entonces $\mathbf{K}^+_{\phi} \subseteq \mathbf{K}$; (v⁺) $\mathbf{K} \subseteq \mathbf{H}$, entonces $\mathbf{K}^+_{\phi} \subseteq \mathbf{H}^+_{\phi}$; y (vi⁺) para todo \mathbf{K} y toda oración ϕ , \mathbf{K}^+_{ϕ} es el conjunto más pequeño que satisface (i⁺) – (v⁺)⁶¹.

En la “contracción” se remueve una oración ϕ del conjunto \mathbf{K} ($\mathbf{K}-\phi$), pero el problema está en que existen diferentes maneras alternativas de eliminar elementos de un conjunto cerrado bajo consecuencia lógica, de ahí la importancia del adecuado criterio de selección. Un primer paso está en determinar el conjunto remanente $\mathbf{K}\perp\phi$ de la contracción de \mathbf{K} por ϕ . Así, un elemento ψ pertenece al conjunto de remanentes $\mathbf{K}\perp\phi$, si y solo si, dicho elemento es un subconjunto del conjunto de creencias ($\psi \subseteq \mathbf{K}$), de modo que, el elemento rechazado no pertenece al conjunto de consecuencias lógicas de ψ ($\phi \notin \text{Cn}(\psi)$). El conjunto remanente de $\mathbf{K}-\phi$ es el conjunto de todos los subconjuntos maximales de \mathbf{K} que no implican ϕ ⁶².

De ahí que, definido el conjunto remanente en la manera anterior como un punto de referencia, se presentan distintas opciones de contracción: *maxichoice contraction*, *full meet contraction* y *partial meet contraction*. La primera consiste en identificar la contracción con cada uno de los elementos del conjunto de remanentes, de forma tal que, \mathbf{K}^-_{ϕ} es algún subconjunto maximal de \mathbf{K} que no implica ϕ , para lo cual se utiliza una función de selección fs tal que $fs(\mathbf{K}\perp\phi) \in \mathbf{K}\perp\phi$, estipulando $\mathbf{K}^-_{\phi} = fs(\mathbf{K}\perp\phi)$. Esta sería una manera poco cautelosa de contraer, porque fuerza a escoger siempre un elemento de $\mathbf{K}\perp\phi$ con independencia de las razones que tenemos para ello. A su vez, la segunda consiste en la contracción de la intersección total o plena $\mathbf{K}^-_{\phi} = \bigcap(\mathbf{K}\perp\phi)$, caso en el cual el agente debe ser demasiado cauteloso en todas las circunstancias, v.gr., $fs(\mathbf{K}\perp\phi) = \mathbf{K}\perp\phi$ para cada $\phi \notin \text{Cn}(\emptyset)$ donde fs es determinada a través de delimitar la identidad mediante la relación total sobre $\bigcup_{\phi}(\mathbf{K}\perp\phi)$ ⁶³.

Así, la tercera opción (*partial meet contraction*) es la contracción de intersección parcial sustentada en una función de selección que escoge un conjunto de elementos a través de la intersección sobre un subconjunto del conjunto de remanentes, es decir, la contracción no es sobre algún elemento de $\mathbf{K}\perp\phi$ sino sobre un subconjunto

⁶⁰ Falappa 1999: 5-7 y Cresto 2002: 135-143.

⁶¹ Alchourrón, Gärdenfors y Makinson 1985: 510 y Cresto 2002: 138.

⁶² Alchourrón, Gärdenfors y Makinson 1985: 510 y Cresto 2002: 139.

⁶³ Alchourrón, Gärdenfors y Makinson 1985: 512 y 525 y Cresto 2002: 140-143.

de $\mathbf{K} \perp \phi$. La función de selección (fs) elige aquellos elementos de $\mathbf{K} \perp \phi$ que son los más importantes, de modo que, la contracción \mathbf{K}^-_{ϕ} contiene las oraciones que son comunes a los elementos seleccionados de $\mathbf{K} \perp \phi$. Dicha función de selección (fs) se define como: si $\mathbf{K} \perp \phi$ es no vacío, entonces $fs(\mathbf{K} \perp \phi)$ es un subconjunto no vacío de $\mathbf{K} \perp \phi$, y si $\mathbf{K} \perp \phi$ es vacío, entonces, $fs(\mathbf{K} \perp \phi) = \{\mathbf{K}\}$. Por ende, la contracción de intersección parcial sobre \mathbf{K} generada por fs es la operación $-fs$ tal que, para toda oración ϕ : $\mathbf{K}^-_{\phi} = \mathbf{K} - fs\phi = \cap fs(\mathbf{K} \perp \phi)$. Esta tercera estrategia incluye como casos especiales las dos primeras posibilidades⁶⁴.

En este último escenario los postulados de una operación de contracción son: (i⁻) clausura, \mathbf{K}^-_{ϕ} es un conjunto de creencias; (ii⁻) inclusión, $\mathbf{K}^-_{\phi} \subseteq \mathbf{K}$; (iii⁻) vacuidad, si $\phi \notin \text{Cn}(\mathbf{K})$, entonces $\mathbf{K}^-_{\phi} = \mathbf{K}$; (iv⁻) éxito, si $\phi \notin \text{Cn}(\emptyset)$, entonces $\phi \notin \text{Cn}(\mathbf{K}^-_{\phi})$; (v⁻) preservación, si $\text{Cn}(\phi) = \text{Cn}(\psi)$, entonces $\mathbf{K}^-_{\phi} = \mathbf{K}^-_{\psi}$; y (vi⁻) recuperación, si $\mathbf{K} \subseteq \text{Cn}((\mathbf{K}^-_{\phi}) \cup \{\phi\})$ si \mathbf{K} es un conjunto de creencias. Se termina de configurar la contracción de selección parcial atribuyendo a la función de selección las propiedades de ser relacional y transitiva. La primera se da cuando existe una relación \subseteq tal que para toda oración ϕ , si $\mathbf{K} \perp \phi$ es no vacío, entonces $fs(\mathbf{K} \perp \phi) + \{\psi \in \mathbf{K} \perp \phi \mid \chi \subseteq \psi \text{ para todo } \chi \in \mathbf{K} \perp \phi\}$ y la segunda representa una condición racional para las preferencias $\chi \subseteq \psi$ y $\psi \subseteq \phi$, entonces $\chi \subseteq \phi$. Estas propiedades establecen nuevos postulados: (vii⁻) $(\mathbf{K}^-_{\phi}) \cap (\mathbf{K}^-_{\psi}) \subseteq \mathbf{K}^-(\phi \wedge \psi)$; y (viii⁻) $\mathbf{K}^-(\phi \wedge \psi) \subseteq \mathbf{K}^-_{\phi}$ si $\phi \notin \mathbf{K}^-(\phi \wedge \psi)$ para \mathbf{K} . En su formulación más completa, un operador cumple los ocho postulados mencionados, si y solo si, es un operador de contracción de intersección parcial basado en una función de selección transitivamente relacional⁶⁵.

Una operación de “revisión” consiste en la incorporación a \mathbf{K} de una oración ϕ que es inconsistente con el conjunto \mathbf{K} , porque este último contiene $\neg\phi$. Primero se debe retirar el elemento en conflicto $\neg\phi$ con la nueva información mediante una contracción y, luego, expandir \mathbf{K} en ϕ ($\mathbf{K}^*\phi$). A través de la identidad propuesta por Levi, $\mathbf{K}^*\phi = \text{Cn}((\mathbf{K} - \neg\phi) \cup \{\phi\})$, es posible representar la operación de revisión como dos suboperaciones: (i) contraer \mathbf{K} por la negación de ϕ y obtener, si es posible, un subconjunto \mathbf{K} consistente con el enunciado ϕ ; y (ii) expandir el conjunto remanente $\mathbf{K} \perp \neg\phi$ por el nuevo enunciado ϕ . Esta identidad entre contracción y revisión descansa en la función elegida (fs) y la señalada operación de consecuencia (Cn). Por consiguiente, no es necesario desarrollar postulados independientes para una operación de revisión de los señalados previamente para la contracción, a saber: (i^{*}) \mathbf{K}^*_{ϕ} es un conjunto de creencias; (ii^{*}) $\phi \in \mathbf{K}^*_{\phi}$; (iii^{*}) si $\neg\phi \notin \text{Cn}(\mathbf{K})$, entonces $\mathbf{K}^*_{\phi} = \text{Cn}(\mathbf{K} \cup \{\phi\})$; (iv^{*}) si $\neg\phi \notin \text{Cn}(\emptyset)$, entonces \mathbf{K}^*_{ϕ} es consistente bajo Cn ; (v^{*}) si $\text{Cn}(\phi) = \text{Cn}(\psi)$, entonces $\mathbf{K}^*_{\phi} = \mathbf{K}^*_{\psi}$; y (vi^{*}) si $(\mathbf{K}^*\phi) \cap \mathbf{K} = \mathbf{K} - \neg\phi$, si \mathbf{K} es un conjunto de creencias⁶⁶.

⁶⁴ Alchourrón, Gärdenfors y Makinson 1985: 512.

⁶⁵ Alchourrón, Gärdenfors y Makinson 1985: 513-515 y Cresto 2002: 140-143.

⁶⁶ Alchourrón, Gärdenfors y Makinson 1985: 510-512 y Cresto 2002: 135-143 y Fermé 2007: 25.

En definitiva, se puede constatar que las funciones que modelan los tipos de cambio de un conjunto de creencias intentan en gran medida efectuar el cambio más pequeño posible que sea suficiente para cumplir con el objetivo de las expansión, contracción o revisión, junto con intentar mantener la consistencia del conjunto⁶⁷.

5.3. Breve recapitulación

La teoría AGM es el tercer eslabón en la reconstrucción teórica del carácter dinámico del derecho, como sugiere Moreso (1997a: 163), «la dinámica jurídica (los cambios en el derecho como resultado de la promulgación y derogación de normas) puede contemplarse como un caso especial de la dinámica del conocimiento». Además, esta teoría muestra una clara influencia de los trabajos de Alchourrón y Bulygin, desde el surgimiento de sus inquietudes a partir del conocido problema de la indeterminación lógica de los sistemas hasta algunas de sus herramientas de gestión como la ordenación y n-tupla, pasando por la equivalencia entre los siguientes pares de términos expansión-promulgación, contracción-derogación y revisión-enmienda y su impacto en el cambio⁶⁸.

Como señalan Navarro y Rodríguez (2014: 219), pese a sus desarrollos e impacto en diferentes áreas del conocimiento, las teorías de cambio de creencias no han regresado a cuestiones de dinámica jurídica. Aunque, en el último tiempo, comienzan a surgir trabajos en esta línea, los cuales se decantan por un modelo de “base de creencias” frente a los “conjunto de creencias”, siendo los primeros desarrollos del tercer hito en la reconstrucción del carácter dinámico del derecho⁶⁹.

En relación con la noción de unidad se enfatiza la idea de un conjunto de creencias representadas a través de un lenguaje L basado en la lógica de primer orden. El conjunto se integra por oraciones o proposiciones junto con sus fórmulas atómica y moleculares elaboradas a partir del uso de conectivas veritativo-funcionales. El conjunto de creencias \mathbf{K} está cerrado bajo consecuencia lógica $Cn(\mathbf{K})$ y, como se busca el equilibrio epistémico entre sus creencias, la teoría genera mecanismos de decisión para determinar qué creencias deben ser retiradas. De ahí que el cambio no se determine a través del tiempo, sino mediante los cambios que puede sufrir el conjunto de creencias mediante su expansión, contracción o revisión y, solo una vez se produce una de estas operaciones, estar frente a un nuevo o actualizado conjunto de creencias, sostener que se esta ante un tiempo diverso. Finalmente, al igual que en las propuestas anteriores, la noción de tiempo no es abordada.

Es interesa explicitar como a través de los postulados de la revisión señalan la equivalencia entre una ordenación y *maxichoice contraction* en relación con las creencias.

⁶⁷ Cresto 2002: 138.

⁶⁸ Sobre indeterminación lógica ver Alchourrón y Bulygin 1977, respecto de ordenación Alchourrón y Makinson 1981 y sobre tipos de cambios Alchourrón y Bulygin 1979.

⁶⁹ Esto alude a los trabajos de Ferrer y Rodríguez 2011 y Navarro y Rodríguez 2014.

6. A modo de conclusión

Esta esquemática revisión de tres hitos centrales de la reconstrucción del carácter dinámico del derecho permite obtener conclusiones de distinta índole vinculadas con sus propósitos: (i) explicitar la manera en la cual conciben la dinámica jurídica; a partir de ello, (ii) sugerir cómo se relacionan entre sí; y (iii) explicar el cambio de una unidad a lo largo del tiempo.

En un sentido genealógico, sería posible hablar de una teoría de la dinámica de los sistemas jurídicos. A partir de la presentación sinóptica de tres propuestas teórico-conceptuales que constituyen hitos en la reconstrucción de la dinámica jurídica, se logró explicitar cómo se relacionan entre sí cada uno ellos, pese a ser tres maneras claramente distintas de presentar la dinámica jurídica. Las propuestas se han desarrollado de manera concatenada y sucesiva en los últimos cien años desde A. Merkl a J. Raz mediados por H. Kelsen y desde Raz a AGM a través de C. Alchourrón y E. Bulygin.

A partir de su presentación es posible apreciar importantes diferencias entre las propuestas. Probablemente, las principales están en las unidades analizadas y, consecuentemente, los criterios del cambio, por ejemplo, la principal unidad es caracterizada a través de nociones tan diversas como Estado, S-m y conjunto de creencias, lo cual deriva en disímiles criterios de cambio. Asimismo, si el carácter dinámico del derecho implica explicar sus cambios a través del tiempo, las propuestas revisadas conciben estos de maneras claramente distintas, una centrada en cómo se distribuyen los distintos tipos de normas en el ordenamiento, otra enfocada en las distintas maneras de seleccionar partes de un sistema jurídico y la última dedica a racionalizar los diferentes procesos de cambio⁷⁰.

Resulta curioso constatar que, si bien en una reconstrucción del carácter dinámico del derecho la noción de “tiempo” debiese tener un papel preponderante, todas las propuestas le entregan un rol secundario o terciario al momento de realizar una reconstrucción teórica de la dinámica normativa. Las propuestas comparten así una nula permeabilidad a las ideas sobre el tiempo vinculadas con su mejor explicación, como es la física, o bien, algunas consideraciones filosóficas de sobre ella. Así, en las tres propuestas la noción de tiempo constituye un presupuesto no controvertido y, quizá, entendida en su sentido aristotélico como “la unidad de medida usadas para describir los cambios”⁷¹.

Finalmente, considero que es posible derivar una cuestión adicional. Una imagen “estática” del nivel estatal o S-m oculta en su “dinámica” interna. Una explicación

⁷⁰ Esto se podría complementar con, al menos, dos similitudes entre las propuestas no completamente explicitadas en esta reconstrucción como son: (i) aceptar la distinción entre elementos formulados y derivados; y (ii) la admisión de las consecuencias lógicas de sus elementos.

⁷¹ Una revisión histórica de la noción de tiempo en la filosofía en Bardón 2013.

sincrónica de un orden estatal o $S\text{-}m$ generalmente incluye, o debe incluir, rasgos diacrónicos de la dinámica intraestatal o Sm , porque solo de esta manera se muestra la diversidad de elementos que están integrados dentro de los primeros. Por ejemplo, si una revisión sincrónica de un $S\text{-}m$ abarca un amplio lapso, esta puede incluir una gran cantidad de Sm , junto con explicitar qué cambios producen un cambio de $S\text{-}m$ ⁷². Por lo mismo, la distinción entre sincrónico y diacrónico debe ser matizada y evitar su equiparación con un análisis estático (sincrónico) y dinámico (diacrónico), porque esta nomenclatura oculta el hecho de que la dinámica de los niveles inferiores está presente en la estática de los superiores. Esta última cuestión puede ser clarificada con el ejemplo utilizado por Ludwig Boltzmann para explicar su arribo a la noción matemática de entropía:

Todos nosotros vemos el agua de un vaso como los astronautas ven la Tierra desde la Luna: como un tranquilo brillo azulado. De la exuberante agitación de la vida en la Tierra, sus plantas y animales, sus amores y desesperaciones, nada se ve desde la Luna; solo una jaspeada canica azul. Tras los reflejos de un vaso de agua hay una tumultuosa actividad análoga de miríadas de moléculas, muchas más que seres vivos hay en la Tierra⁷³.

Bibliografía

- Alchourrón, C., Bulygin, E. (1977). *Incompletezza, contraddittorietà e indeterminazione degli ordinamenti normativi*, en G. Di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica: Atti del convegno tenuto a Bielefeld 17-22 marzo 1975*, Bologna, Società Editrice Il Mulino, 291-306.
- Alchourrón, C., Bulygin, E. (1976). *Sobre el concepto de orden jurídico*, «Crítica», VIII, 23, 3-23.
- Alchourrón, C., Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, México, D.F., Distribuciones Fontamara, S.A.
- Alchourrón, C., Makinson, D. (1981). *Hierarchies of regulations and their logic*, en Risto Hilpinen (ed.), *New studies in deontic logic*, Dordrecht, Reidel Publishing Company, 125-148.
- Alchourrón, C., Makinson, D. (1982). *On the logic of theory change: contraction functions and their associated revision functions*, «Theoria. A Swedish Journal of Philosophy», 48, 1, 14-37.

⁷² Es posible “imaginar” un sistema jurídico integrado solo por un $S\text{-}m$, el cual solo tiene un Sm , pero esta hipótesis no se ajusta a las condiciones establecidas para el reconocimiento de un Estado ni los $S\text{-}m$.

⁷³ Rovelli 2018.

- Alchourrón, C., Gärdenfors, P., Makinson, D. (1985). *On the logic of theory change: Partial meet functions for contraction and revision*, «Journal of Symbolic Logic», 50, 510-530.
- Adrian, B. (2013). *A brief history of the philosophy of time*, Oxford, Oxford University Press.
- Bobbio, N. (1960). *Teoría dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli Editore.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Caracciolo, R. (2000). *Sistema jurídico*, en E. Garzón Valdés, F. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 161-176.
- Cresto, E. (2002). *Revisión de creencias y racionalidad*, «Cuadernos del CIMBA-GE», 5, 133-156.
- Doyle, J. (1979). *A truth maintenance system*, «Artificial Intelligence», 12, 231-272.
- Fagin, R., Ullman, J., Verdi, M. (1983). *On the semantics of updates in databases*, en R. Fagin, P. Bernstein (eds.), *Proceedings of the 2nd ACM SIGACT-SIGMOD symposium on Principles of database systems*, New York, Association for Computing Machinery, 352-365.
- Falappa, M. (1999). *Teoría de cambio de creencias y sus aplicaciones sobre estados de conocimiento* (Tesis Doctoral), Bahía Blanca, Universidad del Sur.
- Fermé, E. (2007). *Revisión de creencias*, «Revista Iberoamericana de Inteligencia Artificial», 34, 17-39.
- Ferrer, J., Rodríguez, J. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Barcelona, Marcial Pons.
- Gärdenfors, P. (1978). *Conditional and changes of belief*, «Acta Philosophica Fennica», 31, 381-404.
- Gärdenfors, P. (1992). *Belief revision: An introduction*, en P. Gärdenfors (ed.), *Belief Revision*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Gentile, F. (2001). *El ordenamiento jurídico, entre la virtualidad y la realidad*, Madrid, Marcial Pons.
- Hansson, S.O. (1999). *A textbook of belief dynamics: Theory change and database updating*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers.
- Hansson, S.O. (2007). *La formalización en la filosofía*, «Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía», 4, 43-60.
- Harper, W. (1976). *Ramsey test conditionals and iterated belief change*, en W.L. Harper, C.A. Hooker (eds.), *Foundation of probability theory, statistical inference. and statistical theories of science* (vol. I), Dordrecht, Reidel, 135-177.
- Kelsen, H. (2011). *Reine Rechtslehre* (1934), trad. esp., *Teoría pura del derecho*, Madrid, Trotta.

- Levi, I. (1967). *Gambling with truth: an essay on introduction and the aims of science*, Londres, Routledge & Kegan Paul.
- Levi, I. (1977). *Subjunctives, dispositions and chances*, «Synthese», 34, 423-455.
- Levi, I. (1980). *The enterprise of knowledge: an essay on knowledge, credal probability and chance*, Cambridge (USA), MIT Press.
- Luna, C. (2001). *Una generalización del modelo AGM de cambio de creencias*, «Revista Iberoamericana de Inteligencia Artificial», 13, 23-32.
- Merkel, A. (1987a). *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates. Eine staatsrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior (1917)*, trad. it. *L'unità giuridica dello stato austriaco. Ricerca pubblicistica alla luce della dottrina della lex posterior*, en C. Geraci (ed.), *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 147-209.
- Merkel, A. (1987b). *Die Unveränderlichkeit von Gesetzen - ein normologisches Prinzip (1917)*, trad. it. *L'immodificabilità delle leggi, principio normologico*, en C. Geraci (ed.) *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 129-145.
- Merkel, A. (1987c). *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts (1918)*, trad. it. *Il duplice volto del diritto*, en C. Geraci (ed.), *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 99-128.
- Merkel, A. (1987d). *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues (1931)*, trad. it. *Prolegomeni ad una teoria della costruzione a gradi del diritto*, en C. Geraci (ed.), *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, Giuffrè, 1-65.
- Moreso, J.J. (1997a). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J.J. (1997b). *Normas jurídicas y estructura del derecho*, México D.F., Fontamara, S.A.
- Navarro, P., Rodríguez, J. (2014). *Deontic logic and legal systems*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Paulson, S. (1986). *On the status of lex posterior derogating rule*, en R. Tur, W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon Press, 229-247.
- Paulson, S. (2013). *How Merkel's Stufenbaulehre informs Kelsen's concept of law*, «REVUS», 29-45.
- Peña, A.M. (2001). *Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas*, «Análisi e Diritto», 193-230.
- Raz, J. (1980). *The concept of a legal system* (2da ed.), Oxford, Oxford University Press.

- Rovelli, C. (2018). *El orden del tiempo*, Barcelona, Anagrama.
- Tarello, G. (1979). *Sistema giuridico, ordinamento giuridico*, en S. Castignone, R. Guastini, G. Tarello (eds.), *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Génova, E.C.I.G, 91-131.
- Vilajosana, J.M. (1997). *El significado político del derecho*, México D.F., Fontamara S.A.
- Vilajosana, J.M. (2009). *Más allá de la ortodoxia: validez normativa y relaciones entre sistemas jurídicos*, «Revista Telemática de Filosofía del Derecho», 12, 71-97.

Commenti critici sul concetto di applicabilità come spiegazione del fenomeno dell'applicazione di norme giuridiche irregolari

*Marcela Chabuán Zedan**

Sommario

In questo lavoro esporrò alcuni commenti critici rispetto all'utilizzo del concetto di applicabilità per spiegare il fenomeno dell'applicazione di norme giuridiche prodotte in modo irregolare. Ancorché si tratti di uno strumento utile per analizzare alcune caratteristiche dei sistemi giuridici, questo concetto non prende in considerazione un aspetto centrale per dare conto in modo completo di tale fenomeno. In particolare, il fatto che le norme che possono interpretarsi come irregolari possano produrre effetti giuridici è un fenomeno strettamente collegato al modo in cui vengono configurati, in ogni sistema giuridico, i meccanismi di controllo della regolare formazione delle norme.

Parole chiave: Applicabilità. Validità. Norme irregolari.

Abstract

In this work I make some critical comments on the concept of applicability as explanation to the phenomenon of application of rules irregularly enacted. Even though it is a useful conceptual tool that explains some elements of legal systems, it omits a central feature that is necessary to thoroughly give account to the phenomenon I refer. Indeed, the production of effects by rules that might be interpreted as irregular is a phenomenon closely related to the institutional design of legal systems in relation with mechanisms that control the regular enactment of rules.

Keywords: Applicability. Validity. Irregular Norms.

* Universidad Adolfo Ibáñez, Sede Peñalolén, Edificio B, Oficina 227, Santiago, Chile, *marcela.chabuan@uai.cl*. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, *mchabuan@derecho.uchile.cl*.

Traduzione di Andrea Barca.

1. Introduzione

Come è stato evidenziato dal positivismo giuridico, l'ordinamento giuridico possiede un carattere dinamico, nel senso che regola la sua stessa produzione attraverso norme – denominate dai giuristi “norme secondarie” o “norme sulla produzione giuridica”¹ – che stabiliscono i requisiti per la produzione di nuove norme. Queste norme fissano i requisiti formali che determinano quale sia l'organo competente per la produzione di norme giuridiche, nonché quale procedimento debba da questo essere seguito a tal fine. I sistemi giuridici contemporanei contengono, inoltre, alcune norme che stabiliscono requisiti di carattere sostanziale, un esempio delle quali sono le norme che pongono limiti al legislatore relativamente al contenuto delle norme che possono produrre. Se una norma è stata prodotta in conformità ad ognuno di questi requisiti o condizioni (tanto di carattere formale, quanto sostanziale), allora è una norma giuridica valida².

L'espressione “norme irregolari” fa riferimento alle norme che non sono conformi ad ognuna delle condizioni stabilite dalle norme sulla produzione giuridica (intese in senso ampio³) di un sistema giuridico di riferimento. Ovvero, si tratta di norme che (i) non si adeguano ai requisiti che riguardano i soggetti o organi competenti, (ii) non sono conformi ad una o più norme che stabiliscono il procedimento che deve essere seguito per la creazione di norme, o (iii) contraddicono una qualche norma che limita o impone un determinato contenuto delle norme da produrre.

Se l'irregolarità di norme è conseguenza del fatto che queste non sono state create da un organo competente che abbia seguito un numero minimo di regole procedurali che permettono di riconoscerlo come tale, difficilmente produrranno effetti giuridici, in quanto gli organi dell'applicazione non le riconosceranno come norme giuridiche. Al contrario, le norme irregolari che sono formulate dalle autorità competenti che hanno agito in quanto tali⁴ ma che, al momento della emanazione, non hanno rispettato nessun'altra condizione di validità, acquisiscono esistenza giu-

¹ Kelsen, 1960: 201 ss.; Hart, 1961: 99 ss.; Guastini, 1996: 307 ss.; Guastini, 2016: 107-109.

² Sui diversi sensi del termine validità, si veda Bulygin, 1990; 2005; 2006.

³ Guastini, 1996: 319; Guastini, 2016: 221-222.

⁴ Il concetto di organo competente va concepito in senso stretto, ovvero come l'insieme di quei soggetti ai quali si attribuiscono poteri normativi; si tratta, dunque, di una condizione di validità necessaria ma non sufficiente. Per l'elaborazione di una concezione di questo tipo, può vedersi Ferrer, 2000. Nella maggior parte dei sistemi giuridici contemporanei, affinché venga riconosciuto come un organo competente nell'esercizio delle proprie funzioni, un soggetto deve disporre di un potere normativo conferito da una norma del sistema giuridico e, inoltre, deve seguire un numero minimo di regole procedurali che permettono di riconoscere gli atti che un organo competente compie in quanto tale dagli atti che i soggetti che compongono quell'organo compiono come privati cittadini. Stabilire quante e quali regole procedurali sono necessarie per stabilire se un'autorità agisce nell'esercizio delle proprie funzioni è una questione che non ammette una formulazione teorica *a priori*, in quanto dipende da una serie di fatti sociali complessi, nonché dalla struttura di ogni sistema giuridico in concreto.

ridica, nel senso che possono produrre conseguenze giuridiche⁵. Gli organi dell'applicazione del diritto sono, infatti, tenuti ad utilizzare come fondamento delle loro decisioni le norme prodotte dalle autorità normative competenti per la produzione di norme giuridiche, senza poterne sindacare la validità; questo, almeno, per quanto riguarda i sistemi giuridici caratterizzati da un controllo di legittimità accentrato; nei sistemi giuridici con controllo di legittimità diffuso, invece, il giudizio di validità non produce effetti giuridici generali ma relativi solo al caso oggetto del giudizio.

Il fenomeno problematico che si tenta di analizzare in questo lavoro è, in particolare, quello delle norme – create in modo irregolare da autorità normative – che, però, possono produrre effetti giuridici in quanto non vengono espulse dall'ordinamento giuridico sulla base di una decisione di illegittimità pronunciata dagli organi competenti.

Nel seguito, farò riferimento alla proposta di Bulygin per spiegare questo fenomeno e, successivamente, esporrò alcune osservazioni critiche. Prima di fare tutto ciò è, però, necessario ricordare che il concetto di applicabilità è stato introdotto per spiegare non solo la produzione di effetti giuridici da parte di norme create irregolarmente ma anche, ad esempio, l'applicazione delle norme di diritto straniero. Fatto salvo quanto detto in precedenza, qui farò riferimento esclusivamente al fenomeno della applicazione di norme giuridiche irregolari, con lo scopo di suggerire alcuni elementi di analisi che la proposta di Bulygin non prende in considerazione ma che, a mio avviso, sono centrali per dare conto del fenomeno in questione.

2. La proposta di Bulygin come alternativa teorica alla proposta di Kelsen

Sulla base delle critiche che formula alla nozione di validità di Hans Kelsen, Eugenio Bulygin introduce il concetto di applicabilità⁶. Farò riferimento alla nozione di validità di Kelsen e alle critiche ad essa mosse da Bulygin (specialmente quelle dirette ad evidenziare l'ambiguità con la quale Kelsen utilizza questo termine) al fine di illustrare la rilevanza e la recezione del concetto di applicabilità nella teoria del diritto.

Kelsen è uno fra gli autori che mette in evidenza il carattere dinamico dell'ordinamento giuridico⁷ e sostiene, inoltre, che il criterio per determinare la validità

⁵ Per quanto riguarda il concetto di esistenza giuridica, seguo Guastini il quale la definisce come la formulazione dell'organo *prima facie* competente e la concepisce, inoltre, come una condizione sufficiente per l'efficacia giuridica. Guastini, 1996: 321.

⁶ Bulygin, 1982.

⁷ Kelsen, 1960: 203-205. Il carattere, o principio, dinamico si differenzia da quello statico. Per quest'ultimo, il fondamento di validità delle norme giuridiche deriva dal contenuto delle norme gerarchicamente sovraordinate. Kelsen segnala che i sistemi moderni sono di tipo misto, anche se a dominare è il carattere dinamico. *Ibid.*: 83, 84.

delle norme è quello della loro conformità alle norme, ad esse superiori, che regolano la produzione normativa. Kelsen sottolinea, poi, che l'ordinamento giuridico è caratterizzato da una struttura a gradini (o gerarchica) e, dunque, contiene norme di diversi gradi gerarchici, in quanto le norme inferiori sono subordinate alle norme superiori che ne condizionano la produzione⁸.

Kelsen afferma che i criteri di validità sono principalmente formali, ovvero prescindono dal contenuto delle norme, in quanto fanno riferimento esclusivamente alla loro forma di produzione, specialmente al soggetto o all'organo che le emana e, eventualmente, ai procedimenti di produzione. Tuttavia, l'autore della *Dottrina pura del diritto* riconosce che nulla impedisce che in una costituzione siano previsti anche criteri sostanziali di validità, così come accade nelle costituzioni moderne le quali, di solito, contengono un elenco di diritti fondamentali che delimitano i possibili contenuti delle norme da prodursi. In casi del genere, le norme sono altresì subordinate alla gerarchia materiale delle norme superiori⁹.

Tuttavia, anche se Kelsen propone come criterio di validità delle norme giuridiche la conformità alle norme relative alla produzione normativa, non definisce la nozione di validità nella stessa maniera. Kelsen infatti definisce la validità, indistintamente, a volte come "esistenza specifica" di una norma e, altre volte, come "forza obbligatoria". Secondo Kelsen, se una norma giuridica è esistente, allora è stata prodotta in conformità alle norme sulla produzione giuridica, il che lo porta a non ammettere l'esistenza di norme invalide¹⁰. Inoltre, secondo Kelsen, la validità intesa come conformità alle norme superiori che condizionano la produzione normativa implica l'obbligatorietà di soddisfare quanto prescritto dalle norme prodotte in questo modo¹¹.

La validità intesa nel senso di "esistenza specifica" di una norma fa riferimento all'appartenenza di questa ad un sistema giuridico. Kelsen afferma che solo le norme valide esistono o appartengono all'ordinamento giuridico. La validità di una norma dipende da un'altra norma che regola la sua creazione la quale, a sua volta, deve essere una norma valida e, pertanto, deve conformarsi a sua volta alla norma dalla quale deriva – si forma, in questo modo, una catena di validità. Così, se la validità viene intesa come appartenenza, la validità delle norme superiori dipenderà a sua

⁸ Kelsen, 1960: 201, 232 ss.

⁹ Kelsen, 1960: 234; Kelsen, 1988: 116.

¹⁰ «Die Aussage, daß ein gültiges Gesetz „verfassungswidrig“ sei, ist eine *contradictio in adjectio* [...] da ein ungültiges Gesetz überhaupt kein Gesetz» Kelsen, 1960: 275 [traduzione italiana: «L'asserto che una norma valida è "incostituzionale" è una *contradictio in adjecto* [...] in quanto una norma invalida non è affatto una norma»]. Questa stessa idea può trovarsi anche in Kelsen, 1945:115, 116, e 185.

¹¹ «Daß eine sich auf das Verhalten eines Menschen beziehende Norm „gilt“, bedeutet, daß sie verbindlich ist, daß sich der Mensch in der von der Norm bestimmten Weise verhalten soll» Kelsen, 1960: 196 [traduzione italiana: «Che una norma relativa al comportamento di un individuo sia "valida" significa che è vincolante, ovvero che un individuo deve comportarsi nel modo indicato dalla norma»].

volta dall'appartenenza al sistema giuridico delle norme a queste precedenti e così via, fino ad arrivare alla prima costituzione storica, ovvero all'insieme di norme che si adotta come base dell'ordinamento giuridico. Alla domanda sulla validità della prima costituzione, Kelsen risponde elaborando la tesi della "norma fondamentale", la quale si situa come ultimo anello della catena di validità e fornisce fondamento all'intero ordinamento giuridico¹². Questa norma non è una norma di diritto positivo – una norma posta – ma, piuttosto, è una norma pensata, un presupposto metodologico la cui funzione è quella di dare unità all'ordinamento giuridico¹³.

L'ipotesi della norma fondamentale è stata criticata da vari autori positivisti¹⁴ i quali osservano che non ha senso indagare il fondamento di validità (intesa come conformità a norme superiori) della prima costituzione, giacché in ogni ordinamento giuridico vi è una norma originaria sulla quale lo stesso si fonda. Questa norma originaria non è "presupposta" ma, piuttosto, è "posta" da un potere costituente, ovvero un potere *extra ordinem*¹⁵. La prima costituzione non può essere né valida né invalida, perché non deriva da alcuna norma positiva capace di fornirle un fondamento di validità¹⁶. In quest'ottica, Bulygin sottolinea che la tesi della norma fondamentale di Kelsen non è necessaria al fine di fondare la validità come appartenenza della prima costituzione, in quanto è quest'ultima che definisce il sistema come un'unità indipendente, di modo che non è necessario presupporre alcuna norma per giustificare la sua appartenenza al sistema¹⁷. Bulygin sostiene inoltre – come si vedrà a breve – che si tratta di una tesi non sufficiente per giustificare la validità come obbligatorietà della prima costituzione.

La questione della validità intesa come forza obbligatoria risponde alla domanda se le norme siano obbligatorie, ovvero consiste in una giustificazione del dovere di adempiere a quanto le norme giuridiche prescrivono. Se la risposta a quest'ultima domanda dipende anch'essa dalla conformità a norme superiori, come nel caso della validità come appartenenza, allora si forma una catena di validità. Al termine della catena sorge la domanda sulla validità della prima costituzione. Se il dovere di adempiere ad una norma può essere imposto solo da un'altra norma che, a sua volta, deve essere obbligatoria – e la prima costituzione è la prima norma del diritto positivo – allora la giustificazione del dovere di soddisfarla non può derivare da una norma di diritto positivo. Di fronte a questo problema – e con l'obiettivo di completare la catena di giustificazione – Kelsen ricorre nuovamente alla tesi della norma

¹² Kelsen, 1960: 139.

¹³ Kelsen, 1960: 202-203.

¹⁴ Tra i quali: Hart, 1958; Ross, 1969; Raz, 1974; Bobbio, 1975; Nino, 1985; Caracciolo, 1994; Celano, 1999; Paulson, 1998; Bulygin, 2005; Marmor, 2011; Guastini, 2013.

¹⁵ Guastini, 2013: 63 ss.

¹⁶ Si tratta di una norma sovrana, indipendente o non derivata. Cfr., al riguardo, von Wright, 1963: 192; Alchourrón, Bulygin, 1971: 73-74; Alchourrón, Bulygin, 1979: 74; Caracciolo, 1988: 31.

¹⁷ Bulygin, 1990: 512-514; Guastini, 1996: 86.

fondamentale, la quale dovrebbe stabilire l'obbligatorietà delle norme originarie, nonché di tutte le altre norme che compongono l'ordinamento giuridico.

A differenza del problema dell'appartenenza della prima costituzione, la domanda sulla giustificazione del dovere di obbedire ad essa e con le altre norme di un sistema giuridico non è priva di senso. Il problema principale della nozione di validità come forza obbligatoria di Kelsen consiste nel confondere il problema della giustificazione del dovere di rispettare le norme giuridiche (anche quando può configurarsi come un dovere giuridico fondato sopra l'esistenza di un'altra norma che stabilisca questo dovere) con la nozione di validità nel senso di conformità alle norme superiori che regolano la produzione normativa¹⁸.

Bulygin segnala l'ambiguità con la quale Kelsen impiega il termine validità¹⁹ e fa notare, inoltre, come la validità intesa nel senso di conformità alle norme superiori che condizionano la produzione giuridica non implica l'obbligatorietà delle norme stesse. Inoltre, Bulygin osserva che la nozione di obbligatorietà adottata da Kelsen consiste in una giustificazione morale del dovere di obbedire al diritto, il che contrasta con il suo piano positivista di descrivere il diritto vigente²⁰.

Seguendo Alf Ross²¹, Bulygin rigetta il nesso tra forza obbligatoria e validità giuridica e afferma che la questione dell'esistenza di un dovere morale di obbedire al diritto non può trovare una risposta nell'ambito della teoria del diritto, attraverso una semplice analisi della struttura dell'ordinamento giuridico e delle sue norme²².

Tuttavia, a differenza di Ross, Bulygin sostiene che l'obbligatorietà può essere ricostruita come un concetto che descrive un dovere giuridico e, in tal modo, può quindi essere compatibile con una teoria positivista del diritto²³ e può rivelarsi come un concetto non superfluo²⁴. In questo modo, Bulygin sottolinea la differenza tra la questione relativa alla validità intesa come conformità alle norme sulla produzione giuridica e quella relativa all'obbligatorietà delle norme giuridiche. Inoltre, Bulygin propone di sostituire il concetto di obbligatorietà con un concetto descrittivo, come quello di applicabilità. Quest'ultimo non consiste nell'imporre un dovere nei

¹⁸ In un senso simile, cfr. Celano, 2009: 77-126; Ferrer, Rodríguez, 2011: 54.

¹⁹ La letteratura critica sopra la confusione tra validità ed obbligatorietà è vasta e, perciò, mi limito a citare a mero titolo di esempio: Hart, 1958; Ross, 1969; Raz, 1979; Nino, 1985; Bulygin, 1990; 2005; 2006; Guastini, 1992; 2013; Moreso, Navarro, 1993; Celano, 1999.

²⁰ Bulygin, 2006: 96-98.

²¹ Ross ha sostenuto che la nozione di obbligatorietà si traduce in un dovere morale, caratteristico delle dottrine giusnaturaliste, di obbedire al diritto. Se la forza obbligatoria fosse un dovere giuridico, allora sarebbe una questione superflua, dato che in questo modo la validità delle norme consisterebbe semplicemente nel reiterare ciò che esse stesse prescrivono. Se la forza obbligatoria consiste in un dovere morale dunque, sostiene Ross, questa tesi sarebbe incompatibile con il positivismo giuridico in quanto teoria che afferma la separazione concettuale tra diritto e morale. Ross, 1969: 17, 29, 39-43.

²² Bulygin, 2006: 96-98.

²³ Bulygin, 2005:110; Bulygin, 2006: 99.

²⁴ Cfr. Ross, 1958: 18, 19; 1969: 17, 29, 39-43.

confronti dei cittadini ma, piuttosto, nel descrivere doveri giuridici diretti ai giudici²⁵. Attraverso il concetto di applicabilità, Bulygin constata che i sistemi giuridici contengono norme che prescrivono agli organi dell'applicazione di utilizzare come fondamento delle proprie decisioni altre norme, anche nel caso in cui non appartengano al sistema.

Inoltre, Bulygin osserva che la confusione tra validità e obbligatorietà delle norme giuridiche ha portato Kelsen a sostenere la tesi della clausola alternativa tacita (d'ora in avanti, CAT). Secondo questa tesi controversa, sebbene le norme che disciplinano la produzione ed il contenuto delle future leggi o sentenze apparentemente obbligano il legislatore o il giudice ad emanare, rispettivamente, una legge generale o una sentenza conformemente alle prime, in realtà contengono tacitamente un'autorizzazione che permette al legislatore e al giudice di produrre norme irregolari – sempre che il controllo di regolarità delle norme prodotte non sia demandato ad un organo diverso²⁶. Se, invece, il controllo di legittimità è affidato ad un organo diverso, allora sarà quest'ultimo che deciderà in modo definitivo quali norme possono produrre, o continuare a produrre, effetti giuridici. Dato che solo la decisione interpretativa degli organi competenti per il controllo può produrre l'espulsione dall'ordinamento giuridico delle norme interpretate da questi come invalide, le norme irregolari devono essere utilizzate come fondamento per le decisioni degli organi dell'applicazione fino a che non vengano espressamente dichiarate invalide dagli organi competenti.

La tesi della CAT ha generato un ampio dibattito nella teoria giuridica ed è stata rigettata e criticata da molti teorici del diritto, tra i quali Eugenio Bulygin. Quest'ultimo segnala che la CAT è una tesi che contraddice le idee fondamentali della teoria del diritto di Kelsen, come quelle di concepire gli ordinamenti giuridici come dinamici e gerarchicamente strutturati. Accettando questa presunta autorizzazione – secondo Bulygin – le norme inferiori non dovrebbero in alcun caso conformarsi a quelle superiori, così come le norme individuali emanate dai giudici non sarebbero soggette alle norme generali. Tutto questo porterebbe a concludere che i giudici godono di una discrezionalità assoluta e cadrebbe così a pezzi il progetto kelseniano di assumere una posizione intermedia che possa collocarsi tra formalismo e decisionismo²⁷.

In questa occasione non approfondirò ulteriormente le critiche alla CAT²⁸. Per

²⁵ Jordi Ferrer e Jorge Rodríguez hanno sostenuto che è possibile elaborare una nozione descrittiva di forza obbligatoria (distinta da quella di applicabilità) a condizione che ci si limiti ad affermare l'esistenza di una norma che impone ai cittadini il dovere di soddisfare un'altra norma, senza che ciò comporti un coinvolgimento con il dovere di obbedire a quest'ultima. Cfr. Ferrer, Rodríguez, 2011: 55.

²⁶ Si veda Kelsen, 1960: 277 ss. Nonché Kelsen, 1934: 93-120; Kelsen, 1945: 401-407.

²⁷ Per lo sviluppo di queste critiche, può rinviarsi a Nino, 1985: 32-34; Moreso, 1993; Gianformaggio, Paulson, 1995; Ruiz Manero, 1990: 65-67; Ruiz Manero, 1995; Bulygin, 1995.

²⁸ In difesa della CAT si sono pronunciati Comanducci, 1998; 2012 e Ratti, 2014. Sul tema, cfr. Chahuan, 2017; 2018.

il momento mi interessa solo sottolineare che, sulla base delle critiche formulate alla nozione di obbligatorietà e alla tesi della CAT proposte da Kelsen, Bulygin introduce il concetto di applicabilità per analizzare, tra altri temi, quello della produzione di effetti giuridici da parte di norme irregolari. Nello schema concettuale proposto da Bulygin le norme irregolari sono norme invalide, ovvero non appartenenti all'ordinamento giuridico le quali, però, possono essere applicabili.

3. Il concetto di applicabilità di norme giuridiche

Nei sistemi giuridici possono esservi norme dirette agli organi dell'applicazione che impongono l'obbligo di applicare altre norme giuridiche, anche nel caso in cui queste non appartengano al sistema giuridico di riferimento²⁹. Il dovere imposto dalle norme sull'applicazione non si sovrappone a quello imposto dalle norme l'applicazione delle quali viene prescritta, giacché le norme di applicazione impongono un dovere diverso da quello prescritto dalle norme la cui applicazione viene disposta. Bulygin propone la seguente definizione di applicabilità:

Una norma N_1 è applicabile ad un caso C se e solo se un'altra norma N , appartenente ad un sistema S , prescrive il dovere di applicare N_1 nel caso C ³⁰.

Una norma è, dunque, applicabile solo se esiste un'altra norma che obbliga o autorizza i giudici ad applicarla in determinati casi. Questo implica che se non vi è una norma che impone o autorizza l'applicazione di un'altra norma, allora non può dirsi che quest'ultima è applicabile³¹, giacché l'applicabilità risponde alla domanda relativa a quali norme siano applicabili ad un caso determinato³². I criteri o norme ultimi di applicazione non sono in sé applicabili, come non lo sono le norme sovrane o indipendenti³³. In questo modo, si evita che si possa avere una catena infinita di applicabilità che si formerebbe qualora si esigesse che la norma N_2 che ordina di applicare la norma N_1 sia, a sua volta, applicabile – giacché dovrebbe aversi un'altra norma N_3 che sia a sua volta applicabile e così via, all'infinito. Lo *status* dei criteri ultimi di applicabilità, in relazione alla loro apparenza ad un sistema, è analogo a quello delle norme sovrane e indipendenti. Così come le norme supreme appartengono al sistema giuridico per definizione, i criteri ultimi di applicabilità sono applicabili per definizione³⁴.

²⁹ Bulygin, 2006: 99.

³⁰ Bulygin, 1982: 196 [Traduzione italiana del Traduttore].

³¹ Bulygin, 2005: 114-115.

³² Bulygin, 1982: 198; Bulygin, 2006: 99.

³³ Bulygin, 1982: 115.

³⁴ Cfr., in questo senso, Ferrer, Rodríguez, 2011: 60.

I concetti di applicabilità e di appartenenza riferiti alle norme sono tra loro indipendenti. La validità fa riferimento alla regolarità nella produzione normativa il che, secondo Bulygin, implica l'appartenenza al sistema giuridico. L'insieme di norme valide di un sistema giuridico in un momento dato non coincide necessariamente con l'insieme di norme che sono applicabili ad un caso. I criteri di applicabilità, infatti, devono appartenere al sistema vigente nel momento in cui il giudice pronuncia la sentenza³⁵. Una norma appartenente ad un sistema giuridico può non essere applicabile, ad esempio, se non regola il caso in questione oppure se si trova nel periodo di *vacatio legis*. Dall'altro lato, si possono avere norme che non appartengono ad un dato sistema giuridico ma che, nonostante ciò, possono essere utilizzate come fondamento di una decisione giudiziale, sempre che un'altra norma appartenente – questa sì – al sistema di riferimento ne ordini l'applicazione. È questo il caso delle norme del diritto internazionale privato, le quali ordinano l'applicazione di norme del diritto straniero che sono applicabili perché un'altra norma, appartenente al sistema giuridico, ne ordina l'applicazione. Bulygin mostra che il concetto di applicabilità è utile per spiegare alcuni istituti, come quello del rinvio (che può essere di primo grado, di secondo grado, etc.) con il quale una norma del sistema giuridico di un certo paese stabilisce, per alcuni casi, l'applicabilità di una norma di un sistema straniero. A sua volta, tale sistema può stabilire un nuovo rinvio al sistema precedente oppure ad un altro³⁶.

In modo simile, le norme irregolari sono norme non appartenenti all'ordinamento giuridico la quali possono, però, essere applicate³⁷. Al riguardo, bisogna considerare che Bulygin fa coincidere la validità con l'appartenenza di una norma ad un sistema giuridico. Secondo questo autore, appartengono ad un sistema giuridico le norme che sono state create in modo conforme a tutte le norme che ne condizionano la produzione normativa e, inoltre, tutte le norme che sono conseguenza logica di queste³⁸. Secondo Bulygin, le norme create in modo irregolare sono norme invalide

³⁵ Bulygin, 1982: 202; Bulygin, 1991: 267.

³⁶ Bulygin, 2006: 100.

³⁷ Bulygin, 1991: 266.

³⁸ Alchourrón y Bulygin, 1971: 86-89; Alchourrón y Bulygin, 1979: 73-76. Sulla deducibilità quale criterio di appartenenza ai sistemi giuridici, alcuni autori hanno mosso diverse critiche. Caracciolo sostiene che la deducibilità è un criterio per dare conto del carattere statico dei sistemi giuridici, mentre la legalità è il criterio di appartenenza alla successione dinamica del diritto. Caracciolo, 1988: 66-67. Rodríguez, su questa linea, propone che il criterio di legalità non venga concepito come un criterio di appartenenza ad un sistema statico delle norme derivate ma, piuttosto, come un criterio per determinare in quali circostanze si possa assumere che un sistema statico appartenga ad un sistema dinamico. Rodríguez afferma inoltre che, quando si riconduce un sistema statico alla successione dinamica, in seguito ad un atto di promulgazione, tale norma entra a far parte del nuovo sistema della successione sulla base del criterio di legalità. Quest'ultimo autore sostiene che la deducibilità non è un criterio di appartenenza agli insiemi della successione dinamica dell'ordinamento giuridico ma, piuttosto, è un elemento vincolato con l'opera della dogmatica, al momento di giustificare o ricostruire le decisioni giudiziali, in quanto si tenta di dare

– e, pertanto, non appartenenti al sistema giuridico – che, però, i giudici hanno comunque il dovere giuridico di applicare, sempre che così sia prescritto da altre norme appartenenti al sistema³⁹.

Bisogna inoltre tenere presente che la validità e la deducibilità non sono gli unici criteri di appartenenza ai sistemi giuridici che sono stati proposti. Autori che difendono teorie realiste del diritto sostengono che appartengono ad un sistema giuridico tutte quelle norme che sono efficaci o vigenti. I criteri di appartenenza delle norme giuridiche sono empirici, in quanto dipendono dal *fatto* che vengano applicate dagli organi competenti ad utilizzarle come premesse delle proprie decisioni, oppure dalla probabilità che questi le applichino⁴⁰. Secondo queste proposte, anche le norme create in modo irregolare possono appartenere all'ordinamento giuridico, a condizione che siano efficaci o vigenti.

4. L'irregolarità delle norme come prodotto di una decisione interpretativa

Inizierò con una domanda: come si determina l'irregolarità di una norma giuridica? Per rispondere a questa domanda, può essere utile rendere esplicito cosa si intende per norma, con l'avvertenza che in queste pagine farò riferimento esclusivamente alle norme espresse (salvo diversa indicazione) e, inoltre, che non mi occuperò di norme consuetudinarie.

Facendo uso della distinzione, ormai consolidata nella letteratura giuridica, tra norme e disposizioni, con norma si intende il contenuto di significato delle seconde. Le disposizioni sono enunciati normativi contenuti in una fonte del diritto i quali, una volta che sono oggetto di un'operazione di interpretazione, danno come risultato – ovvero “esprimono” – una norma⁴¹.

Se si tiene in considerazione la distinzione tra disposizioni e norme, può mettersi in evidenza che l'applicazione di una disposizione coincide con la sua interpretazione, ovvero un atto di attribuzione di significato dal quale si ricava una norma⁴². L'applicazione di una norma consiste, invece, nell'utilizzarla come fondamento, o premessa, di una decisione⁴³.

L'irregolarità di una norma è dunque conseguenza di una decisione interpretativa, che produce o meno effetti giuridici a seconda del fatto che l'interprete sia un organo competente. Attraverso questa decisione di attribuzione di significato si può

conto delle norme che sono rilevanti per la soluzione di un caso. Cfr. Rodríguez, 2011:135-138. Sul ruolo dei criteri di legalità e deducibilità, cfr. inoltre Moreso, Navarro, 1993.

³⁹ Bulygin, 1982: 199.

⁴⁰ Cfr., a mero titolo di esempio, Ross, 1958: 61 ss.; Guastini, 1996: 311 ss.; Guastini, 1995: 130 ss.

⁴¹ Alchourrón, Bulygin, 1971: 37; Guastini, 1996: 92 ss.

⁴² Guastini, 2011: 399-405.

⁴³ Guastini, 2010: 283; Pino, 2012: 59-63.

stabilire che una norma contraddice una o più disposizioni che, a loro volta, sono state interpretate, ovvero le norme che stabiliscono i requisiti o le condizioni per la produzione normativa. In altri termini, si può stabilire che vi è un'antinomia tra norme di diverso grado gerarchico⁴⁴.

Gli organi competenti per l'esercizio del controllo di regolarità della produzione normativa decidono se gli organi dell'applicazione del sistema possano continuare ad utilizzare una norma come fondamento delle proprie decisioni. Questa conclusione può essere considerata corretta o scorretta, secondo qualche standard di correttezza, oppure non soggetta a tali parametri⁴⁵.

5. Osservazioni critiche sul concetto di applicabilità come spiegazione del fenomeno dell'applicazione delle norme irregolari

L'applicazione di una norma è qualcosa di diverso da quello che viene descritto mediante il concetto di applicabilità. La prima è una constatazione fattuale sull'efficacia di una norma, mentre l'applicabilità è un concetto che descrive l'esistenza di alcuni elementi di un sistema giuridico che possono giustificare normativamente il fatto che una norma possa essere applicata⁴⁶. Non è lo stesso dire che una norma è *applicabile* (ovvero che vi è una norma specifica che impone l'obbligo di applicarla) e dire che una norma è *applicata* (ovvero che funge da premessa di una decisione).

Se si considera quanto detto in precedenza, nonostante l'applicabilità possa considerarsi come uno strumento utile per constatare che i sistemi giuridici contengono norme di applicazione, non offre però una risposta soddisfacente per spiegare l'applicazione di norme giuridiche irregolari. Da una parte, questa risposta non prende

⁴⁴ Le norme sulla produzione giuridica sono strutturalmente o formalmente sovraordinate rispetto alle norme prodotte, in quanto le prime stabiliscono i requisiti, o condizioni, per la creazione delle seconde. Le norme sulla produzione sono, inoltre, logicamente sovraordinate rispetto alle norme prodotte, in quanto le prime vertono meta-linguisticamente sulle seconde. Inoltre, quando le norme sulla produzione stabiliscono dei limiti al contenuto delle norme da produrre, le prime sono materialmente sovraordinate rispetto alle seconde. Cfr. Guastini, 1996: 376-387; 2011:165-172.

⁴⁵ Sostenere che l'irregolarità delle norme giuridiche è il prodotto di una decisione interpretativa non dice nulla circa il fatto che tale decisione possa (in ogni, qualche, o nessun caso) essere regolata da certi criteri di correttezza, in virtù dei quali può o meno affermarsi che gli interpreti possono sbagliarsi. Questa è una considerazione di natura diversa, che non incide su quanto si è sostenuto finora – ovvero che vi sono certe decisioni interpretative che producono conseguenze giuridiche mentre altre no, a seconda del modo in cui un sistema giuridico è strutturato.

⁴⁶ Moreso e Navarro hanno introdotto la distinzione tra applicabilità interna ed esterna. La seconda coincide con il concetto di applicabilità presentato da Bulygin. L'applicabilità interna, invece, non richiede necessariamente che vi sia una norma del sistema che renda obbligatoria l'applicazione di un'altra norma. Secondo Moreso e Navarro, una norma è internamente applicabile ai fatti o stati di cose regolati dal suo "ambito di validità". Moreso, Navarro, 1996: 125 ss. Alcune critiche a questa distinzione possono leggersi in Ferrer, Rodríguez, 2011: 58 ss.

in considerazione l'applicazione di norme irregolari rispetto alle quali non esistono norme di applicazione. Dall'altra parte, non prende in considerazione alcuni elementi strutturali dei sistemi giuridici che ritengo imprescindibili al fine di dare conto di questo fenomeno – ovvero i meccanismi di controllo della regolarità.

L'esistenza di norme sull'applicazione è una questione contingente che dipende dal fatto che un sistema giuridico contenga in concreto norme che impongono agli organi dell'applicazione il dovere di applicare un'altra norma in un caso specifico. Per questo il concetto di applicabilità proposto da Bulygin può spiegare solo quelle situazioni nelle quali effettivamente esistono norme di questo tipo, ma non copre i casi in cui una norma irregolarmente prodotta viene di fatto applicata senza che esista, però, un'altra norma che ne ordini l'applicazione. In questo modo, può accadere – e, di fatto, accade – che in un sistema giuridico esistano norme che ordinano l'applicazione di alcune norme e, allo stesso tempo, che vi siano altre norme rispetto alle quali tali norme sull'applicazione non esistono. Queste ultime sarebbero inapplicabili ma, tuttavia, possono essere egualmente di fatto applicate, ovvero utilizzate come premesse nelle decisioni giudiziali⁴⁷. Questo può essere spiegato dal disegno istituzionale dei sistemi giuridici: sono le autorità normative che decidono le norme che possono essere utilizzate come fondamento delle decisioni giudiziali.

Le norme di applicazione illustrate mediante il concetto di applicabilità fanno riferimento a norme positive che stabiliscono un dovere specifico di applicare un'altra norma in concreto e non una norma che stabilisca un dovere generale diretto ai giudici di applicare le norme del sistema giuridico stesso. Bulygin ritiene che l'introduzione di un dovere di questo tipo sarebbe inutile⁴⁸. Questi infatti segnala che, quando non vi è una norma che ordina l'applicazione di un'altra norma per casi determinati, non si può dire che quest'ultima sia applicabile⁴⁹, in quanto l'applicabilità risponde alla domanda di quali siano le norme applicabili ad un caso determinato⁵⁰.

Di conseguenza, sembrerebbe che il concetto di applicabilità proposto da Bulygin non faccia riferimento a figure come la presunzione di conformità alla costituzione, intesa come un dovere generale rivolto ai giudici di applicare le norme prodotte dal legislatore, anche quando vi siano dubbi sulla loro legittimità costituzionale. Attraverso la presunzione di costituzionalità si danno per valide tutte le norme approvate e promulgate dal legislatore. Questo si traduce nel fatto che gli organi dell'applicazione sono tenuti ad applicarle come premesse delle loro decisioni – se regolano il caso – e non possono invece disapplicarle, anche quando ne mettono in dubbio la costituzionalità; in questo caso, infatti, devono sollecitare l'organo al quale sono attribuite le competenze del controllo di legittimità affinché si pronunci

⁴⁷ In un senso simile, cfr. Navarro, Orunesu, Rodríguez, Sucar, 2000:145.

⁴⁸ Cfr. Bulygin, 1967.

⁴⁹ Bulygin, 2005:114-115; Bulygin, 2006: 99-100.

⁵⁰ Bulygin, 1982:198.

al riguardo. La presunzione di costituzionalità può essere derogata, quindi, solo da una decisione dell'organo competente per il controllo di legittimità costituzionale.

La situazione con la quale Bulygin esemplifica l'esistenza di norme sull'applicazione rispetto a norme irregolari è la seguente: una corte costituzionale crea una norma sulla applicazione quando si pronuncia su una questione di legittimità costituzionale e la sua decisione obbliga i giudici ad applicare una determinata norma che è stata sottoposta al suo giudizio e che, secondo la sua interpretazione, è conforme alla costituzione.

Può anche accadere che una norma sia applicabile a un determinato caso, malgrado che tale norma non appartenga ad alcun sistema dell'ordinamento giuridico in questione e neppure ad alcun sistema di alcun altro ordinamento giuridico. Ciò accade, ad esempio, con una legge incostituzionale, cioè con una legge promulgata da un'autorità incompetente. (Un'autorità può essere incompetente per tre motivi distinti: (a) perché si tratta di un organo diverso da quello autorizzato; (b) perché non è stato seguito il procedimento adeguato; e (c) perché la norma promulgata entra in conflitto con qualche principio o garanzia costituzionale; quest'ultimo è il caso più frequente.) E tuttavia una legge incostituzionale può essere applicabile, ad esempio, se la corte costituzionale l'ha dichiarata costituzionale. Orbene, la costituzionalità di una legge non dipende da ciò che dice la corte costituzionale, ed una legge emanata da un'autorità non competente continua ad essere incostituzionale, malgrado l'opinione della corte costituzionale. Tuttavia, è la decisione della corte costituzionale che determina l'applicabilità della legge. Se la corte dice (erroneamente) che la legge è costituzionale, la legge sarà applicabile, benché invalida nel sistema⁵¹.

Ebbene, ci si può chiedere (prima che ci sia una decisione di un organo come una corte costituzionale): le norme create dal legislatore in modo irregolare sono applicabili?

Anche se è certo che lo stesso Bulygin non prende in considerazione – almeno espressamente – questa domanda, altri autori hanno collegato il concetto di applicabilità con la presunzione di conformità alla costituzione, ancorché per dar conto di situazioni rispetto alle quali tale presunzione non opera. In questo senso, José Juan Moreso – in *Sobre las normas incostitucionales* – assume che la presunzione di incostituzionalità sia una norma sull'applicazione e aggiunge che il concetto di applicabilità serve per spiegare le situazioni nelle quali i giudici sono obbligati ad applicare le norme del sistema giuridico, anche qualora siano considerate invalide. Tuttavia, non spiega le situazioni nelle quali gli organi dell'applicazione sono obbligati ad applicare solamente le norme conformi alla costituzione. Moreso osserva che nell'ordinamento giuridico spagnolo i giudici ordinari non sono autorizzati a disapplicare le norme di rango legislativo che considerano contrarie alla costituzione

⁵¹ Bulygin 1995a: pp. 243-244.

poiché, in tal caso, devono sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti al *Tribunal Constitucional*. Relativamente agli atti amministrativi, invece, nel diritto spagnolo esiste una regola diversa: anche se si assume una presunzione di legalità degli atti amministrativi agli effetti della loro esecuzione, i giudici ne vagliano altresì la regolarità, in quanto hanno il dovere di applicare solo quei regolamenti che risultano validi⁵².

Una situazione simile si ha nell'ordinamento giuridico cileno, nel quale la presunzione di conformità alla costituzione opera come una costruzione dottrinale, fondata sul disegno dei meccanismi di controllo della legittimità costituzionale. Con la riforma costituzionale del 2005, si è stabilito che i giudici – d'ufficio o su istanza di parte – possono chiedere al *Tribunal Constitucional* di essere autorizzati a disapplicare una norma, se ritengono che una sua applicazione ad un caso particolare sia contraria alla costituzione⁵³. Per quanto riguarda gli atti amministrativi, a partire dal 2003, è consolidata la presunzione di legalità degli stessi agli effetti della loro esecuzione, anche se – come avviene nel sistema giuridico spagnolo – tanto la pubblica amministrazione, quanto i giudici ordinari, possono controllarne la regolarità costituzionale⁵⁴.

Quello che mi interessa mostrare è che, tanto l'esistenza di una norma di applicazione proveniente da una corte costituzionale, così come la presunzione di conformità alla costituzione, sono strettamente vincolate alla struttura istituzionale dei meccanismi di controllo di regolarità della produzione normativa. Il fatto che i giudici non siano autorizzati a disapplicare una norma di rango legislativo, ancorché ritenuta irregolare, può essere spiegato dal fatto che il controllo di legittimità costituzionale si concentra in un altro organo competente in via esclusiva per decidere al riguardo. Per quanto riguarda i regolamenti emanati dalla pubblica amministrazione, invece, questi possono essere disapplicati dai giudici ordinari o dalla pubblica amministrazione stessa, proprio perché è attribuita agli organi dell'applicazione una parte di competenza nel controllo di conformità alla legge.

Su questo punto penso che si possa notare la critica più rilevante che, secondo me, può essere formulata alla proposta di Bulygin: il fatto che questa non faccia riferimento alcuno ai meccanismi di controllo della regolarità – intendendo, con questa locuzione, la previsione di istituzioni, costituite da norme giuridiche, che conferiscono poteri a determinati organi affinché si pronuncino sulla regolare produzione delle norme giuridiche. Ovvero, organi competenti per controllare che le norme giuridiche siano prodotte in conformità con i requisiti stabiliti dal sistema giuridico stesso. La configurazione e il funzionamento di questi organi permettono di spiegare come una norma, ancorché ritenuta irregolare, possa produrre effetti giuridici ed essere utilizzata come premessa nelle decisioni degli organi dell'applicazione,

⁵² Moreso, 1993:101-103.

⁵³ Art. 93 della *Constitución Política de Chile*.

⁵⁴ Artt. 3, 53 e ss. della *Ley* 19.880, 2003.

intanto che non venga espulsa dall'ordinamenti attraverso la decisione dell'interprete privilegiato (o "autentico", nel senso kelseniano⁵⁵), ovvero l'organo al quale è attribuita la competenza per decidere in materia di validità.

Negli ordinamenti dotati di costituzione rigida⁵⁶, vi sono alcune variabili che permettono di distinguere tra diversi tipi di meccanismo di controllo⁵⁷. Una di queste variabili riguarda il momento in cui si esercita il controllo, che può essere *a priori* – ovvero, prima dell'entrata in vigore di una norma – oppure *a posteriori* – ovvero, una volta che questa ha potuto essere applicata. I meccanismi di controllo si distinguono, inoltre, sulla base di quale sia l'organo competente per pronunciarsi sulla legittimità, distinguendosi tra controllo accentrato in un solo organo con competenza esclusiva e controllo diffuso, a carico di vari organi. Un altro fattore fa riferimento agli effetti della decisione dell'organo competente, ovvero se la decisione può produrre effetti esclusivamente per il caso concreto e *inter partes* oppure se è una decisione generale, con effetti *erga omnes*. Il rango (legislativo, regolamentare, giudiziale) nella gerarchia delle fonti occupato dalla norma può, a sua volta, incidere sul tipo di controllo nell'ambito di uno stesso sistema giuridico.

Nella maggior parte degli ordinamenti giuridici contemporanei le norme di rango legislativo sono soggette ad un controllo da parte di un organo diverso dal legislatore e che, di solito, è di tipo giudiziale⁵⁸. Tipicamente si distinguono tre modelli controllo di legittimità costituzionale che, a grandi linee, sono i seguenti⁵⁹.

Un primo modello è quello che si basa sul sistema nordamericano, consistente in un controllo di costituzionalità *a posteriori*, nel quale non si impedisce che una

⁵⁵ Il significato di "interpretazione autentica" impiegato da Kelsen è diverso da quello che abitualmente si utilizza nella teoria del diritto. Nel linguaggio giuridico comune, l'interpretazione autentica è quella realizzata dallo stesso autore del testo interpretato (ad esempio, l'interpretazione della legge realizzata dal legislatore). L'interpretazione autentica di Kelsen, invece, è quella realizzata da qualunque organo competente a compiere interpretazioni che, secondo l'ordinamento giuridico, siano idonee a produrre effetti giuridici. In questo senso, l'interpretazione autentica è quella che decide un certo significato che si impone su altre interpretazioni (ad esempio, l'interpretazione delle corti superiori). Kelsen, 1934: 80 ss.; 1950: XV, XVI; 1960: 349-356.

⁵⁶ Sono dette "rigide" quelle costituzioni che godono di un regime giuridico speciale, in quanto non possono essere modificate né derogate se non mediante uno speciale procedimento di riforma – che presenta particolari requisiti e quorum di approvazione – diverso da quello previsto per le leggi ordinarie. Inoltre, la conformità alle norme della costituzione è un requisito necessario per la validità delle norme giuridiche, essendo previsti meccanismi di controllo di costituzionalità. Guastini, 2001: 51, 55, 155, 186 ss.

⁵⁷ Possono, inoltre, essere previste condizioni per la regolare produzione di una norma anche in altri livelli del sistema giuridico. Così, in un certo numero di sistemi, gli atti emanati dall'esecutivo non sono solo subordinati alla costituzione ma, anche, agli atti di fonte legislativa (c.d. principio di legalità – o *rule of law* – amministrativo).

⁵⁸ Alcune critiche al controllo giudiziale delle decisioni di un legislatore democratico possono vedersi in Atria, 2000; Bieckel, 1986; Habermas, 2008; Waldron, 2005.

⁵⁹ Cfr. Favoreu, 1994; Ruiz Miguel, 2000; Ferreres Comellà, 1997; Rubio Llorente, 1997; Pegoraro, 1998; Prieto Sanchis, 2009.

norma venga introdotta nel sistema e possa essere applicata dai rispettivi organi. È un controllo che può essere esercitato, in via incidentale, da ogni giudice che sia chiamato a pronunciarsi su un caso concreto. Questo meccanismo è detto diffuso, in quanto tutti i giudici sono competenti per il controllo di legittimità, il che implica che qualsiasi giudice è autorizzato a disapplicare una norma qualora la ritenga in contrasto con la costituzione. Una caratteristica importante di questo tipo di controllo consiste nel fatto che le decisioni di legittimità, generalmente, hanno effetti *inter partes*, ovvero sono circoscritti al caso oggetto della controversia, il che non impedisce che gli altri giudici applichino la norma che è stata soggetta al giudizio di legittimità – sempre che non si tratti di una sentenza della Corte Suprema.

Un secondo modello, che vige in paesi come la Spagna, l'Italia e la Germania, è conosciuto come “modello kelseniano”, o europeo⁶⁰. Si tratta di un controllo di costituzionalità anch'esso *a posteriori* ma concentrato in un solo organo, il quale ha la competenza esclusiva per pronunciarsi – con effetti giuridici *erga omnes* – sulla legittimità costituzionale di una norma. La decisione di incostituzionalità emessa dall'organo competente può produrre l'espulsione dall'ordinamento della norma in questione, impedendo agli organi dell'applicazione di continuare ad impiegarla come premessa delle proprie decisioni. L'organo al quale si attribuisce tale competenza solitamente è un organo di tipo giudiziale, una corte costituzionale oppure, altre volte, la corte suprema che, tra le altre funzioni, assume appunto il ruolo di controllore della legittimità costituzionale delle norme.

Un terzo modello è quello di tipo accentrato ed astratto ma che si esercita *a priori*, ovvero prima dell'entrata in vigore di una norma. L'organo incaricato del controllo preventivo di costituzionalità può essere un organo di tipo politico, come avviene in Francia (con il *Conseil constitutionnel*) oppure un organo giurisdizionale, come avviene in Chile (con il *Tribunal Constitucional*). Di solito, non tutte le norme sono soggette ad un controllo preventivo di carattere obbligatorio, ma solo norme di determinate fonti⁶¹.

Senza dubbio, questi modelli sono stati costruiti sopra il modo in cui sono strutturati i meccanismi di controllo di certi sistemi giuridici, molti dei quali hanno

⁶⁰ Non tutti i paesi europei sono dotati di un controllo di legittimità costituzionale accentrato. Ad esempio, la Grecia, la Svezia, la Danimarca e la Norvegia hanno un meccanismo di controllo di tipo diffuso.

⁶¹ In Cile, il *Tribunal Constitucional* controlla in via preventiva e obbligatoriamente le leggi d'interpretazione della Costituzione, le leggi organiche e i trattati internazionali che riguardano materie che andrebbero regolate da fonti di questi ultimi due tipi (art. 93 N° 1). Su richiesta di certi organi, controlla inoltre, in via preventiva, progetti di legge, di riforma costituzionale e di trattati sottoposti ad approvazione da parte del *Congreso* (art. 93 N° 1). In relazione ai decreti aventi forza di legge, questi sono sottoposti ad un controllo previo effettuato dalla *Contraloría General de la República*, chiamato “toma de razón” [che potrebbe tradursi con l'espressione italiana “controllo di ragionevolezza”, N.d.T.]. Le decisioni della *Contraloría* sulla costituzionalità dei decreti possono essere impugnate davanti al *Tribunal Constitucional* (art. 93 N° 9).

incorporato caratteristiche di altri modelli. Così, per esempio, nel sistema statunitense, le decisioni della Corte Suprema costituiscono un precedente obbligatorio per gli organi dell'applicazione (c.d. *stare decisis*) e, inoltre, vi sono alcune situazioni nelle quali è previsto un controllo in astratto⁶².

A loro volta, nei sistemi che presentano un controllo accentrato (*a priori* o *a posteriori*) e con effetti *erga omnes*, anche se i giudici ordinari non hanno la competenza per pronunciarsi sulla costituzionalità delle norme, generalmente si hanno istituti come quello della questione di legittimità costituzionale, attraverso il quale i giudici svolgono il ruolo di “filtro preliminare”. Nell'ordinamento spagnolo, italiano, tedesco e cileno è previsto che quando un giudice – che è chiamato a pronunciarsi su un caso concreto – mette in dubbio la legittimità costituzionale di una norma applicabile al caso, oppure laddove ne faccia richiesta una delle parti, debba sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla corte costituzionale oppure alla corte suprema (a seconda di quale sia l'organo competente), affinché quest'ultima si pronunci sulla costituzionalità e, eventualmente, autorizzi il giudice a non applicare la norma in questione⁶³. In tutti questi casi, il giudice del caso concreto – anche se non si pronuncia sulla costituzionalità della norma – esercita comunque un controllo di legittimità parziale, giacché è questi che può decidere di sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti all'organo competente, se ritiene che la norma in questione sia incostituzionale.

Inoltre, come si è segnalato in precedenza, nei sistemi con controllo accentrato può accadere che, rispetto ad alcune norme, si adotti anche un controllo di tipo diffuso, come avviene in Spagna relativamente a norme della pubblica amministrazione – che i giudici possono disapplicare, se ritengono che siano state emanate in modo irregolare.

Esistono, inoltre, dei meccanismi ibridi o misti – come avviene in Brasile – nei

⁶² Ad esempio, è previsto un procedimento per dichiarare l'incostituzionalità di norme giuridiche per la violazione del Primo Emendamento (violazione della libertà di espressione o della libertà di stampa). Sulle varie sfumature nel sistema statunitense, può vedersi Virgala Foruria, 2001: 77-124.

⁶³ Nel sistema giuridico spagnolo, la questione della legittimità costituzionale è trattata dall'art. 163 della Costituzione ed è regolata nella Legge organica sul *Tribunal Constitucional* (artt. 35 e ss.). In Italia, la Legge costituzionale del 1948 prevede un controllo accentrato e *a posteriori*, in via incidentale, mentre la questione di legittimità costituzionale è regolata dall'art. 23 della Legge 87/1953. Per quanto riguarda la Germania, si veda l'art. 100, paragrafo 1, numero 2, della Costituzione, nonché gli artt. 80 e ss. della legge sul *Bundesverfassungsgericht*. A partire dal 2008, in Francia esiste un controllo in concreto nel quale i giudici possono presentare questioni di incostituzionalità, previa approvazione della *Cour de cassation* oppure del *Conseil d'État* (art. 61-1(1) della Costituzione francese). In Cile è previsto che i giudici ordinari siano autorizzati a chiedere al *Tribunal Constitucional* di disapplicare una norma di rango legislativo (art. 93 N° 6 e 7 della Costituzione), oppure un decreto (art. 93 N° 4) e, inoltre, delle norme regolamentari dei tribunali (art. 93 N° 2) e del Presidente della Repubblica (artt. 93 N° 9 e 16). Inoltre, una volta che il *Tribunal Constitucional* autorizza i giudici a disapplicare una norma perché incostituzionale, potrà avviarsi un'azione di incostituzionalità per il suo annullamento – azione che può altresì essere d'ufficio (artt. 93 N° 7 e 93 inciso 11 della Costituzione cilena).

quali si ha tanto un controllo diffuso a carico di tutti i giudici (i quali possono disapplicare, se la ritengono incostituzionale, una norma relativa al caso loro sottoposto), quanto un controllo accentato e astratto, attraverso il quale può impugnarsi direttamente una norma con un'azione di incostituzionalità da presentarsi davanti al *Supremo Tribunal Federal* brasiliano, il quale provvede con una decisione che ha efficacia *erga omnes*⁶⁴.

Con quanto appena detto in relazione ai diversi modelli mi interessa evidenziare che, a seconda di quale sia il meccanismo di controllo della regolarità delle norme giuridiche e di come venga strutturato ed organizzato, dipenderà se queste possano produrre conseguenze giuridiche. Riguardo agli effetti giuridici delle decisioni di incostituzionalità con effetti *erga omnes*, possono farsi alcune precisazioni.

Quando, attraverso una sentenza dell'organo competente, si decide che una norma è incompatibile con la Costituzione per il fatto che non si adegua ai requisiti di validità formali, generalmente si avrà come conseguenza l'eliminazione dell'intero testo che la contiene, a prescindere da qualsiasi interpretazione delle sue disposizioni. Una sentenza di una corte costituzionale o di una corte suprema con la quale si decide che una norma è incostituzionale per ragioni di invalidità materiale, invece, presuppone necessariamente un'attività di interpretazione sostanziale delle relative disposizioni. Possono, però, darsi anche diverse situazioni.

Una di queste consiste nel fatto che, come conseguenza della decisione di incostituzionalità di una norma, può eliminarsi interamente il testo che la contiene perché si ritiene che esprima solo norme che sono tutte incompatibili con la Costituzione. Può, inoltre, accadere che si eliminino solo alcune disposizioni di un testo. Può, ancora, essere eliminata una sola parte di una disposizione che si ritiene incompatibile con la Costituzione, anche se viene preservato il resto della disposizione, così come il testo che la contiene. Ancora, può accadere che si decida che una disposizione possa essere interpretata in modi differenti e che una di queste interpretazioni sia incompatibile con le norme costituzionali, ma non le altre. In casi come questo, non si elimina la disposizione ma, piuttosto, si impedisce agli organi dell'applicazione di interpretare in un certo modo la disposizione, ovvero nel modo in cui può esprimere una norma illegittima⁶⁵.

Queste questioni interpretative relative alla decisione della legittimità costituzionale di una norma mostrano che l'organo al quale è attribuita la competenza per il controllo di legittimità è l'interprete che decide, in modo definitivo, se una norma possa produrre o possa continuare a produrre effetti giuridici. Queste considerazioni, a mio parere, sono assenti nella proposta di Bulygin e, inoltre, consistono in ciò che può essere recuperato dalla tesi della CAT presentata da Kelsen. Anche se, indubbiamente, questa tesi è stata formulata in modo paradossale a causa di alcu-

⁶⁴ Artt. 102 e 103 della Costituzione brasiliana.

⁶⁵ Cfr. Guastini, 2011: 302 ss.

ne confusioni concettuali, credo che Kelsen avrebbe potuto aver ragione se avesse collegato la questione dell'incostituzionalità con le considerazioni sui meccanismi di controllo. In quest'ottica, Kelsen afferma:

so kann auch die Frage, ob eine von einem Rechtsorgan erzeugte Norm der ihre Erzeugung oder auch ihren Inhalt bestimmenden höheren Norm entspricht, nicht von der Frage getrennt werden, wer zur Entscheidung der vorangehenden Frage von der Rechtsordnung ermächtigt ist⁶⁶.

In modo analogo, si pronuncia Bruno Celano in *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, laddove afferma:

In breve: in ambito giuridico, il problema della regolarità di atti di produzione giuridica è sempre il problema della *garanzia* di tale regolarità – della sua *garanzia giuridica*, ossia: se il diritto stesso offra o meno i mezzi necessari per pervenire a un giudizio sulla questione di regolarità [...] Il modo in cui può accadere che il diritto offra tale garanzia consiste, precisamente, nel conferimento di un potere: nella specificazione di un organo abilitato a pronunciare il giudizio di regolarità e delle modalità cui tale organo deve attenersi nel formulare tale giudizio⁶⁷.

Qualche pagina dopo, Celano sostiene che:

Nel diritto [...] può accadere, quali che siano le condizioni di validità specificate dal diritto stesso, che atti o norme che non soddisfano tali condizioni siano trattati, da giuristi e operatori giuridici, come validi, e che il giudizio sulla loro validità sia deferito, dal diritto stesso, a un particolare organo, in maniera tale che solo il giudizio reso da tale organo, in esecuzione di una procedura determinata, abbia conseguenze giuridiche⁶⁸.

L'analisi delle norme irregolari richiede che si prendano in considerazione i meccanismi di controllo che vengono previsti in ogni ordinamento giuridico. Un'interessante questione politica, che eccede l'oggetto di questo articolo, consisterebbe nel valutare il modo in cui viene strutturato il meccanismo di controllo di legittimità costituzionale, ovvero valutare la decisione di depositare il controllo delle norme giuridiche ad un organo piuttosto che ad un altro. In questo lavoro, mi sono limitata a cercare di mostrare che quali siano gli organi che decidono sulla legittimità

⁶⁶ Kelsen, 1960: 272. [Traduzione italiana del Traduttore: «allo stesso modo, la questione se una norma emanata da un organo giuridico si conformi alla norma superiore che determina la sua creazione o il suo contenuto, non può essere separata dalla questione relativa a chi sia autorizzato dall'ordinamento giuridico alla decisione della questione precedente»].

⁶⁷ Celano, 2002: 121.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 129-130.

normativa, così come gli effetti di tali decisioni, sono questioni indispensabili per un'analisi completa del fenomeno dell'applicazione delle norme che possono interpretarsi come irregolari.

6. Osservazioni finali

Le norme prodotte irregolarmente sono quelle che non si conformano ad uno o più dei requisiti stabiliti da altre norme dello stesso sistema giuridico che regolano la produzione normativa. L'irregolarità di una norma è il risultato di un'attività interpretativa consistente nella attribuzione di significato alle disposizioni che esprimono le norme stesse, così come delle disposizioni che esprimono le norme sulla produzione giuridica. Le norme irregolari possono, di fatto, essere applicate, ovvero possono essere utilizzate come premesse delle proprie sentenze dagli organi dell'applicazione, in quanto solo le decisioni di alcuni interpreti (ai quali viene attribuita la competenza per decidere sulla legittimità di una norma) impediscono che le norme possano produrre o continuare a produrre conseguenze giuridiche. Il fatto che le norme illegittime abbiano effetti giuridici è una questione strettamente connessa con un'irregolarità strutturale di ogni sistema giuridico: il modo in cui vengono configurati i meccanismi di controllo della legittimità che caratterizzano il sistema. Gli aspetti che prima sono stati menzionati non vengono presi in considerazione dal concetto di applicabilità ma, come si è potuto vedere, sono rilevanti al fine di analizzare le norme giuridiche irregolari.

Riferimenti bibliografici

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, trad. cast. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1979). *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo.
- Atria, F. (2000). *Revisión judicial. El síndrome de la víctima insatisfecha*, «Estudios Público», 79, 2000, 347-402.
- Bieckel, A. (1986). *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press.
- Bobbio, N. (1975). *Per un lessico di teoria generale del diritto*, in Aa.Vv., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 47-55.
- Bulygin, E. (1967). *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, trad. cast. *Sentencia judicial y creación del derecho*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 355-370.

- Bulygin, E. (1982). *Time and Validity*, trad. cast. *Tiempo y Validez*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 195 e ss.
- Bulygin, E. (1990). *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, trad. cast. *Validez y positivismo*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 499-520.
- Bulygin, E. (1995a). *Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho», 9, 1991, 257-270; trad. it. di R. Guastini, in E. Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, 231-256.
- Bulygin, E. (1995b). *Cognition and Interpretation of Law*, in L. Gianformaggio, S. Paulson (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino, Giappichelli, 1995, 11-35.
- Bulygin, E. (2005). *El problema de la validez en Kelsen*, in H. Kelsen, E. Bulygin, R. Walter, *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 99-124.
- Bulygin, E. (2006). *El positivismo jurídico*, México D.F., Fontamara.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Caracciolo, R. (1994). *La noción de sistema jurídico en la teoría del derecho*, México D.F., Fontamara.
- Celano, B. (1999). *La Teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino.
- Celano, B. (2002). *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale (Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto, n. 3)*, Milano, Giuffrè.
- Comanducci, P. (1998). *Kelsen e la clausola alternativa tacita*, in Id., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 139-158.
- Comanducci, P. (2012). *Tomando a Kelsen en serio*, in G. Ramírez Cleves (ed.), *Ecos sobre Kelsen*, Bogotá, Universidad Externado, 439-460.
- Chahuán, M. (2017). *Legislación de excepción. Una propuesta de análisis sobre la base de la teoría del derecho de Hans Kelsen*, «Diritto & Questioni Pubbliche», vol. 17/2, 57-78.
- Chahuán, M. (2018). *Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aspectos realistas que rescatar*, «Análisi e Diritto», vol. 2017, 257-299.
- Ferrer Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- Ferrer Beltrán, J., Rodríguez, J.L. (2011). *Jerarquías normativas y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.
- Ferreres Comellá, V. (1997). *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fiss, O. (2007). *El derecho como razón pública*, Madrid, Marcial Pons.
- Gianformaggio, L., Paulson, S. (eds.) (1995). *Cognition and interpretation of law*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (1992). *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (1996). *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2001). *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Guastini, R. (2013). *The Basic Norm Revisited*, in L. Duarte d'Almeida, J. Gardner, L. Green (eds.), *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford-Portland, Oregon Hart Publishing, 63-76.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del Derech*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid, Trotta.
- Hart, H.L.A. (1958). *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review», vol. 71, No. 4, Feb. 1958, 593-629.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1934). *Reine Rechtslehre* (1ª ed.), trad. cast. *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1960.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*, trad. cast. *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D.F., UNAM, 1989.
- Kelsen, H. (1950). *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2000.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre* (2ª ed.), Wien, Österreichische Staatsdruckerei.
- Kelsen, H. (1962). *Derogation*, in O. Weinberg (ed.), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht-Boston, D. Reidel, 1973, 261-275.
- Kelsen, H. (1965). *Law and Logic*, trad. cast. *Derecho y Lógica*, México D.F., UNAM, 1978.
- Kelsen, H. (1979). *Allgemeine Theorie der Normen*, trad. ing. *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

- Kelsen, H. (1988). *La garantía jurisdiccional de la Constitucional (la justicia constitucional)*, in Id., *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid, Debate, 109-156.
- Marmor, A. (2011) *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press.
- Moreso, J.J. (1993). *Sobre las normas inconstitucionales*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 38, 81-115.
- Moreso, J.J., Navarro, P. (1993). *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Moreso, J.J., Navarro, P. (1996). *Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas*, «Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho», 5, 119-139.
- Navarro, P., Orunesu, C., Rodríguez, J.L., Sucar, G. (2000). *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Analisi e Diritto 2000*, Torino, Giappichelli, 113-152.
- Nino, C.S. (1985). *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea.
- Paulson, S. (1998). *Introduction*, in S. Paulson, B. Litschewsky Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Oxford University Press, xxiii-xxvii.
- Pegoraro, L. (1998). *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, Giappichelli.
- Pino, G. (2012). *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in J.J. Moreso, J.L. Martí (eds.), *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 57-96.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta.
- Ratti, G.B. (2014). *Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación*, «Discusiones», 14, 253-276.
- Raz, J. (1974). *Kelsen's Theory of the Basic Norm*, in Raz 1979, 122-145.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press.
- Rodríguez, J.L. (2011). *Algunas dificultades en la reconstrucción de la dinámica jurídica*, in J. Ferrer Beltrán, G.B. Ratti (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 117-146.
- Ross, A. (1958). *On the Law and Justice*, London, Stevens & Sons, trad. cast. G. Carrió, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, II ed.
- Ross, A. (1969). *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina.

- Rubio Llorente, F. (1997). *Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa*, in Aa.Vv., *Manuel Fraga, Homenaje Académico*, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1411 ss.
- Ruiz Manero, J. (1990). *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ruiz Manero, J. (1995). *On the Tacit Alternative Clause*, in L. Gianformaggio, S. Paulson (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino, Giappichelli, 247-256.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action. A logical Inquiry*, London, Routledge & Keagan Paul.
- Vírgala Foruria, E. (2001). *Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos*, «Revista Española de Derecho Constitucional», 62, 77-124.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons.

Legality on the Frontlines of Administrative Decision-Making

Matija Žgur*

Abstract

In this essay, the author deals with the decision-making practices of frontline administrative officials. In particular, he examines how administrative circulars become the primary source of these officials' decision-making norms, even when their content may be in contrast with hierarchically superior sources of law. The disposition of frontline officials to resort primarily to internal orders of hierarchically superior officials is explained as a consequence of the joint influence of several organizational principles upon their mental faculties. After introducing the problem and its relevance for legal theory, the author first defends the methodological approach to which he subscribes. Thereafter, he presents the central categories and organizational principles framing the institutional operations of public administrations. Finally, he provides a psychologically-informed explanation of the influence exerted by these principles upon the mental faculties of frontline officials which underpin the latter's preference for the use of administrative circulars as primary sources of decision-making norms.

Keywords: Public Administration. Administrative Circulars. Principle of Legality. Frontline Officials. Sources of Law. Psychodeontics.

* Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre, Via Ostiense 163, 00154, Roma, Italia, matija.zgur@uniroma3.it.

The ideas contained in this essay were first presented on 30 September 2019 at an internal seminar at the Department of Law, Roma Tre University and then, subsequently, on 8 November 2019 at the XXV *Seminario Italo-Franco-Luso-Spagnolo di Teoria del diritto* in Genoa. I am grateful to Sebastián Agüero, Federico Arena, Pierluigi Chiassoni, Arianna Colonna, David Duarte, Francesco Ferraro, Patrizio Gonnella, Dario Ippolito, Victoria Kristan, Fabrizio Mastromartino, Diego Papayannis, Ángeles Rodenas, Alessio Sardo and Natalia Scavuzzo for their valuable comments on those occasions. I also thank Bruno Celano, Miguel Fernández Núñez, Valeria Fiorillo, Kenneth E. Himma, Aleš Novak, Leonardo Ravaoli, Giuseppe Rocchè and Marco Segatti for their observations on a previous version of the text. I am fundamentally indebted to Giorgio Pino and Marco Brigaglia for their precious insights into the topic as well as for their countless explanations and suggestions throughout. Finally, I wish to thank two anonymous reviewers for *Analisi e diritto* for their critiques and suggestions.

1. Introduction

Decisions of administrative authorities follow us throughout our lives: be it birth certificates, research grants, building permits, tax decisions or death certificates – authoritative administrative acts fundamentally shape almost every aspect of our social lives, from the cradle to the grave¹. Administrative law represents the bulk of public law produced in today's Western societies – perhaps the majority of all law². Yet, if judged by the attention it has received in jurisprudential literature, one may be forgiven for thinking that it represents little more than a marginal phenomenon. Compared to the vast amounts of literature dedicated to legislative and, particularly, to judicial decision-making in the last decades, their administrative counterpart has been reduced to a mere footnote in mainstream jurisprudence³. Legal philosophers' lack of interest in, and the gap in knowledge on, e.g., the deontological attitudes, interpretative canons, or sources of law employed by administrative officials in their decision-making practices, is hardly comprehensible and – I dare say – unacceptable⁴.

The overlook of administrative decision-making by contemporary mainstream jurisprudence cannot be remedied in the space of a scholarly essay. What I propose here, therefore, is an eminently more limited enterprise. Accordingly, I focus on just one particular practical problem related to a specific type of administrative practice.

¹ Take birth certificates, for instance. Our first contact with (administrative) law is usually simultaneous to our entry into the world: technically speaking, we come to exist as persons in law only when the natural fact of our birth is registered into a birth certificate. The relevance of such registration ought not to be underestimated, as the following example illustrates. While the inscription of certain facts into the birth certificate is merely declaratory of natural facts (such as, for example, the date of birth), it is constitutive of a number of other important facts, including of our names. The inscription of one's gender, for example, is a more problematic issue, as it is controversial whether such an inscription is purely declaratory or constitutive of one's gender – at least for what the law is concerned. Given the unbridgeable abyss between the rigidity of legal categories (here in the form of a limited choice between two, at most three gender categories) and the complexities of gender as a biological category, it seems inevitable that a certain percentage of people will have legally designated a gender that does not correspond to their biological identity. This dissonance can be the source of numerous legal complications. On this point, see Duarte d'Almeida 2013.

² There are numerous reasons for the expansion of the administrative law's reach in the last several decades: the expansion of the State's jurisdiction with the development of the so-called Welfare (Social) State; the related explosion of normative production and, in particular, of sub-statutory acts; the specialization of technical knowledge concentrated in executive agencies; the progressive transferal of law-making (and some adjudicatory) powers from the legislator to the executive etc.

³ I have struggled to find a single comprehensive legal philosophical study of administrative law or public administration in most of the major world languages. I welcome indications to the contrary.

⁴ Characteristic in this sense is Kramer's remarks on H.L.A. Hart: «Hart's tendency to neglect the sundry roles of administrators who give effect to legal norms is likewise badly in need of rectification. Law-application is an enterprise conducted by the administrative branch as well as by the judicial branch of any system of governance» (Kramer 2018: 206).

The practice in question regards the use by frontline officials of administrative circulars as sources of law in their law-applying activities. The problem related to this practice can be explained in two steps. First, in the form of a three-pronged *thesis T* on the nature of the practice in question. I argue that

(T1) frontline administrative officials habitually use circulars as the principal (primary, pre-emptive) source of law in their decision-making practices; that (T2) the attitude *sub T1* develops and persists irrespective of the fact that circulars are not formally recognized sources of law – neither by most contemporary legal systems nor by legal theory; and that (T3) the attitude *sub T1* is a consequence of systemic factors – constitutive of the public administration’s organizational structure – that bear upon the decision-making practices of frontline officials.

Secondly, through a formulation of a proper *legal* problem. The situation just described appears quite unproblematic both from the doctrinal and the jurisprudential points of view. As long as the contents of circular orders are consistent with hierarchically superior, formal sources of law (e.g. the constitution, statutes, government regulations etc.), and merely determine the latter’s content in greater detail, such a practice appears legitimate and consistent with the principle of legality. This is how things are most of the time. However, it seems that the attitude *sub T1* persists even when the contents of such circulars contradict formal legal sources, i.e. even when the contents of a given circular are illegal (*consequence C*). The question, then, is how can we explain that administrative circulars are not only adopted by frontline officials as binding sources of decision-making norms, but that such an attitude persist even in cases where the circulars *qua* sources of law are apparently illegal?

The relevance of the stated problem should not be underestimated: according to this view, the phenomenon in question is not some accidental occurrence, but rather a systemic pathology with important consequences for our understanding of several major jurisprudential themes. In this essay, I explain the described phenomenon in terms of an entrenched normative attitude on the part of the law-applying officials, conditioned by organizational and legal principles constitutive of their decision-making practices. Therefore, I focus on examining the psychological processes characteristic of frontline administrative decision-making. This analysis will bring to light issues relevant to the jurisprudential undertaking: first, related to the nature, emergence, persistence, and the hierarchy of *sources of law* in the public administration; second, with regard to the functioning of the *principle of legality* on the frontlines of administrative decision-making⁵.

⁵ The principle of legality with regard to the executive (the principle of legality *in the strict sense*) denotes the subjection of the executive agencies to the statutes and the constitution, meaning that every act of these bodies, which unilaterally affects the rights of individuals, must not only be conformant to the law but must also be expressly authorized by the law. See Guastini 2016: 146 f.

This essay proceeds as follows. In § 3., I present the conceptual and institutional framework relevant to the analysed phenomenon. In § 4., I propose a psychologically-informed explanation of the phenomenon in question. I conclude in § 5. First (§ 2.), however, I address the problem of the thematic and methodological limits of (one type of) mainstream contemporary jurisprudence and propose an alternative, multidisciplinary approach for legal theory.

2. Public Administration and Legal Theory

Above, I criticized the lack of legal theoretical analyses of administrative law and the public administration. The reasons for this omission may be various, but it seems that they can be reduced to two major problems of contemporary legal philosophy (at least one strand of it): namely, the *what* problem – related to the prevailing subject matter, i.e. judicial decision-making; and the *how* problem – related to the method typically employed for the study of that subject, i.e. the logical analysis of the legal language. Here, I briefly discuss these two problems and then sketch an alternative that I follow in this essay.

The *what* problem can be stated as follows. One of the major shifts that occurred with the rise of the Constitutional State in the latter half of the 20th century has been the extraordinary increase in importance of the judiciary and, in particular, of the newly-formed constitutional courts. With this, the focus of legal scholars dramatically shifted towards judicial decision-making⁶. While there has recently been an increased interest in the legislative discourse as well⁷, the bulk of today's scholarly work remains firmly focused on the analysis of judicial decision-making practices.

The *how* problem, on the other hand, regards the legal theory's methodological approach for the study of this privileged subject matter. While the scholarly marketplace of ideas admits of many approaches to the study of one and the same subject, analytical legal theory, nevertheless, stands today as the paradigmatic jurisprudential approach in many parts of the world⁸. The methodological approach of this school of thought (at least one strand of it) is built around two presuppositions: the "meta-philosophical" presupposition that philosophy is merely the logical analysis of language (rather than an autonomous form of knowledge with its own specific object and corresponding methodology); and the "ontological-juridical" presupposition that law is but a language (a discourse) of normative authorities. It follows that the analytic legal philosophy is, quite simply, the logical analysis of the legal

⁶ See, for example, Celano 2018: chs. 12 & 13; Pino 2008; Pino 2017.

⁷ By way of example, see Waldron 1999, Wintgens 2002, Ferraro 2019.

⁸ Within this type of legal philosophy there are, too, conceptual and methodological differences. Cfr. Himma 2015 and Guastini 2012.

language⁹. Applied to the judicial discourse (understood as meta-language, i.e. as a language or a discourse about the language of the legislator or some other normative authority), the work of analytical scholars revolves around the linguistic analysis of judicial decisions, i.e. of the logical structure of their argumentation, of the interpretative canons employed by judges, their (re)construction of legal institutes, their self-understanding as law-makers etc.¹⁰

The tool-kit of this kind of legal philosophy, as well as the issues analysed with it, has recently come under intense criticism by Marco Brigaglia and Bruno Celano¹¹. These authors argue that contemporary (analytic) legal theory has (1) unjustifiably focused almost exclusively on the analysis of judicial decision-making (with the odd exception of legislative processes) and has, in so doing, (2) limited itself to the logical-argumentative analysis of legal reasoning as the visible, linguistic manifestation of the judges' decision-making process (i.e. the context of justification). Against this, Brigaglia and Celano claim that legal theory ought to (1) expand its field of interests so as to include the analysis of administrative law and the functioning of bureaucratic apparatuses, which represent a crucial part of contemporary legal practices; (2) include into its methodological approach the analysis of psychological processes leading up to the decision – what is typically considered the purview of the context of discovery. Note that this approach requires that legal norms be perceived not as linguistic entities, but rather as psychological entities (mental contents) and rule-based decision-making not as a discursive practice, but rather as socio-psychological in nature. In a previous work, Celano proposed to call this new, psychologically-inspired, naturalized kind of doing legal theory, “psychodeontics”¹².

⁹ Guastini 2012: 51 f.

¹⁰ Guastini 2012: § 2.2. One important offshoot of this approach is the distinction between motives and reasons: the former are considered mental or psychological states – impulses, emotions, attitudes etc. that induce one to have a belief, hold a thesis, adopt a decision; the latter, on the other hand, are linguistic utterances that are publicly presented in favour of a thesis or a decision (they are premises of a reasoning procedure). See Guastini 2012: § 1.5. The methodological consequences drawn from this distinction are criticized by Brigaglia and Celano (see below).

¹¹ Celano 2017, Brigaglia & Celano 2017, Brigaglia & Celano 2018, Brigaglia 2019.

¹² This term first appears in Celano 2017. Celano and Brigaglia are also highly critical of legal philosophy's clear-cut separation between legal theory and sociology of law. On their view, due to an increasing specialization of knowledge, today's legal philosophy has become too narrow in scope and increasingly unable to give new insight into legal phenomena, particularly in the wake of new scientific discoveries (in cognitive and neuro- sciences in particular). Thus, on Celano's and Brigaglia's view, the thematic and methodological divorce between philosophy of law and sociology of law, ought to be abandoned in favour of a more comprehensive, empirically-oriented legal scholarship. Nevertheless, there is a growing awareness of the importance of empirical sciences for legal theory: this is seen in the emergence of a new field of legal studies called “experimental jurisprudence”. Within the ambit of public administration studies, this same awareness has culminated in the establishment of a scholarly *Journal of Behavioral Public Administration*. Some of the more programmatic works in this area include Grimmelikhuijsen et al. 2016, Moynihan 2018, Nørgaard 2018.

In this essay, I follow the main features of this new legal theoretical approach and apply them – more or less faithfully – to the study of a concrete legal phenomenon. I look at the attitudes and dispositions of single legal operators regarding a very particular legal phenomenon (e.g. the use of circulars *qua* sources of law) and in a specific institutional setting (e.g. the frontline public administration)¹³. In so doing, I provide a psychologically-informed analysis of the relevant legal phenomena. I reject the ideal of “full” rationality as the central background presupposition regarding the nature of human decision-making and, rather, embrace the idea of law as created and operated not by some ideal *homo rationalis*, but by real-life individuals with provenly limited and fallible cognitive faculties. I thus accept the “bounded” rationality model of human decision-making¹⁴, and seek to understand how legal operators actually perceive the law that they create and use in their daily practices.

This project avails itself of a wide array of know-how, drawing from the fields of social psychology, organizational studies and sociology. Regardless of its breadth, it is importantly limited in several ways. First, it deals with just one particular type of official practice (the use of administrative circulars as sources of law), and explains it as a consequence of the influence of organizational principles attributable to one particular organizational model of bureaucracy (a Weberian-type bureaucracy). This narrow focus does not mean that other, even diametrically opposite practices cannot be seen to also exist within the same organizational model. Indeed, they do

¹³ I also hope to show that even such obscure little things as administrative circulars can offer important insight into larger theoretical problems. For example, one thing that makes the use of circulars in frontline administrative practices a relevant theoretical problem is the fact that most state legal orders – as well administrative law dogmatics and legal theory – classify administrative circulars as *internal* acts of the administration (see *T2*, above). (On how administrative law scholarship perceives administrative circulars as internal acts, see, for instance, Clarich 2013; Mazzamuto 2015; Ruggeri 1973.) As such, circulars (ought to, supposedly) produce legal effects only within the specific organizational unit in which they are emanated but not in the administration’s external relations with its clients, i.e. they do not (ought not to) create rights and obligations on the part of citizens. Despite this, circulars are continuously used by administrative officials as a means of transmitting binding orders and interpretative directives to their subordinates; they are, moreover, regularly perceived as binding by their addressees, who then regularly treat them as sources of law in authoritatively deciding individual cases. In consequence, circulars come to have a direct bearing on the rights and obligations of citizens, i.e. they become the source of norms which dictates a given decision. There may be still further and more wide-ranging consequences of this phenomenon. For instance, if, as follows from *T1*, frontline officials tend to give precedence to orders from their superiors contained in circulars over any other source of law, then this reality should somehow reverberate on our theories of the sources of law. Even more importantly: if *T3* is true, and the use of circulars *qua* sources of law among frontline administrative officials is a systemic consequence of the normative design of our legal systems – and if this is further connected with the above “conclusion C” – then relevant theoretical consequences with respect to how the principle of legality functions in concrete circumstances of law-application ought to follow.

¹⁴ The idea of bounded rationality was introduced to this field of study by Herbert Simon. See Simon 1997.

exist and surely have some effect on the attitudes and dispositions here examined¹⁵. Nevertheless, they cannot here be examined in detail. Moreover, this project also does not pretend to say anything about the nature of similar official practices within different organizational models, although it can be expected that the results will be different depending particularly on the rigidity of vertical relations in an organization. Second, it attempts to explain the attitudes of frontline officials only in relation to the influences originating from the organization itself. It does not, for example, take into consideration the influence of the officials' personal characteristics of their official behaviour¹⁶, although these factors are indeed relevant in understanding the bureaucratic behaviour and would require further consideration in the future.

With these limitations in mind, let us now proceed with analysing the main problem.

3. The “Mysteries” of Bureaucracy’s Inner Workings on Display

The administrative practice that is the object of *thesis T* (§ 1.), and the problems related to it, can be elucidated on a concrete example.

Consider Art. 94 of the Slovenian Civil Servants Act. This legislative provision regulates the performance of the public officials' work in accordance with instructions and directions of superior officials¹⁷. It determines, among other things, that civil servants are obligated to perform the tasks, required from them by their superiors, according to the latter's written directions and instructions¹⁸. Should, however, such directions or instructions require unlawful conduct, the subordinate officials may refuse to carry them out, while they must refuse to do so if their actions would amount to a criminal offence. If they nevertheless follow the given written instructions, and in so doing cause damages to a third party or commit a disciplinary violation, they do not incur tort liability. This, on the other hand, also means that they are not released from responsibility for actions carried out on the instruction of superior officials that constitute a criminal offence.

This regulation appears to establish a reasonable balance between two fundamental, yet antagonistic operational principles in the public administration, namely the principle of obedience to superiors (the hierarchical principle), on the one hand,

¹⁵ For general theoretical studies of public administration, see, for instance, Hummel 2015, Fredrickson et al. 2012, Simon 1997 etc.

¹⁶ On how the individual's personality may affect her organizational behaviour, see, for instance, DeHart-Davis 2007.

¹⁷ Similar provisions, with substantively the same content, can be found in many other similar legal orders. In this sense, the example is a paradigmatic one.

¹⁸ More specifically, the officials are required to perform the requested work or to perform the work in the requested manner.

and the principle of legality, on the other hand. According to the balance struck by the legislator, the obedience to orders emanated by superior officials is to be considered the rule, while disobedience represents an exception, legitimate only insofar as the required behaviour would either amount to an unlawful act or constitute a crime.

Consider now the case that some superior official issues – via an administrative circular – an instruction to her subordinates in which she requires of them to commit an illegal act: for example, to erase from the registry of permanent residents a select group of individuals, without there being a legislative mandate for doing so and in clear violation of fundamental constitutional rights of these individuals¹⁹. Supposing that such an instruction raises no serious interpretative issues, so that it is more or less obvious to all addressees that they are being ordered to commit an illegal act, the question that interests us here – one which is at the centre of this investigation – is: why would the officials, to whom the unlawful instruction is addressed, comply with the illegal order, despite a legislative requirement to disobey? How can their compliance with illegal orders be explained?

The claim that I support in this essay – one premised on the *thesis T*, and expressed in the *consequence C* (§ 1.) – is that frontline officials, charged with executing an unlawful order, by and large (i.e. consistently, as a matter of rule etc.) perform the required action, regardless of the fact that some other legal rule prescribes the possibility, or indeed the obligation, to refuse to execute such an order, and regardless of the negative consequences, they may later face for doing so²⁰. Their tendency to do so, I claim, is the result of a combined influence of several organizational principles on the psychological processes involved in these officials' decision-making. Put in other terms, I claim that in the specific organizational settings, the (influence of the) hierarchical principle will tendentiously prevail over the (influence of the) principle of legality, not only in normal cases but also in most non-normal, i.e. exceptional cases²¹.

¹⁹ This is what happened in the case of the so-called Erased when, in February 1992, the administrative authorities of the newly-established Republic of Slovenia perpetrated an unconstitutional erasure of more than 25.000 individuals from the registers of permanent residents on the basis of a series of “in-house” instructions (circulars) issued by the ministry of the interior. For a detailed legal account of the Erasure, see Kogovšek Šalamon 2016 and the ECtHR decision in *Kurić et al. vs. Slovenia*.

²⁰ Note that I will be attempting to provide only a very general scheme of the psychological mechanisms involved in the officials' decision-making, which means that numerous factors involved therein will be abstracted or, indeed, omitted. For instance, the pragmatic considerations involved in deciding whether or not to follow illegal orders, including trade-offs between the costs of disobeying the superiors' illegal orders and the costs of the punishment for obeying such orders, intuitively seem to be an important factor in the individual's decision about whether to obey or not. Nevertheless, such factors will not be explored separately here, but only as part of the whole set of factors bearing on a given decision.

²¹ I should make two qualifications in this regard. (1) It seems quite plausible that the nature of an official's mental processes involved in her response to an order that is “merely” unlawful will be different than in the case of an order requiring her to commit a criminal offence. But absent empirical proof, I

In the rest of this essay, I aim to explain the reasons for this being the case. First (§ 3.1.), I briefly discuss some key concepts employed in this essay, while in the next segment (§ 3.2.), I discuss the organizational principles that underlie and determine the relevant activities of public administration officials. Thereafter (§ 4.), I provide a psychologically-based explanation of the phenomenon.

3.1. “The Who” and “the What” of Bureaucracy: Some Conceptual Clarifications

In this segment, I elaborate on three key terms that are at the centre of this work, namely (i) frontline administrative officials, (ii) administrative circulars, and (iii) sources of law. This will, hopefully, help us avoid some misunderstandings and permit us to better focus the discussion.

I begin with the term *frontline administrative officials*. To those familiar with bureaucratic studies, the term may sound familiar. That is because it bears a resemblance to “street-level officials” (or bureaucrats), a term introduced by M. Lipsky in his well-known study of everyday bureaucratic activities²². Though similar, the two terms should not be understood as interchangeable. According to Lipsky, street-level bureaucrats are «[p]ublic service workers who interact directly with citizens in the course of their jobs, and who have substantial discretion in the execution of their work»²³. Examples include law enforcement officials, judges and other court officers, but also teachers, social and health workers as well as «many other public employees who grant access to government programs and provide services within them»²⁴. In this essays, on the other hand, the term frontline officials is used to denote a more circumscribed set of public officials, i.e. those agents of public administrative agencies (such as government ministries or similar units of the executive branch) that are authorized by law with enforcing legal regulations on behalf of the state, predominantly by issuing written authoritative administrative acts in cases regarding the rights and duties of persons in their relation to the state²⁵. While the two sets may overlap (e.g.

shall henceforth disregard this possible difference. (2) I consider it perfectly viable that my argument stops in extreme cases, such as, for example, should a superior ministerial official order her subordinates to burn down the entire building of the ministry for no specific reason; or to kill a client in front of them because of the colour of their hair; or perform some similar, bizarre and completely unwarranted action, unrelated to the jurisdiction of that organ. The issue, however, is more complex when militarized organs are considered. There, the principle of hierarchical obedience is significantly more emphasized than in a classical bureaucracy and ample proof suggests that obedience to even manifestly illegal orders, such as the torture of prisoners, is not to be excluded in such contexts. Cfr. Iafate 2016; Zimbardo 2007 (in reference to the Abu Ghraib prison case).

²² Lipsky 2010.

²³ Lipsky 2010: 3.

²⁴ Lipsky 2010: 3.

²⁵ I am excluding from my consideration members of armed forces, including the police. The reasons for this are, in part, elaborated above in note 20.

social workers may function as street-level bureaucrats when visiting a couple to verify whether they comply with the requirements for adopting a child and as frontline administrative officials when issuing an administrative decision on child allowances), there are also relevant differences between the two: for one, frontline officials, unlike street-level officials, do not typically perform material acts, but only issue individual authoritative administrative acts. Regardless, Lipsky's definition does emphasize two characteristics that are also central for our definition of frontline officials: (i) they are those (the only) officials whose decisions directly affect third parties (i.e. citizens); and (ii) they wield substantial *de facto* discretion in applying the law in their contacts with these third parties. I should add, (iii) that the officials in question are also the last link in the hierarchical chain of command in a particular administrative agency, and are, as such, exclusively the addressees of orders from superior officials, unable to transmit them themselves to further subordinate officials.

Note that characteristics (i) and (ii) refer to the officials' external relations with citizens, while characteristic (iii) pertains to the officials' internal relations with their superiors. Note also that the two poles ((i) & (ii), on the one hand, and (iii), on the other hand) appear to be in tension: paradoxically, frontline officials seem to have ample *de facto* discretion in law-application in concrete cases (the external dimension)²⁶; and are limited in their discretion by their superior officials' interpretation of the relevant legal sources (the internal dimension)²⁷. While it would be interesting and necessary to analyse how this tension resolves in concrete circumstances, I do not engage with the problem here²⁸. Rather, I focus only on the inner workings of the public administration, and thus only on the (power) relations running from hierarchically superior towards hierarchically inferior public officials²⁹.

Let us now examine the term *administrative circulars*. For the purposes of this essay, I perceive administrative circulars as various kinds of written communication emanated by a hierarchically superordinate official, addressed to a larger number of hierarchically subordinate officials within the same administrative organization

²⁶ In Žgur 2018, I distinguished between three types of discretion in relation to the frontline officials' law-application in a concrete case: first, whether the law as such will be applied at all; second, which norm will be applied in the given case (among the apparently applicable ones); third, how a given norm will be applied (the matter of the norm's interpretation). On how this discretion reverberates on the frontlines, see Barsky 2016.

²⁷ Cfr. Merkl 1987, who recognizes that statutes can never fully and precisely tell us what ought to be done in a particular case and, thus, that there is always an element of discretion present in the application of the law by the ultimate (frontline) legal official.

²⁸ Cfr. Oberfeld 2010.

²⁹ Crozier argues that there are always two types of power present in hierarchical organizations: opposite to the hierarchical power of superior officials is the bottom-up "power of the expert". As said, neither the nature of this latter nor the nature of the relationship between the two is the object of the present analysis. See Crozier 2000: 183 ff.

(or a different organization belonging to the same chain of command)³⁰. On a more detailed look, three salient sets of characteristics of such communication can be identified, namely (i) form-related, (ii) content-related, and (iii) function-related characteristics. Let's examine each briefly.

First, as to their *form*, circulars bear the following characteristics: (a) they are a *written* form of communication. While circular orders may be issued orally, this possibility is of no interest here for several reasons. According to Weber, whose model of bureaucracy is here employed (see below, § 3.2), written official communication is a typical characteristic of bureaucracies, useful and necessary for the pursuit of several organizational objectives (e.g. efficiency, precision, traceability etc.)³¹. Also, it has been shown that «[w]ritten rules are more likely than unwritten rules to receive higher compliance»³². Finally, the traceability of written communication greatly facilitates its *ex post* analysis³³. (b) The official *naming* of such acts is here irrelevant – acts with the same function may sometimes be called “instructions”, “internal guidelines”, “notifications”, “protocols”, “memorandums” and so on. A circular's name will usually depend on the content of the communication, but will have no bearing on its authoritative weight – which will rather depend on its content³⁴. (c) The circular-issuing individual is typically not in any way limited by any formalized *procedure* for their issuing. Second, the circulars' *content* can be highly diverse, and can include raw data, specific orders³⁵, more general directives, interpretative guidelines etc.³⁶ Importantly, the form of communication does not, in any way, limit the content that can be transmitted through it. Finally, as to their *function*, circulars are a particularly useful instrument of governance in hierarchical bureaucracies, as they may serve numerous functions³⁷. Co-ordination of opera-

³⁰ Circulars are not necessarily an instrument of hierarchically superior offices. As Giannini argues, «non è vero che sia necessario un rapporto di gerarchia, di supremazia, e altro qualunque rapporto organizzatori, per poter diramare circolari. In altro ordine di concetti si può dire che non esiste un 'potere' di dirigere circolari, essendo la circolare una misura da ogni ufficio adottabile» (Giannini 1960).

³¹ Cfr. Weber 1978: 957.

³² See DeHart-Davis et al. 2013.

³³ Traceability is a key characteristic of any document, and is particularly relevant in bureaucratic organizations. Cfr. Ferraris 2014.

³⁴ Cfr. Giannini 1960.

³⁵ Due to the nature of circulars, their content cannot be an individualized order to a specific subordinate official.

³⁶ Cfr. Chiti's definition of circulars, as «atti la cui unica caratteristica omogenea è di essere indirizzati ad una pluralità di figure giuridiche soggettive, cui vengono comunicate disposizioni generali ed altri contenuti di disparata natura» (Chiti 1988).

³⁷ Legal scholarship has for some time acknowledged that circulars have a *de facto* central role in administrative decision-making. Cfr. Romano 1959: 117: «gli organi amministrativi, nello svolgimento dell'attività di loro competenza, operano pressoché esclusivamente sulla base delle circolari a loro impartite, trascurando generalmente di tenere diretto conto dei testi di legge, per la cui applicazione pure dette circolari sono emanate»; Hogan 1987: 194: «there is some evidence that some Government Departments

tions in complex organizations requires, among other things, that members of the bureau be informed of the tasks they are required to perform, and of the manner in which they are to perform them. Seeing how political leaders at the apex of the executive-administrative apparatus mostly operate with broad policy orientations and programmatic goals, progressively lower levels of officialdom must see to it that they be appropriately specified in order to be implementable by the frontline officials. To assure that the “message” does not become (overly) distorted, that is, in order that the content of individual administrative acts respects to the greatest possible extent the policy goals, it is necessary that the “hierarchy of authority” is properly aligned with “the hierarchy of knowledge”³⁸: officials at each level serve as kind of “communication intermediaries”, screening out information received from superiors which they deem relevant for lower-level officials in order for them to effectively exercise their duties. The transmission of relevant information downwards in bureaucracies typically flows precisely by way of circulars.

Finally, let us elucidate the term *source of law*. Administrative circulars, we said, serve as sources of law in the decision-making practices of frontline administrative officials. The term “source” (of law) is to be understood as some *thing* (a *fact*) from which officials draw legal norms on the basis of which they then decide in concrete cases. There is little, if any *a priori* limits as to what kinds of facts can count as sources of law³⁹. On the one hand, different legal theories impose their own criteria and conditions as to what can (ought to) be properly considered a source of law⁴⁰. On the other hand, as a matter of fact, each legal system has its own particular set of sources of law, whereby the conditions for something counting as a source of law in that legal system are determined by the (positive) law itself⁴¹. Such a standard, “top down” conception of legal sources (“top down” because it presumes that law is a system of hierarchically organized sources of law, whereby the hierarchically superior ones determine the conditions of existence of hierarchically inferior ones) is here rejected as part of the “traditional” way of doing legal philosophy⁴². As

prefer to issue – almost as a matter of policy – administrative rules and circulars rather than opt for legislation»; Chiti 1988: «Mentre infatti per la migliore dottrina non esiste un problema [delle] circolari, dato che queste non risultano atti sostanziali bensì mere misure di comunicazione di regolamenti, direttive, ecc [...] nella prassi amministrativa – al contrario – le circolari svolgono un ruolo fondamentale finendo per risultare il vero punto di riferimento dell’operato degli organi agenti, ed imponendosi come un diaframma rispetto al dettato legislativo»; and so on. Cfr. also Gjergji 2013 for its fundamental role in governing entire legal (sub)fields.

³⁸ See Marx 1971: addition to § 297. Cfr. also Crozier 2000: 183: «Lo strumento principale della gerarchia sarà in definitiva la manipolazione delle informazioni o almeno il controllo dell’accesso alle informazioni».

³⁹ Cfr. Pino 2020: 2.2.; Guastini 2014: 111.

⁴⁰ Legal positivism, for instance, requires that these facts be “social” facts. Cfr. Raz 1979: 37.

⁴¹ Guastini 2014: 110 ff. In this sense, the law is an autopoietic phenomenon.

⁴² This, however, does not mean that (i) the system of legal source is not normatively so organized

part of the “new” legal theory, the conception of what constitutes a source of law advocated in this essay starts from the point of view of legal officials charged with deciding concrete cases. I argue that it is their understanding of what makes something a source of law that ought to be the primary focus of this kind of legal theory. In this sense, a more satisfying definition has recently been proposed by Giorgio Pino⁴³. Pino argues that «for some fact F to count as a source of law, a practice of recognition must be in place among the law-applying officials to the effect that F is to be consulted in order to know what counts as law»⁴⁴. The definition focuses on the conditions compliant to which a given fact is transformed into a source of law in the practices of a certain set of officials. On Pino’s view these conditions regard in particular the *regularity* of the officials’ practices. Firstly, the practice of recognizing some fact F as a source of law must be of a certain *intensity*, i.e. there must be a certain amount of officials that repetitively – as a matter of course, normally etc. – treat F as a source of law. Of course, it is impossible to determine in advance with any exactness just how many officials and with what intensity must engage in such a practice – but the point is, I believe, nevertheless clear. Secondly, as to the qualitative side of these practices, it does not suffice – argues Pino – that a mere «factual regularity» or «a convergence by mere happenstance» is in place. Rather, «the relevant regularity is of a *normative* kind», meaning that «the convergence of behavior [is] associated with a *normative attitude*, evidenced by a social pressure for conformity»⁴⁵. In other terms, the relevant officials of the legal system must perceive themselves as required (bound, obligated etc.) to use the fact F as a source of law, i.e. as the source from which norms that are to be used in deciding concrete cases are drawn. This, on pain of having their decisions overruled, suffering disciplinary punishment or similar⁴⁶.

Pino’s definition certainly hits the mark in accounting for what is required for some fact to be considered by the sundry officials of a given system as a source of law which they are *legally* required to employ in their decision-making. Put briefly, it all boils down to a specific *attitude* by the relevant officials which manifests itself in a particular practice of recognition (of some fact F as a source of law). However, this definition does not engage with the origins and the specific nature of the relevant attitude – nor is that its intent, of course. It remains uncommitted to any explanation

(because it is), and that (ii) officials of the system do not, for the most part, actually respect this hierarchy (because they do).

⁴³ As per author’s declaration, the definition is Hartian in its essence. See Pino 2020: 2.1. Cfr. Hart 1994: ch. VI.2.

⁴⁴ Pino 2020: 2.2.

⁴⁵ Pino 2020: 2.2 (Emphases are mine). Note that «when such a normative attitude is in place, we will say that the law-applying institutions are ‘legally required’ to use a given source of law». The focus of this discussion is precisely on legal sources of law.

⁴⁶ Cfr. note 20, above. See also Pino 2020: 2.2.

as to how this attitude comes to existence, how it is maintained, or how deeply it is anchored in the minds of the officials. Thus, Pino's definition of what constitutes a source of law is a good starting point for the purposes of this essay. What it needs, if it to be useful in the context of this particular investigation, however, is a psychologically-informed upgrade – one which I attempt to provide below (in § 4.).

3.2. *Framing the “Bureaucratic Mind”: the Organizational Structure of Contemporary Bureaucracies*

In this segment, I discuss several organizational principles, constitutive of the practices of frontline public administrative officials. While other principles may be involved in framing these practices, I consider these to be decisive in forming the relevant “bureaucratic mind”⁴⁷. The principles of political neutrality, professionalization, rule-reliance and accountability are thus analysed below. These principles support and complement the two central operational principles in administrative agencies, i.e. the hierarchy principle and the legality principle (§ 3.)⁴⁸. In this analysis, I presuppose a classical, Weberian-oriented model of bureaucracy – of its structure and functions⁴⁹. While this model may not be fully representative of how today's Western public administrations are organized – in light of numerous organizational changes they underwent in the last decades –, I nevertheless assume that, on the whole, it is a sufficiently useful working model. In particular, because the general tendency towards action rationalization, the hierarchical organization of relations, and the neat division of labour (horizontal and vertical) are those characteristics of the Weberian model of bureaucracy that continue to hold a preeminent role in contemporary administrative organizations and profoundly affect the attitudes of officials working within them. Going forward, the limitations of the explanatory power of this essay in light of its circumscribed perspective ought to nevertheless be kept in mind.

(i) *Political neutrality & professionalization.* Considering the nature of the frontline officials' work, their “contamination” with politically-sensitive materials is inevitable. The requirement of political neutrality should thus be understood not as a full rejection of the officials' participation in policy activities (something quite

⁴⁷ With this expression, I refer to a set of dispositions and attitudes usually attributed to bureaucrats. In our cultural milieu – that of continental Europe, civil law systems – it is sufficient to recall Franz Kafka's work to realize that the generality of us share a set of background clichés and intuitions about, but also similar personal experiences with, the typical functioning of administrative officials. See Kafka 2014 (especially the novels *The Trial* and *The Castle*).

⁴⁸ In practice, these principles are inter-related and, at times, difficult to distinguish as the following discussion will show. Nevertheless, it is possible and useful to analyse them separately.

⁴⁹ See especially Weber 1978: ch. XI.

impossible), but rather as requiring that «administrators, in their professional capacity of public functionaries, should not take sides in political controversies»⁵⁰. Thus, while as citizens, they will naturally have their political preferences, they nevertheless ought to – to the greatest possible extent – refrain from publicly expressing them and from taking part in partisan politics, and rather exercise their duties on the basis of laws and professional standards⁵¹. In this sense, the requirement of political neutrality is a public administration-specific version of the more general requirement of *professionalization*. Professionalization of the bureaucratic occupation is characterized (established and maintained), among others, by the following: attribution of a specific power (stemming from the officials' specific institutional position); highly specialized knowledge which is obtained through continued vocational (juridical) training; operational specialization; full-time occupation; an objectivized merit-based systems of selection; a transparent system of promotion and remuneration; a guarantee of vocational security; a distinctive professional culture etc.⁵² Particularly relevant for our discussion is that administrative officials *qua* professionals have at least some basic legal education and are continuously trained in the specific subject matter of their competence⁵³.

(ii) *Accountability*. From the public administration's institutional position stems its accountability to the political apex of the executive branch⁵⁴. By extension, the same applies within individual administrative agencies: lower-level officials are accountable for their actions to higher-level officials. The establishment of accountability is thus a manner of regulating power relations within bureaucratic organizations⁵⁵. Clearly, there is a strong, and at times inseparable connection between the principles of accountability and hierarchy. Indeed, the latter is a universal feature of all (contemporary) bureaucracies⁵⁶ and the “default option” for

⁵⁰ Overeem 2005: 313. The proper distinction between politics and policy is here crucial. See Overeem 2005: 318 ff; cfr. Kernaghan 1976.

⁵¹ This requirement is, in other words, «a shorthand expression for the impartiality of administrators in political issues» (Overeem 2005: 313). As a more specific principle, *impartiality* requires that officials have no personal stake in the case at hand, meaning that they have no (improper) interest in the outcome as such, a (improper) preference for a particular outcome, nor «a relation to one party to a dispute that made it unfair for the decision maker to decide between the parties» (Endicott 2011: 154). Cfr. Kramer 2007: 53 ff. discussing impartiality as a crucial ingredient of the Rule of Law.

⁵² Cfr. Ritzer 1975: 631.

⁵³ Cfr. Weber 2004: 44 ff. On the relevance of training, see below (§ 4.).

⁵⁴ The exact nature of this relationship will depend on the wider characteristics of the system of power relations in a given state. Cfr. Elgie 1997; Peters & Pierre 2012: Part 7.

⁵⁵ Cfr. Crozier 2000: 178.

⁵⁶ Cfr. Weber 1978: 957: «The principle of *office hierarchy* and of channels of appeal (*Instanzenzug*) stipulate a clearly established system of super- and sub-ordination in which there is a supervision of the lower offices by the higher ones. Such a system offers the governed the possibility of appealing, in a precisely regulated manner, the decision of a lower office to the corresponding superior authority».

establishing accountability⁵⁷. Here, I believe it is important to distinguish between the administrative officials' *external accountability* towards third parties and their *internal accountability* towards their superior officials. While the two are sometimes connected, I am here interested specifically in the latter. An official's internal accountability can be further distinguished into her *collective accountability* as a member of a given set of hierarchically equivalent officials, or of her particular agency (or the public administration as such), towards the superior officials or the political leadership, and her *individual accountability* towards her immediately superior official. With regards to the latter, we also ought to distinguish between an official's accountability related to authoritative acts she issues in the name of the public administration and her accountability for other work-related actions. It is the former that interests us here. Now, while the reasons, as well as the specific mechanisms for asserting an official's individual, internal accountability for decisions she adopts via individual administrative acts, vary with each particular legal system, we may nevertheless identify several general factors whose nature on my view importantly influences the official's responses to different types of orders received from superiors. For example, it is reasonable to assume that an official will behave differently depending on whether the official overseeing her actions is either the directly hierarchically superior official in the same executive chain of command or some external (judicial) agent (note that in this case accountability is properly external). Also, the type of legal mechanisms with which the supervisory body may intervene in relation to the frontline official's authoritative acts will likewise bear on the latter's actions: the freedom an official feels she has in her decision-making will certainly differ if the supervisory body may, for instance, only invalidate her decision and return it to her for reconsideration, or if it may overturn it and decide on the merits itself⁵⁸. In the latter case, it is likely that the hierarchically subordinate official will feel more bound by what she believes to be the will of the superordinate official than in the former case. It could be said that in general, «the distribution of power, and the power relations within an organization have a decisive influence on the possibilities and on the ways its members adapt, as well as on the effectiveness of the organization as a whole»⁵⁹.

(iii) *Rule-reliance*. On Weber's account, two fundamental characteristics of bureaucracy are (a) that «[t]he management of the modern office is based upon

⁵⁷ Meier & Hill 2007: 64.

⁵⁸ Cfr. Weber 1978: 218: «Hierarchies differ in respect to whether and in what cases complaints can lead to a "correct" ruling from a higher authority itself, or whether the responsibility for such change is left to the lower office, the conduct of which was the subject of the complaint».

⁵⁹ Cfr. the original (Italian) text: «la distribuzione del potere e il sistema dei rapporti di potere nell'ambito di un'organizzazione hanno un'influenza decisiva sulle possibilità e sui modi di adattamento di ciascuno dei suoi membri e sull'efficacia dell'organizzazione nel suo complesso» (Crozier 2000: 164).

written documents» and (b) that «[t]he management of the office follows *general rules*, which are more or less stable, more or less exhaustive, and which can be learned»⁶⁰. In other terms, the overall impregnation of the bureaucratic environment with *written* and *general rules* is arguably its most characteristic aspect, as well as the clearest manifestation of the rationalizing character of bureaucracies. It is this characteristic which, in particular, makes bureaucracies technically superior to all other forms of organization in that the rule-based work provides, among others, for superior precision, predictability, (hierarchical) control and speed of work at a lower cost⁶¹. Pre-established, general rules regulate all aspects of the organization's existence, from its internal structure and functional division of labour, the system of salaries and promotions, the mechanisms of internal communication and so forth. As for the latter, we said that circulars are typically the primary vehicle of communication within bureaus. Such a manner of communication has certain upsides, but also certain drawbacks. Merton, for instance, emphasizes one of the upsides of rule-based functioning by saying that it «preclude[s] the necessity for the issuance of specific instructions for each specific case»⁶², reducing both the time and the costs of decision-making as well as increasing its predictability. However, paradoxically, if the rule-based organizational system is too invasive, i.e. if there is no space left for discretion at any level of work, the positive value of hierarchical relations greatly diminishes to the detriment of the individuals and the organization itself⁶³.

The previous segment (§ 3.1) served to expound the conceptual alphabet of this discussion. In this one, we examined the institutional setting within which the circulars-as-sources phenomenon takes place. In the next section, I provide an explanation of how the organizational principles described above contribute to the development of the relevant psychological mind frame.

4. The “Bureaucratic Mind” (Partially) Explained

Above, I proposed that frontline administrative officials ordered to execute an unlawful act will routinely follow such an instruction – within certain limits, of course. I attributed this strong deferential tendency, at least in part, to the influence exerted over their cognitive processes by the organizational elements that shape

⁶⁰ Weber 1978: 957 f.

⁶¹ Cfr. Weber 1978: 973 ff.

⁶² Merton 1940: 561; see also Schauer 1991: 147: «A rule-based system is [...] able to process more cases, operate with less expenditure of human resources, and, insofar as rule-based simplicity fosters greater predictability as well, keep a larger number of events from being formally adjudicated at all».

⁶³ Cfr. Crozier 2000: 210 f.

the institutional environment in which they operate⁶⁴. Here, I provide a (sketchy) psychologically-based explanation of these influences.

The genetics of bureaucratic compliance share their fundamental building blocks with most other manifestations of authority-deferring behaviour. Seeing how bureaucracy is «formally the most rational known means of exercising authority over human beings»⁶⁵, it is to be expected that the mechanisms involved in obedient behaviour in general, will be present *a fortiori* in the bureaucratic setting. In this sense, Milgram's classical study provides sufficient fundamentals for understanding the psychological mechanisms of obedience among bureaucrats⁶⁶.

Milgram distinguishes between the preconditions of obedient behaviour (the “antecedent conditions of obedience”) and the factors that help maintain one's obedience (its “binding factors”). The antecedent conditions of obedience are the «forces that shaped [one's] basic orientation to the social world and laid the groundwork for obedience»⁶⁷. These factors can roughly be distinguished into the antecedent conditions proper and the “immediately antecedent conditions”. The former provide «the background against which [one's] habits of conduct were formed» and are independent of any particular institutional situation⁶⁸. For this reason, they are of no particular interest here. On the other hand, the immediately antecedent conditions lead directly to the so-called agentic state in a particular situation and are conditioned by it⁶⁹. These factors jointly contribute to the formation of the perception on the part of the individual faced with a particular institutional context that she is entering a situation in which it is appropriate for her to expect that she will be submitted to an authority, which in that situation may legitimately issue orders to her⁷⁰. The formation of the agentic state is crucially determined by whether or not the individual's entry into a given situation is voluntary or not, and, in consequence, by her acceptance of the legitimacy of that authoritative situation as such⁷¹. In short, on

⁶⁴ See Merton 1940 (especially pp. 562-654).

⁶⁵ Weber 1978: 223.

⁶⁶ Milgram 1974.

⁶⁷ Milgram 1974: 135.

⁶⁸ These conditions include «the individual's family experience, the general societal setting built on impersonal systems of authority, and extended experience with a reward structure in which compliance with authority is rewarded». Perhaps the most relevant point here regards the results of the last-mentioned insertion within authority structures. Milgram notes that the result of these experiences is «the *internalization of the social order* – that is, internalizing the set of axioms by which social life is conducted. And the chief axiom is: do what the man in charge says» (Milgram 1974: 138).

⁶⁹ Milgram defines the agentic state as «the condition a person is in when he sees himself as an agent for carrying out another person's wishes» (Milgram 1974: 133-4). It is important to note that being in an agentic state does not equal being obedient to the authority's demands. It simply «enhances the likelihood of obedience» (Milgram 1974: 148).

⁷⁰ See Milgram 1974: 138-143. See also note 20, point (2), above.

⁷¹ That is, as representing a «legitimate realm[s] of activity [...] justified by the values and needs of society» (Milgram 1974: 142).

Milgram's view, «[a]n authority system [...] consists of a minimum of two persons sharing the expectation that one of them has the right to prescribe behavior for the other», whereby «[t]here is a general agreement not only that [one] *can* influence behavior but that he *ought* to be able to»⁷². Of the two, the individual holding the expectation that she ought to be subject to the other's orders, is thus the one in the agentic state. The agentic state is, in simple terms, an individual's psychological disposition to follow orders from a given authority. After this brief general introduction into the psychology of obedience, I examine the relevant psychological modifications in an agent's cognitive makeup in the context of the administrative frontlines.

Bureaucracy's technical superiority over other systems of governance – which includes the superior exercise of authority – has already been mentioned (§ 3.2). This superiority is achieved, on the one hand, through a rational organization of the bureau's processes which, in this case, can be considered a “constant variable”⁷³; on the other hand, from the personnel point of view, if the organization is to be successful in achieving its goals, it must «attain a high degree of reliability of behavior, an unusual degree of conformity with prescribed patterns of action».⁷⁴ To achieve such behavioural predictability and reliability, bureaucracies resort to a high level of disciplination of the officials' actions, which must be supported «by strong sentiments which entail[s] devotion to one's duties»⁷⁵. First, I briefly discuss the latter, and then focus on the former of the two factors.

A strong sentimental attachment to the organization, particularly to its goals and organizational rules, on the part of officials, is usually the result of several factors, all of which cannot be fully discussed here. For instance, the fact that not only do officials voluntarily enter the bureaucratic workforce, but that to obtain employment in the civil service they must typically participate in a selection procedure, will undoubtedly strengthen their emotive bond with the organization: those who result as winners of such competitive processes will inevitably be instilled with a particular sense of pride in their achievement which will bind them to the organization from the very beginning. Moreover, the characteristics of employment in public administration (the “vocational security”) are also an important binding factor: «The function of security of tenure, pensions, incremental salaries and regularized procedures

⁷² Milgram 1974: 142-3. When more than two individuals are brought into a system, the coordination requirement will inevitably bring them into a pyramidal form of hierarchical organization. Cfr. Milgram 1974: 128 ff.

⁷³ By this somewhat oxymoronic phrase, I mean that, on the one hand, there are differences in the organizational make up of bureaucratic institution, as well as that the organization of a single institution may change in time (this is the “variable” part of the phrase); on the other hand, these changes typically occur over longer periods of time and, in particular, are seen as fixed and unalterable by a given individual upon his entry into it (this is the “constant” part of the phrase).

⁷⁴ Merton 1940: 562.

⁷⁵ Merton 1940: 562.

for promotion is to ensure the devoted performance of official duties»⁷⁶. Again, it is important to remember that the devotion of bureaucrats is not focused so much on a particular person, as it is on «*impersonal and functional purposes*»⁷⁷.

Weber defined (the notion of) discipline as the «probability that by virtue of habituation a command will receive prompt and automatic obedience in stereotyped forms, on the part of a given group of persons»⁷⁸. In relation to this – highly psychologized – definition, it is useful to distinguish between (i) the *goals* of discipline and (ii) the *means* (the techniques) of disciplining⁷⁹. In line with the above definition, the goal of discipline is quite simply “to discipline” – be it an individual or a collective, or rather, a particular activity of theirs. Disciplination of someone (or something), in other terms, can be seen as a systemic effort to transform, to the maximal possible extent, an agents’ disposition to defer to the authority into actual obedience of the authority’s commands⁸⁰. Specifically, the disciplination process strives to produce in the agent a near-perfect reiteration of a specific, predetermined type of behaviour and, what ultimately amounts to the same, to avoid, as much as possible, any deviation from those predetermined types of behaviour⁸¹.

On the other hand, several typical means by which disciplining occurs can be distinguished: (a) the preventive organization of the activity, (b) the training required for carrying out that activity, and (c) the monitoring of the activity’s execution⁸². Here, I only deal with the former two, with particular emphasis on the training⁸³.

(a) *The preventive organization of (bureaucratic) activities*. At this point, the effect of the organizational structure over the bureaucratic agents’ behaviour needn’t be emphasized any further – after all, this is precisely the central topic of this essay

⁷⁶ Merton 1940: 561 (cfr. also p. 564).

⁷⁷ Weber 1978: 959. Nevertheless, it seems sensible to believe that subordinate officials will at least attempt to attune their actions to what they perceive are the wishes of the immediately superior official, especially when the latter controls the mechanisms of their promotion or similar.

⁷⁸ Weber 1978: 53.

⁷⁹ Brigaglia 2019: 235 ff.

⁸⁰ Cfr. Brigaglia 2019: 236: «Lo scopo caratteristico del potere disciplinare è, anzitutto, ottenere un alto grado di disciplinamento: far sì che il bersaglio si attenga in modo quanto più preciso ad uno schema d’azione prefissato dettagliamente».

⁸¹ As Brigaglia puts it, «lo scopo del potere disciplinare sarà addirittura quello di far sì che il bersaglio sia *vincolato* alla reiterazione disciplinata di quello schema d’azione [...] lo scopo sarà cioè quello di rendere quanto più improbabile che il bersaglio possa decider di, o riuscire a, deviare da quegli schemi, non esercitare quelle abilità nel modo previsto, mutare le sue attitudini, dare un corso innovativo e deviante al proprio sviluppo morale» (Brigaglia 2019: 239).

⁸² Brigaglia 2019: 240.

⁸³ I do not deal with monitoring activities (they are partly addressed above, in 3.2., in reference to the accountability principle). Brigaglia defines them as «l’osservazione dell’attività da disciplinare, *sorvegliandone* costantemente l’esecuzione e i risultati, ed *esaminando* periodicamente le competenze, abilità, attitudini individuali, per controllare che non devino dagli schemi prefissati e, in caso contrario, per ripetere, rafforzare, correggere l’addestramento» (Brigaglia 2019: 243).

and has been extensively discussed above. Here, I examine only some of the changes in the cognitive processes of frontline officials brought about by the principle of division of labour – both vertical (the hierarchical principle) and horizontal (the competence principle). Division of labour is a clear example of a trade-off in the bureaucratic setting, whereby increased quality and effectiveness of work come at the expense of a “fragmentation of knowledge”⁸⁴. From a top-down perspective (§ 3.1), the individual officials at the bottom of the hierarchical chain have a very restricted access to information about the activities of the organization as a whole. For this reason, they are usually unable to fully comprehend the effects of their work – which represents but a fragment of the whole – on the end result in individual cases. This inability to “see the whole picture” may eventually render the frontline officials oblivious to the moral implications of their work⁸⁵. Unable to control the end results of their actions, the officials rather turn towards those minute details of their tasks that they can control, that is, to certain «particular details of behaviour required by the rules»⁸⁶. In this situation, as Merton puts it, «[a]dherence to the rules, originally conceived as means, becomes transformed into an end-in-itself; there occurs the familiar process of *displacement of goals* whereby “an instrumental value becomes a terminal value”»⁸⁷. Bauman called this phenomenon the substitution of moral for “technical responsibility”⁸⁸. Such technical responsibility of the agents is characterized foremost by the fact that «a man feels responsible *to* the authority directing him but feels no responsibility *for* the content of the actions that the authority prescribes»⁸⁹. In other terms, it is therefore much more important, from the perspective of the single frontline official, to do what (and in the manner in which) the superior has requested, then what would, for instance, be correct according to some superior, legislative act.

(b) *Entrenchment*. Training is the core activity of discipline⁹⁰. According to Weber’s initial definition of discipline, the relevant kind of obedience is “prompt

⁸⁴ Luban et al. 1992: 2355.

⁸⁵ Cfr. Luban et al. 1992.

⁸⁶ Merton 1940: 563.

⁸⁷ Merton 1940: 563. It is once again worthwhile noting how the same mechanisms that provide for the efficiency of bureaucratic operations, including all the «incentives for disciplined action and conformity to the official regulations» and which are designed to have the official «adapt [her] thoughts, feelings, and actions to the prospects of this career» also lead «to an over-concern with strict adherence to regulations which induces timidity, conservatism, and technicism. Displacement of sentiments from goals onto means is fostered by the tremendous symbolic significance of the means (rules)» (Merton 1940: 564).

⁸⁸ Bauman 1989: 101.

⁸⁹ Milgram 1974: 145-6.

⁹⁰ Training is here perceived in a narrow sense, as only those activities that take place within the administrative organization, excluding the activities of formal (legal) education that an official obtains prior to entering the administrative workforce – although such education crucial in developing certain mental schemes and, in particular, a generalized disposition to defer to authority.

and automatic” and is achieved “by virtue of habituation”. How, then, does a certain, predetermined type of response by frontline officials to orders from superiors obtain such characteristics? A particularly important role in this falls to the already mentioned system of labour division (§ 3.2) which sees individual officials specialize in highly limited and specific parts of the overall process (i.e. the production of an individual administrative act). This, in consequence, means that they are constantly exposed to the same kinds of input material that they are required to process. In the case of frontline administrative officials, this translates to being regularly required to decide on cases (or parts thereof) with substantially the same factual background (e.g. only applications for building permits, research grants or the like). On the other hand, bureaucratic efficiency (but also legal principles, such as legal predictability, prohibition of discrimination etc.) requires that such cases also be resolved, *ceteris paribus*, in the same manner, i.e. with the same legal consequence attaching to them. It seems clear, then, that decision-making mechanisms in such an environment will inevitably be (come) highly automatized. Indeed, the introduction of automatized decision-making – its “incorporation” – into the practices of (frontline) administrative officials is precisely at the core of training activities in the public administration⁹¹.

A comprehensive analysis of the psychological mechanisms involved in this “incorporation” process would go beyond the scope of this essay. Hence, I rather focus on one, particularly salient characteristic of automatized decision-making processes in bureaucracies – the so-called *rule entrenchment*⁹². In general (and highly simplified), entrenchment – understood a cognitive process – enables certain particularities of complex worldly phenomena to become suppressed by some (entrenched) generalization regarding those phenomena, making them less mentally accessible to the individual confronting a particular situation⁹³. The force of the results of entrenchment *qua* process is seen in the fact that despite other circumstances of the same phenomenon being equally, or even more pertinent for properly grasping it, the individual will nevertheless perceive as relevant only those particularities that have previously been entrenched through repetition of the same patterns of behaviour, imitation of others’ behaviour etc. In the context of a bureaucratic agency,

⁹¹ According to Brigaglia, this process consists «nell’indurre intenzionalmente nel bersaglio *l’automatizzazione dello schema di comportamento* che si vuole che egli adotti [footnote omitted]: la disposizione, in risposta a certi stimoli, a reagire in modo automatico, fluido, immediato, senza l’interposizione di una scelta o riflessione esplicita, adottando un comportamento che soddisfa quello schema» (Brigaglia 2019: 240).

⁹² Note that entrenchment needn’t only be related to automatic decision-making processes, but can also be related to ratiocinative processes. Cfr. Brigaglia 2018, 218. On the difference between quick, automatic decision-making, on the one hand, and slow, effortful decision-making, on the other hand, see Kahneman 2011.

⁹³ Cfr. Schauer 1991: 43.

an individual is immediately exposed to a pre-determined set of *modi operandi* and (in)formal rules, both of which she is expected to re-iterate in her decision-making processes. Through re-iteration of the relevant practices and repetitive application of the operational rules – which may regard the relevant ways of internal communication, the sources of law to be used, the expected outcomes etc. – the latter become increasingly entrenched. This means that these entrenched rules will determine the official's behaviour (decisions) in the specific type of cases she is entrusted to deal with – even though, for example, a particular case may exhibit characteristics that set it apart from the other repetitive cases and which justify a differential treatment; or, even though the norms contained in the source of law which is to be used in a specific set of cases, contradict norms from a different potentially applicable and hierarchically superior legal source which would seem to require the disapplication of the former (entrenched) source etc.⁹⁴ Such deferral to the entrenched rule occurs because a «decision-maker treats a generalization or instantiation as itself providing a reason for action even when there are good reasons not to»⁹⁵. Or, as Brigaglia explains the functioning of entrenchment,

the simple fact that certain rules R originate from certain sources, or from certain procedures (orders, directives, regulations, statutes etc.) tends to – within certain limits – automatically inhibit the assessment of the correctness of R's content [that is, to inhibit R's reconsideration] without the need to explicitly recall any additional rules R1 which prescribe to execute R without reconsidering it, or doctrines justifying the prohibition of reconsideration» (the translation is mine)⁹⁶.

In other terms: because the whole of the organizational structure and system of rules and practices in a hierarchically organized bureaucratic agency pursues the goals of maximal efficiency and predictability of result, it now becomes quite clear how administrative circulars issued by hierarchically superior officials become the decisive source of decision-making norms for inferior, frontline officials. As a consequence, it also becomes clear how in this context, the hierarchical principle will of necessity – in most cases at least – supersede the principle of legality.

⁹⁴ On rule reconsideration, see Brigaglia 2019: 217 f; Brigaglia & Celano 2018: 137 f.

⁹⁵ Schauer 1991: 71.

⁹⁶ Cfr. the original text: «il semplice fatto che certe regole R provengano da certe fonti, secondo certe procedure (ordini, direttive, regolamenti, leggi, e così via), tende – entro certi limiti – ad inibire automaticamente la valutazione della correttezza del contenuto di R, senza che sia necessario richiamare alla mente eventuali, ulteriori regole R1 che prescrivono di eseguire R senza riconsiderarle, o dottrine che giustificano il divieto di riconsiderazione» (Brigaglia 2019: 228).

5. Conclusion

Circulars are the foremost source of norms for frontline administrative officials' decision-making. When they serve to detail the terms and conditions contained in hierarchically superior acts, such a practice is consistent with the principle of legality. However, circular orders are often respected even though their content quite clearly clashes with the dispositions of superior acts, that is even though they are illegal. This essay explored the reasons underpinning this peculiar attitude of frontline officials. The investigation was premised upon a multidisciplinary methodology which emphasizes the necessity of approaching traditional legal theoretical problems with the know-how of empirical sciences, and, in particular, of social psychology. Thus, the main source of the frontline officials' almost unqualified deference to the orders of superiors was shown to be the consequence of a joint influence exerted over their mental dispositions by a set of organizational principles, constitutive of their decision-making practices. In particular, it was shown how continuous exposure to a pre-determined set of operational procedures and rules, together with a repetitive caseload, leads to the entrenchment – in the minds of frontline officials – of certain rules of action. Officials come to defer to these rules automatically in deciding cases, regardless of the presence of other rules which require them to decide in a different manner. The strict division of labour in hierarchically organized institutions, together with the highly automatized nature of the officials' work, thus leads to the entrenchment of the attitude of obedience to orders from superiors, which at times flies in the face of the principle of legality, i.e. of the requirement that officials check the legitimacy of their superiors' orders in light of superior legal sources. The conclusions reached here about this seemingly marginal legal phenomenon point to the necessity of rethinking how legal theory understands key questions, such as the definition of sources of law and the principle of legality.

References

- Barsky, R.F. (2016). *Undocumented Immigrants in an Era of Arbitrary Law. The Flight and the Plight of People Deemed "Illegal"*, Oxon-London, Routledge.
- Bauman, Z. (1989). *Modernity and the Holocaust*, Cambridge, Polity Press.
- Brigaglia, M. (2019). *Potere. Una rilettura di Michele Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Brigaglia, M., Celano, B. (2017). *Rivoluzione cognitivista e teoria del diritto: un programma di ricerca*, «Diritto & questioni pubbliche», XVII, 2, 523-535.
- Brigaglia, M., Celano, B. (2018). *Reasons, Rules, Exceptions: Towards a Psychological Account*, «Analisi e diritto 2017», 131-144.

- Celano, B. (2017). *Ragionamento giuridico, particolarismo. In difesa di un approccio psicologistaico*, «Rivista di filosofia del diritto», VI, 2, 315-344.
- Celano, B. (2018). *Lezioni di filosofia del diritto. Costituzionalismo, Stato di diritto, codificazione, positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli.
- Chiti, M. (1988). *Circolare (amministrativa)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, Treccani.
- Clarich, M. (2013). *Manuale di diritto amministrativo* (3rd ed.), Bologna, il Mulino.
- Crozier, M. (2000). *Il fenomeno burocratico. Il significato della burocrazia nelle organizzazioni moderne*, Milano, ETAS.
- DeHart-Davis, L. (2007). *The Unbureaucratic Personality*, «Public Administration Review», 67, 5, 892-903.
- DeHart-Davis, L., Chen, J., Little, T.D. (2013). *Written versus Unwritten Rules: The Role of Rule Formalization in Green Tape*, «International Public Management Journal», 16, 3, 331-356.
- Duarte d'Almeida, L. (2013). *Legal Sex*, in L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law. Vol. 2*, 277-309.
- Endicott, T. (2011). *Administrative Law* (2nd ed.), Oxford, Oxford University Press.
- Elgie, R. (1997). *Models of Executive Politics: a Framework for the Study of Executive Power Relations in Parliamentary and Semi-presidential Regimes*, «Political Studies», XLV, 217-231.
- Ferraris, M. (2014). *Documentalità. Perché è necessario lasciar tracce*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferraro, F. (2019). *Razionalità legislativa e motivazione delle leggi: un'introduzione teorica*, Milano, Giuffrè.
- Frederickson, H.G., Smith, K.B., Larimer, C.W., Licari, M.J. (2012). *The Public Administration Theory Primer* (2nd ed.), Boulder, Westview Press.
- Giannini, M.S. (1960). *Circolare*, in *Enciclopedia del diritto* (VII), Milano, Giuffrè.
- Gjergji, I. (2013). *Circolari amministrative e immigrazione*, Milano, FrancoAngeli.
- Grimmelikhuisen, S., Jilke, S., Olsen, A.L., Tummers, L. (2016). *Behavioral Public Administration: Combining Insights from Public Administration and Psychology*, «Public Administration Review», 77, 1, 45-56.
- Guastini, R. (2012). *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, «Rivista di filosofia del diritto», 1, 51-66.
- Guastini, R. (2014). *La sintassi del diritto* (2nd ed.), Torino, Giappichelli.
- Guastini, R. (2016). *Legalità*, in G. Pino, V. Villa (eds.), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 137-152.

- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law* (2nd ed.), Oxford, Clarendon Press.
- Himma, K.E. (2015). *Conceptual Jurisprudence. An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory*, «Revus - Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law», 26, 65-92.
- Hogan, G.W. (1987). *The Legal Status of Administrative Rules and Circulars*, «The Irish Jurist», 22, 194-211.
- Hummel, R. (2015). *The Bureaucratic Experience. The Post-Modern Challenge* (5th ed.), London-New York, Routledge.
- Iafrate, C. (2016). *Obbedienza, ordine illegittimo e ordinamento militare*, «Diritto & questioni pubbliche», 16, 2, 313-338.
- Kafka, F. (2014). *The Essential Kafka*, Ware, Wordsworth.
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin Books.
- Kernaghan, K. (1976). *Politics, polics and public servants: political neutrality revisited*, «Canadian Public Administration», 19, 3, 432-456.
- Kogovšek Šalamon, N. (2016). *Erased. Citizenship, Residence Rights and the Constitution in Slovenia*, Frankfurt am Main, Peter Lang.
- Kramer, M. (2007). *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Kramer, M. (2018). *H.L.A. Hart. The Nature of Law*, Cambridge, Polity Press.
- Lipsky, M. (2010). *Street-level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Service* (1980), New York, Russell Sage Foundation.
- Luban, D., Strudler, A., Wasserman, D. (1992). *Moral Responsibility in the Age of Bureaucracy*, «Michigan Law Review», 90, 8, 2348-2392.
- Marx, C. (1971). *Critique of Hegel's Philosophy of Right* (1843-44), Cambridge, Cambridge University Press.
- Mazzamuto, M. (2015). *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, «Diritto amministrativo», 4, 683-742.
- Meier, K., Hill, G. (2007). *Bureaucracy in the Twenty-First Century*, in E. Ferlie, L. Lynn Jr., C. Pollitt (eds.), *The Oxford Handbook of Public Management*, New York, Oxford University Press. Online edition. doi: 10.1093/oxford-hb/9780199226443.003.0004.
- Merkel, A. (1987). *Il diritto dal punto di vista applicativo*, in Id., *Il duplice volto del diritto*, Milano, Giuffrè, 282-323.
- Merton, R. (1940). *Bureaucratic Structure and Personality*, «Social Forces», 18, 4, 560-568.
- Milgram, S. (1974). *Obedience to Authority. An Experimental View*, London, Tavistock.

- Moynihan, D. (2018). *A great schism approaching? Towards a micro and macro public administration*, «Journal of Behavioral Public Administration», 1, 1, <https://doi.org/10.30636/jbpa.11.15>.
- Nørgaard, A.S. (2018). *Human behavior inside and outside bureaucracy: Lessons from psychology*, «Journal of Behavioral Public Administration», 1, 1, <https://doi.org/10.30636/jbpa.11.13>.
- Oberfield, Z.W. (2010). *Rule Following and Discretion at Government's Frontlines: Continuity and Change during Organizational Socialization*, «Journal of Public Administration Research and Theory», 20, 4, 735-755.
- Overeem, P. (2005). *The Value of The Dichotomy: Politics, Administration, and The Political Neutrality of Administrators*, «Administrative Theory & Praxis», 27, 2, 311-329.
- Peters, B.G., Pierre, J. (eds.) (2012). *The SAGE Handbook of Public Administration*, London, SAGE.
- Pino, G. (2008). *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli.
- Pino, G. (2017). *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino.
- Pino, G. (2020). *Sources of Law*, in L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (forthcoming).
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press.
- Ritzer, G. (1975). *Professionalization, Bureaucratization and Rationalization: The Views of Max Weber*, «Social Forces», 53, 4, 627-634.
- Romano, A. (1959). *In tema di circolari amministrative*, «Rivista di diritto finanziario», 2, 109-134.
- Ruggeri, A. (1973). *Circolari amministrative e circolari di indirizzo politico*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2, 1758-1822.
- Simon, H.A. (1997). *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organization* (4th ed.), New York, Macmillan.
- Schauer, F. (1991). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press.
- Waldron, J. (1999). *The Dignity of Legislation*, New York, Cambridge University Press.
- Weber, M. (1978). *Economy and Society. An Outline of Interpretative Sociology*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press.
- Weber, M. (2004). *Politics as a Vocation*, in Id., *The Vocation Lectures*, Indianapolis-Cambridge, Hackett Publishing Company, 32-94.

- Wintgens, L. (2002). *Legisprudence. A New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford, Hart Publishing.
- Zimbardo, P. (2007). *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, New York, Random House.
- Žgur, M. (2018). *¿Por quién doblan las campanas del Derecho? Sobre la exclusión jurídica y sociopolítica de los inmigrantes indocumentados*, «Discusiones», 21, 1, available at: <http://revistadiscusiones.com/wp-content/uploads/2020/03/INTERIOR-DISCUSIONES-22.pdf>.

La nozione legislativa di consumatore: un contributo di filosofia del diritto

*Adriano Zambon**

Sommario

Lo scopo di questo scritto è proporre un argomento filosofico-giuridico relativo all'interpretazione di un'importante definizione legislativa di consumatore nell'ordinamento giuridico italiano. Dopo una descrizione delle principali interpretazioni di questa definizione, si sosterrà che l'interpretazione da preferire è quella che garantisce una più forte connessione tra il significato ascritto alla definizione legislativa e il significato principale che il termine definito ha nel linguaggio ordinario. La ragione di questa preferenza è da trovarsi nella preservazione della connessione fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario, che è necessaria perché un ordinamento giuridico funzioni bene.

Parole chiave: Consumatore. Diritto dei consumatori. Definizioni. Linguaggio giuridico. Linguaggio ordinario.

Abstract

The aim of this paper is to propose a legal-philosophical argument regarding the interpretation of an important legislative definition of consumer in the Italian legal system. After a description of the main interpretations of this definition, it will be claimed that the interpretation to be preferred is the one that guarantees a stronger connection between the meaning ascribed to the legislative definition and the main meaning that the defined term has in ordinary language. The reason for this preference is to be found in the preservation of the connection between legal language and ordinary language, which is necessary for a legal system to work well.

Keywords: Consumer. Consumer Law. Definitions. Legal Language. Ordinary Language.

* Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria", Università degli Studi di Milano, via Festa del Perdono 7, 20122, Milano, Italia, adriano.zambon@unimi.it. Questo articolo è la versione rivista di un intervento presentato al XXV seminario italo-franco-luso-spagnolo di Teoria del diritto, tenutosi presso l'Università di Genova l'8 e il 9 novembre 2019. Desidero ringraziare i partecipanti al seminario che con i loro commenti e le loro domande mi hanno permesso di migliorare il contributo e di arrivare alla presente versione.

1. Introduzione

Il tema di cui voglio occuparmi è quello delle definizioni nel diritto dei consumatori. Fra di esse, intendo concentrarmi sulle definizioni del sostantivo ‘consumatore’ e, ancora più precisamente, voglio occuparmi della definizione legislativa di ‘consumatore’ forse più importante nell’ordinamento giuridico italiano, ossia quella di cui all’articolo 3, comma 1, lettera *a*), del codice del consumo (il decreto legislativo n. 206 del 2005). La dottrina e la giurisprudenza si sono lungamente occupate del tema, il che dimostra il grande interesse che esso riveste per queste ultime. Tuttavia, ci si potrebbe chiedere legittimamente perché un tema del genere dovrebbe essere di qualche interesse per chi si occupa di filosofia del diritto. La mia risposta a questo interrogativo preliminare riposa sulla considerazione che il tema in esame solleva una serie di questioni che da sempre sono al centro dell’attenzione dei filosofi del diritto, in particolare la questione dei rapporti fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario. In che modo tale questione viene coinvolta dal tema di cui sto parlando? La definizione che ho citato in precedenza è stata oggetto di differenti interpretazioni e la scelta fra di esse ha delle ricadute importanti sui rapporti fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario: è questa la tesi che cercherò di sostenere. In connessione a essa, tenterò anche di sostenere che, date queste ricadute, è possibile ricavare, da alcune riflessioni filosofiche sulla relazione fra i due linguaggi, un argomento che può arricchire il dibattito tra i sostenitori delle diverse interpretazioni della disposizione definitoria che ho richiamato.

Al fine di rendere l’esposizione più chiara, procederò nel modo seguente. Innanzi tutto, mi occuperò del significato ordinario del sostantivo ‘consumatore’¹. Mi chiederò cioè quale sia il significato che questa parola ha nel linguaggio ordinario e cercherò di fornirne una definizione lessicale. In secondo luogo, mi concentrerò sulla definizione legislativa di ‘consumatore’ dell’articolo 3 del codice del consumo, già richiamata in precedenza, e sulle sue interpretazioni. Cercherò, in particolare, di illustrare le due interpretazioni della definizione che si sono maggiormente affermate nella dottrina e nella giurisprudenza nel corso degli anni e i motivi per cui si differenziano. Successivamente, tenterò di descrivere le ricadute che la scelta di ciascuna delle interpretazioni in questione produce sui rapporti fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario e illustrerò l’argomento, a cui accennavo in precedenza, che può essere ricavato dalle riflessioni di filosofia del diritto su tali rapporti e che può arricchire il dibattito fra i sostenitori delle due interpretazioni prevalenti della defi-

¹ Preciso che, in questo testo, quando parlo del significato ordinario di un termine, intendo riferirmi al significato che quel termine ha nel linguaggio ordinario. Questa precisazione è necessaria, dal momento che il significato ordinario di un termine potrebbe anche essere inteso come il significato che un termine assume ordinariamente in un linguaggio (che potrebbe anche non essere il linguaggio ordinario). Su questo punto, cfr. Ryle 1953.

nizione legislativa. Infine, illustrerò un'analogia fra tale argomento e un argomento impiegato da John Austin, il che permetterà di esporre il primo dei due in maniera maggiormente incisiva e sintetica.

2. Il principale significato ordinario di 'consumatore'

Come si è detto, il primo punto da prendere in considerazione riguarda il significato ordinario del sostantivo 'consumatore'. Se guardiamo ai dizionari, possiamo renderci conto che si tratta di un termine con più significati ordinari, fra i quali ve ne è sicuramente uno prevalente (o principale), come dimostrano le seguenti definizioni lessicali, che possono essere prese a esempio: «Chi acquista o utilizza beni economici, spec. in quanto inserito nella massa a cui è destinata la produzione»²; «spec. in rapporto alla produzione e alla vendita, chi acquista e usufruisce di beni o prodotti»³. Da queste definizioni si ricava che consumatore è un soggetto che acquista o usa beni o servizi, ma è soprattutto chi li acquista o li usa per scopi privati. Infatti, fare parte della platea dei soggetti a cui la produzione è destinata o collocarsi in rapporto a chi produce e a chi vende vuol dire che l'acquisto o l'utilizzo di un bene o di un servizio non ha fini produttivi o commerciali, ma privati (cioè, più estesamente, è finalizzato a soddisfare esigenze della vita privata). Alla luce di queste considerazioni, possiamo affermare che il significato ordinario prevalente del termine è quello per cui consumatore è chi acquista o usa un bene o un servizio per scopi privati, ossia per soddisfare esigenze della vita privata. Un significato ordinario, ma non prevalente, è invece quello per cui consumatore è chi usa o acquista beni o servizi (a prescindere dal riferimento a uno scopo, come, per esempio, lo scopo privato). Per quanto riguarda il primo di questi due significati, cioè quello prevalente, bisogna precisare che un acquisto a scopo privato è caratterizzabile come un acquisto finalizzato a un uso dell'oggetto dell'acquisto volto a soddisfare esigenze della vita privata.

Se volessimo trovare un altro modo di esprimere il significato ordinario prevalente del sostantivo, per coglierne in maniera migliore la portata, potremmo avvalerci di una nozione a volte impiegata dai giuristi che si occupano del diritto dei consumatori, cioè la nozione di ciclo di consumo⁴. Un ciclo di consumo è una sequenza di tre fasi distinte: la prima fase, che è quella della persuasione, la seconda fase, ossia la fase dell'acquisto, e la terza, cioè la fase dell'uso o fruizione. Nella fase centrale,

² Devoto, Oli, Serianni e Trifone 2019: 523, voce *Consumatore*.

³ De Mauro 2000: 561, voce *Consumatore*.

⁴ Si veda, per esempio, Kirschen 2005: 50-51, nota 10: «Le diverse vesti che il consumatore assume nel corso del ciclo di consumo consentono di individuare le principali fasi in cui quest'ultimo può articolarsi: quella della persuasione (I fase), la successiva della negoziazione (II fase) ed infine la fase della fruizione (III fase)».

un soggetto acquista un bene o un servizio per soddisfare esigenze della vita privata, cioè per usare quel bene o quel servizio a scopi privati, mentre nella terza fase si realizza questo tipo di utilizzo. Nella prima fase, invece, cioè quella della persuasione, un soggetto riceve dei messaggi volti a persuaderlo a effettuare l'acquisto di un bene o di un servizio per scopi privati (e tale acquisto, come si è detto, costituisce la fase centrale di un ciclo di consumo). Di conseguenza, in base al significato ordinario prevalente di 'consumatore', un consumatore è chi partecipa ad almeno una delle due fasi finali di un ciclo di consumo di un bene o di un servizio. Non è invece consumatore chi partecipa solamente alla prima fase di un ciclo di consumo. Questa affermazione può risultare all'apparenza controintuitiva. Troviamo infatti normale dire che i messaggi pubblicitari sono destinati ai consumatori. Tuttavia, il motivo per cui facciamo affermazioni di questo genere è che presupponiamo che i destinatari dei messaggi pubblicitari partecipino già ad almeno una delle due fasi finali di un ciclo di consumo: diciamo, insomma, che i messaggi pubblicitari sono indirizzati a soggetti che già acquistano o usano beni o servizi per scopi privati. Non diremmo, di conseguenza, che un consumatore è un soggetto che partecipa solo e soltanto alla prima fase di un ciclo di consumo.

Le considerazioni appena fatte sul significato di 'consumatore' ci consentono di capire alcune delle caratteristiche spesso ascritte alla nozione di consumatore da parte della letteratura che si occupa del tema dei consumi. In essa si constata spesso che la qualifica di consumatore è estremamente pervasiva e che è particolarmente fluida, tanto che il termine 'consumatore' sarebbe un termine utilizzabile per descrivere ciascuno di noi. Il senso di affermazioni del genere si può cogliere appieno constatando appunto che la qualifica di consumatore si acquista partecipando ad almeno una delle due fasi finali di un ciclo di consumo e che questa partecipazione è oggi qualcosa di estremamente agevole per ciascuno di noi⁵. La possibilità di essere qualificati come consumatori può poi avere una durata molto ridotta nel tempo, perché è tale partecipazione a poter essere molto limitata nel tempo. Possono essere estreme la facilità e la velocità con cui si inizia a essere e si smette di essere consumatori, il che spiega l'idea secondo cui siamo tutti consumatori e, allo stesso tempo, nessuno di noi lo è⁶. Il fatto che essere consumatori dipenda dal partecipare, nei

⁵ In questo senso, cfr. Bourgoignie 1992: 300: «Since everyone engages in consumption, "the consumer" is a unique but *diffuse* concept; the status of consumer applies to each and every one of us». In modo simile si esprime Calvo 2005: 13: «Non stupisce alla fine se ogni consociato possa essere "consumatore", giacché l'attributo in parola non indica una caratteristica della persona, ma evoca il protagonista dell'azione mirata ad un atto qualificato sul piano finalistico». Si veda anche Giuggioli 2012: 81.

⁶ In questi termini si esprime, per esempio, Offe 1984: 228: «'consumers' do not constitute a clearly delimitable and organizable complex of individuals. Rather they constitute an abstract category which defines certain *aspects* of the social actions of almost all individuals. Everyone and at the same time no one is a 'consumer'. The concept of 'consumer' does not apply 'segmentally' (i.e., consumers versus non-consumers) but, rather, 'functionally', that is, with reference only to *certain* spheres of action of *all* individuals». Analoghe affermazioni si trovano già in Kyrk 1923: 2: «Every one is a consumer, but each

termini illustrati in precedenza, a un ciclo di consumo costituisce poi il motivo per cui si può affermare che nessuno di noi è intrinsecamente un consumatore⁷.

3. La definizione legislativa di ‘consumatore’

Quella che è stata appena individuata è la nozione ordinaria prevalente o principale di consumatore, o, se si preferisce, il concetto ordinario prevalente o principale di consumatore. Concentriamoci ora sulla nozione legislativa di consumatore, in particolare sulla nozione di consumatore ricavabile dalla definizione di cui all’articolo 3 del codice del consumo. Il testo della definizione è il seguente: «la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta» (d’ora in poi parlerò semplicemente, per ragioni di sintesi, dell’attività eventualmente svolta). Come si nota fin da subito, si tratta di una definizione particolarmente problematica, alla luce dell’indeterminatezza dei termini che ricorrono in essa. In primo luogo, il legislatore ha fatto ricorso al verbo ‘agisce’, senza specificare il tipo di azione a cui si riferisce. In secondo luogo, il termine ‘scopi’ risulta ambiguo: può essere inteso come “motivi psicologici del soggetto agente”, ma anche come “finalità oggettive determinabili alla luce delle caratteristiche dell’atto compiuto”, ossia come caratteristiche che non coincidono con elementi di natura psicologica⁸. A essere ambiguo è anche l’aggettivo ‘estranei’: l’estraneità di qualcosa rispetto a qualcos’altro può infatti essere totale o parziale, e, nel caso in cui sia parziale, serve stabilire quale grado di estraneità si debba conseguire perché una cosa possa dirsi estranea a un’altra; ma il legislatore non specifica quale tipo di estraneità sia qui richiesta, lasciando il compito di farlo all’interprete. Inoltre, il legislatore non indica il criterio in virtù del quale considerare gli scopi estranei (totalmente o parzialmente) rispetto all’attività eventualmente svolta, lasciando anche questo compito all’interprete, ed è proprio questo, come vedremo, il motivo della divergenza fra le interpretazioni maggiormente affermatesi della disposizione qui in esame.

Date queste caratteristiche della definizione legislativa, non stupisce che di essa

individual has a most disconcerting way of suddenly ceasing to function in that role and appearing in another with exactly contrary interests and problems. Try to lay your hands upon the general public and it has disappeared or is non-existent. The consumer from being every one seems to be no one. Economically speaking, we all of us lead double lives».

⁷ «Nessuno, in realtà, nasce consumatore né lo rimane per sempre. Non esistono in natura dei soggetti che possono qualificarsi “consumatori” al pari di “persona umana” o “animale”. L’essere consumatore è una qualità diversa, sfuggevole per certi versi, che non si riesce a vedere dal punto di vista interno al soggetto poiché quest’ultimo è “altro” in primo luogo; diventa consumatore solo in alcuni momenti e in relazione sinallagmatica con altri soggetti» (Cerioni 2014: 119).

⁸ Sul punto, si veda Gabrielli 2003: 1159.

siano state proposte interpretazioni divergenti⁹. Come ho anticipato, due sono gli orientamenti prevalenti. Il primo fa capo alla cosiddetta “teoria dello scopo dell’atto” o anche “teoria dello scopo dell’azione”. Il secondo orientamento fa invece capo alla cosiddetta “teoria della competenza”.

Secondo la teoria dello scopo dell’atto, il consumatore è una persona fisica che acquista un bene o un servizio per uno scopo privato, ossia per soddisfare esigenze della vita privata: in base a questa teoria, quindi, il verbo ‘agisce’ indica un atto di acquisto, mentre gli scopi dell’acquisto risultano estranei all’attività eventualmente svolta quando tale acquisto è volto a un uso del bene o del servizio oggetto del contratto finalizzato alla soddisfazione di esigenze della vita privata (nel senso che il bene o servizio oggetto di acquisto è destinato a tale soddisfazione)¹⁰. Se questa può considerarsi un’esposizione di carattere generale della teoria dello scopo dell’atto, diverse sono le sue varianti. Innanzitutto, come si è già detto, il termine ‘scopi’ può essere interpretato in due modi diversi: si può cioè affermare che, per stabilire gli scopi dell’acquisto, si debba guardare ai motivi dell’acquirente oppure a elementi oggettivi, quali, per esempio, il contenuto del contratto di acquisto, le circostanze della stipulazione, la veste di presentazione dei contraenti e, soprattutto, la natura del bene o del servizio oggetto del contratto. È la seconda la variante prevalente in dottrina e giurisprudenza¹¹. Un’ulteriore divisione fra varianti della teoria qui in esame discende dalle diverse interpretazioni che si possono offrire dell’aggettivo ‘estranei’: come si è visto, si può richiedere un’estraneità totale o parziale, cioè che l’uso del bene sia totalmente o solo parzialmente destinato a soddisfare esigenze della vita privata, e, in quest’ultimo caso, ulteriori distinzioni fra versioni della teoria discenderanno dal *quantum* che sarà richiesto perché l’estraneità possa considerarsi sussistente¹².

Veniamo ora alla teoria della competenza. In base a questa teoria un consumatore, come afferma anche la teoria dello scopo dell’atto, è innanzi tutto una persona fisica che acquista un bene o un servizio. Tuttavia, cambia l’interpretazione dell’espressione ‘scopi estranei all’attività eventualmente svolta’. Per la teoria della

⁹ Le questioni interpretative appena menzionate hanno cominciato a porsi, in realtà, prima che il codice del consumo entrasse in vigore. La definizione che abbiamo riportato, infatti, è molto simile a una definizione precedente, collocata, prima dell’entrata in vigore del codice del consumo, all’interno del codice civile, all’articolo 1469-*bis*, introdotto per dare attuazione alla direttiva 93/13/CEE.

¹⁰ Perciò, agire per scopi estranei all’attività eventualmente svolta significherebbe, sostanzialmente, «soddisfare esigenze personali o familiari» (Gabrielli 2003: 1162). Di conseguenza, lo scopo dell’attività «deve essere connotato dalla non professionalità, ovvero coincidere con il soddisfacimento di un bisogno della sfera privata, personale o familiare» (Chinè 2012: 21).

¹¹ Prevale cioè la tesi secondo cui «non si possa fare riferimento ai motivi interiori del contraente, ma occorra avere riguardo alla destinazione oggettiva del bene o del servizio acquistato» (Cian 1996: 414).

¹² Ciò conferma come risulti «facile giocare sull’aggettivo “estraneo”, per sostenere che esso non implica necessariamente l’esclusività della destinazione a scopi diversi da quelli imprenditoriali o professionali» (Dellacasa 2004: 232-233).

competenza, infatti, gli scopi non vanno identificati alla luce dell'uso del bene o del servizio oggetto dell'acquisto. Bisogna invece prendere in considerazione il contratto di acquisto stipulato nel caso concreto e chiedersi se la stipulazione di quel tipo di contratto rientri nell'esercizio dell'attività eventualmente svolta dal contraente. Se la risposta è negativa, allora il contraente potrà ritenersi un consumatore, altrimenti no¹³. È questo il motivo per cui questa teoria si chiama "della competenza": il consumatore è un contraente privo di competenza rispetto all'atto che compie, cioè alla stipulazione di un determinato tipo di contratto, data l'obiettiva mancanza di inerenza di quest'ultimo rispetto all'attività eventualmente svolta¹⁴. Un esempio che consente di cogliere il punto riguarda «il contratto di acquisto di un'automobile da parte di un rivenditore di auto»¹⁵; l'acquirente, in questo caso, non sarebbe qualificabile come un consumatore «in quanto la conclusione di contratti di tal genere rientra, per il rivenditore, nell'esercizio della sua attività professionale»¹⁶.

La divergenza fra le due teorie non è, quindi, di poco conto. Difatti, da un lato, secondo la teoria della competenza, il consumatore è l'acquirente di beni o servizi privo di competenza; dall'altro lato, secondo la teoria dello scopo dell'atto, il consumatore risulta essere chi acquista beni o servizi per scopi privati. Ovviamente, in determinati casi, un soggetto può ricadere in entrambe le categorie appena menzionate (perché può essere privo di competenza e agire per scopi privati), ma, in altri casi, può ricadere in una sola di esse (perché può essere un acquirente dotato di competenza che agisce per scopi privati oppure un acquirente privo di competenza che non agisce per scopi privati)¹⁷ e, in casi del genere, la scelta se sia qualificabile oppure no come consumatore dipenderà dalla scelta fra le due teorie.

¹³ Di conseguenza, «occorrerebbe verificare se rientri nell'esercizio della attività professionale non l'utilizzazione del bene o del servizio acquisito, ma l'utilizzazione del contratto, e cioè l'attività di stipula di contratti del genere di quello in concreto posto in essere» (Minervini 2014: 39). In altri termini, «per definire quando si agisce per uno scopo estraneo all'attività professionale, occorre prescindere dalla destinazione oggettiva del bene o del servizio dedotto in contratto, focalizzandosi piuttosto l'indagine sul tipo di contratto concluso, così da accertare di volta in volta se la stipulazione di contratti del genere di quello posto in essere nel caso concreto rientri nell'esercizio dell'attività professionale, e quindi nella specifica competenza professionale del soggetto» (Alpa 2016: 152).

¹⁴ L'elemento da valutare è dunque «l'obiettiva inerenza del contratto ad una specifica attività» (Dellacasa 2004: 233).

¹⁵ Minervini 2014: 39.

¹⁶ Minervini 2014: 39.

¹⁷ Se difatti, da un lato, «non occorre cercar lontano per imbattersi in situazioni in cui il professionista, alle prese con un affare che non ha rapporto diretto con l'esercizio della sua attività, corre i rischi di un noviziato non meno ruvido di quello che tocca al consumatore tipico» (Pardolesi 1994: 139), dall'altro lato «non è difficile additar casi in cui il soggetto si muove per esigenze puramente personali, eppure esibisce un'*expertise* in grado di mettere alle corde gli esperti di settore» (Pardolesi 1994: 139).

4. Un argomento filosofico-giuridico per le scelte interpretative

A partire dalle considerazioni appena fatte possiamo arrivare all'ultima questione che è stata indicata all'inizio del presente testo, ossia quella dei rapporti fra linguaggio ordinario e linguaggio giuridico. È chiaro che la teoria dello scopo dell'atto conduce a un'interpretazione della definizione legislativa di consumatore che rende la nozione legislativa di consumatore una specificazione della nozione ordinaria prevalente di consumatore, mentre la teoria della competenza non produce questo risultato.

Per comprendere questo punto al meglio, è utile ricorrere a una tipologia delle definizioni legislative¹⁸. Queste ultime possono essere qualificate come definizioni stipulative e suddivise in definizioni esplicative o ridefinizioni e definizioni stipulative pure. Alla prima categoria sono riconducibili quelle definizioni che attribuiscono a un termine un significato più preciso del suo significato ordinario: un significato, in altre parole, che si mantiene nel solco del significato ordinario, poiché ne costituisce una specificazione¹⁹. Alla categoria delle definizioni stipulative pure, invece, sono riconducibili quelle definizioni che attribuiscono a un termine un significato nuovo e diverso rispetto al significato ordinario di quel termine. Si può poi aggiungere che, poiché un termine può avere più significati ordinari (come si è visto, ciò vale per il termine 'consumatore'), le definizioni esplicative o ridefinizioni sono ulteriormente suddivisibili in due gruppi: da un lato, il gruppo delle definizioni esplicative che precisano il significato ordinario prevalente di un termine (che possono essere qui chiamate definizioni esplicative "di tipo 1") e, dall'altro lato, il gruppo delle definizioni esplicative che precisano il significato ordinario non prevalente di un termine (che possono essere qui chiamate definizioni esplicative "di tipo 2"). All'esposizione di questa tipologia bisogna aggiungere un'altra considerazione importante: il fatto che una definizione legislativa rientri in uno dei tipi appena indicati non costituisce l'esito di un automatismo, ma di un'attività interpretativa; per esempio, che una definizione del legislatore sia esplicativa o stipulativa pura dipende dall'interpretazione che di quella definizione si dà.

Fatte queste premesse, torniamo alla definizione legislativa di 'consumatore' qui in esame. Come si è visto, la teoria dello scopo dell'atto porta a considerarla come una definizione con cui si attribuisce alla parola 'consumatore' un significato più preciso del suo significato ordinario prevalente. Di conseguenza, seguendo la teoria

¹⁸ Per approfondire il tema delle definizioni legislative, al di là della sbrigativa classificazione qui proposta, si vedano: Scarpelli 2014; Scarpelli 1959; Scarpelli 1985; Belvedere 1977; Tarello 1978; Belvedere, Jori e Lantella 1979; Tarello 1980; Dellacasa 2004.

¹⁹ Queste definizioni sono descritte usualmente come definizioni che «si distaccano solo parzialmente dagli usi linguistici» (Jori e Pintore 2014: 20). Questo parziale distacco dipende dalla necessità di incrementare la precisione dei discorsi in cui viene usato il termine ridefinito; per questo, si può affermare che le ridefinizioni «propongono di usare una espressione (già in uso) in modo più preciso rispetto all'uso comune» (Guastini 2017: 3).

dello scopo dell'atto, la nozione legislativa di consumatore viene mantenuta nel solco della nozione ordinaria prevalente di consumatore (in base alla quale, come si è visto, consumatore è chi acquista o usa un bene o un servizio per scopi privati). La definizione legislativa apparirà, di conseguenza, come una definizione esplicativa del primo dei due tipi indicati in precedenza. Al contrario, la teoria della competenza porta a un esito differente, che sicuramente non comporta la creazione di una connessione fra la nozione legislativa di consumatore e la nozione ordinaria prevalente di consumatore. Si potrebbe invece dire che, in base alla teoria della competenza, la definizione legislativa di 'consumatore' si configura come una definizione esplicativa, con cui si precisa il significato ordinario non prevalente del sostantivo 'consumatore' che è stato descritto in precedenza (alla luce del quale, come si è detto, non è necessario guardare allo scopo dell'atto per qualificare una persona come consumatore).

È in base a queste considerazioni che diviene possibile elaborare un argomento a supporto della teoria dello scopo dell'atto, partendo da alcune riflessioni di filosofia del diritto sul linguaggio giuridico. Mi riferisco in particolare alle riflessioni di Mario Jori, a partire dalle quali si può agevolmente mettere in luce la necessità che venga mantenuta una connessione fra il linguaggio ordinario e il linguaggio giuridico²⁰. Innanzi tutto, fra i due linguaggi esiste un rapporto di prestito semiotico, che opera sia a livello sintattico sia a livello semantico. Esiste, di conseguenza, una relazione di condivisione fra i due linguaggi. Il linguaggio giuridico, però, presenta alcune somiglianze con i linguaggi artificiali, che impediscono di qualificarlo come un linguaggio ordinario, ma che, essendo appunto delle somiglianze, non permettono nemmeno di dire che si tratti di un vero e proprio linguaggio artificiale²¹. Esso occupa dunque una posizione intermedia fra il linguaggio ordinario e i linguaggi artificiali e questa collocazione ha a che fare con il buon funzionamento dell'ordinamento giuridico. È un bene, per un ordinamento giuridico, che il linguaggio giuridico non sia un linguaggio artificiale e che mantenga una relazione stretta con il linguaggio ordinario pur non essendo totalmente riconducibile alla categoria dei linguaggi ordinari: questa relazione consente di mantenere un contatto fra il diritto e tutti i consociati, il che serve a garantire il buon funzionamento dell'ordinamento giuridico²². È chiaro che la difesa di questa relazione passa anche per l'attività in-

²⁰ Si veda Jori 2013, nonché Jori e Pintore 2014: 182-202.

²¹ Oltre a presentare alcuni «elementi sintattici e semantici artificiali» (Jori 2013: 283), infatti, il linguaggio giuridico, in maniera simile ai linguaggi artificiali, «persegue il controllo del contenuto dei discorsi giuridici» (Jori 2013: 282), ma per esso non vale «la spontanea e volontaria osservanza delle regole metodologiche in un linguaggio strumentale: proprio per questo in diritto abbiamo bisogno di autorità la cui decisione è fatta coattivamente osservare» (Jori 2013: 283).

²² «[I]l diritto è [...] una pratica sociale caratterizzata dalla interazione della gente comune, che comprende e parla il linguaggio e usa i relativi strumenti concettuali in modo molto approssimativo, e di un gruppo di professionisti che lo conosce e lo pratica più a fondo. Quando i giuristi si separano davvero dal resto della società, il diritto crolla e spesso con esso anche la società» (Jori 2013: 284). Per analoghe considerazioni, cfr. Lantella 1979: 193.

interpretativa, soprattutto per l'attività di interpretazione delle definizioni legislative, poiché una definizione del genere è ciò a cui l'interprete deve rifarsi per stabilire come interpretare una pluralità di disposizioni diverse (nelle quali ricorre il termine in essa definito).

Se tutto ciò è corretto, abbiamo allora a disposizione un criterio per stabilire, in determinati casi, a quale, fra le possibili interpretazioni di una definizione legislativa, debba andare la nostra preferenza. Innanzi tutto, qualora una prima interpretazione portasse a vedere una definizione come una definizione esplicativa e una seconda interpretazione portasse a vedere la medesima definizione come una definizione stipulativa pura, dovremmo preferire la prima interpretazione, in quanto maggiormente idonea a garantire una connessione fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario. In secondo luogo, se una prima interpretazione portasse a considerare una definizione come una definizione esplicativa di tipo 1 e una seconda interpretazione portasse a considerare la stessa definizione come una definizione esplicativa di tipo 2, dovremmo preferire la prima interpretazione, in quanto maggiormente idonea a garantire una connessione più forte fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario.

Nel caso della definizione legislativa del termine 'consumatore' qui discussa, come si è visto, la teoria dello scopo dell'atto conduce a un'interpretazione che porta a vedere tale definizione legislativa come una definizione che precisa il significato ordinario prevalente del sostantivo 'consumatore', cioè come una definizione esplicativa di tipo 1. La teoria della competenza non assicura questo risultato, ma conduce a ritenere la definizione legislativa di 'consumatore' una definizione esplicativa di tipo 2. Perciò, dovremmo preferire la prima teoria, proprio perché, grazie a essa, le disposizioni in cui compare il termine 'consumatore' e che devono essere interpretate alla luce della disposizione definitoria di cui all'articolo 3, manterranno una connessione con il significato ordinario prevalente di questo sostantivo.

Una possibile obiezione a quanto appena detto riguarda la questione della giustizia dell'attività di preservazione della connessione fra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario: anche ammettendo che il mantenimento della connessione in parola sia necessario per il buon funzionamento di un ordinamento giuridico, sarebbe sbagliato sostenere che si debba operare per preservare questa connessione, dato che potrebbe essere ingiusto farlo. La risposta a questa obiezione è la seguente. Se riteniamo che l'ordinamento giuridico in cui operiamo sia ingiusto e debba essere mutato, allora troveremo ingiusto favorire il suo buon funzionamento, il che condurrà facilmente a rigettare l'idea che si debba operare per far sì che la connessione fra i due linguaggi venga mantenuta. Tuttavia, questa considerazione non mette in dubbio l'idea che il mantenimento di questa connessione sia necessario perché l'ordinamento funzioni bene. Di conseguenza, se si ritiene che sia giusto operare per garantire il buon funzionamento dell'ordinamento giuridico in cui ci si trova, sarà agevole avallare argomenti come quello qui proposto, perché operare nel modo suggerito da tale argomento favorirà il buon funzionamento dell'ordinamento giuridico.

Poiché, nel dibattito che vede contrapporsi i sostenitori della teoria dello scopo dell'atto e i sostenitori della teoria della competenza, ciascuna delle due teorie viene sostenuta al fine di migliorare il funzionamento del diritto dei consumatori, un presupposto condiviso da parte dei partecipanti al dibattito sembra essere proprio che si debba cercare di garantire il buon funzionamento dell'ordinamento giuridico: se ciò è corretto, allora l'argomento qui proposto può trovare agevolmente spazio in tale dibattito.

5. Conclusione: un'analogia

In conclusione, al fine di esprimere in modo più incisivo e sintetico l'argomento qui presentato, voglio provare a illustrare un'analogia fra esso e un argomento proposto da John Austin.

L'argomento di Austin a cui mi riferisco riguarda l'impiego del termine '*sanction*'. Austin rileva come questo termine sia stato impiegato da alcuni autori per indicare non solo conseguenze giuridiche che costituiscono un male, ma anche conseguenze giuridiche che costituiscono un bene:

By some celebrated writers (by Locke, Bentham, and, I think, Paley), the term *sanction*, or *enforcement of obedience*, is applied to conditional good as well as to conditional evil: to reward as well as to punishment²³.

Austin critica questo utilizzo del termine e, per farlo, si appella al significato che il termine ha nel linguaggio ordinario, attraverso una serie di considerazioni, tra le quali si possono qui citare le seguenti:

If *you* expressed a desire that *I* should render a service, and if you proffered a reward as the motive or inducement to render it, *you* would scarcely be said to *command* the service, nor should *I*, in ordinary language, be *obliged* to render it. In ordinary language, *you* would *promise* me a reward, on condition of my rendering the service, whilst *I* might be *incited* or *persuaded* to render it by the hope of obtaining the reward²⁴.

Il punto sottolineato da Austin, quindi, è che, nel linguaggio ordinario, il termine '*sanction*', quando viene usato per indicare una conseguenza, non indica una conseguenza premiale, ma una conseguenza negativa per chi la subisce. Perciò, usarlo per indicare anche ciò che costituisce un premio comporta ingaggiare una faticosa (ed evitabile) lotta con il linguaggio ordinario:

²³ Austin 1995: 23.

²⁴ Austin 1995: 23-24.

If we put *reward* into the import of the term *sanction*, we must engage in a toilsome struggle with the current of ordinary speech; and shall often slide unconsciously, notwithstanding our efforts to the contrary, into the narrower and customary meaning²⁵.

L'argomento che ho avanzato nel presente scritto è dunque analogo a quello usato da Austin (sebbene il secondo riguardi primariamente il linguaggio della filosofia del diritto e della teoria generale del diritto, e non il linguaggio del legislatore). Infatti, si può dire che il primo dei due argomenti si sostanzia nella seguente domanda, in cui viene impiegata la stessa idea a cui Austin ricorre: se i giuristi, nello svolgimento della loro attività di interpretazione delle disposizioni definitorie formulate dal legislatore, possono giungere a significati che non sono in contrasto con i significati o, se esistono, con i principali significati che i termini definiti da quelle disposizioni hanno nel linguaggio ordinario, evitando così di ingaggiare una lotta con quest'ultimo, perché non sfuggire a tale lotta?

Bibliografia

- Alpa, G. (2016). *Il codice del consumo*, in G. Alpa, A. Catricalà (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, Il Mulino, 131-194.
- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Cambridge, Cambridge University Press.
- Belvedere, A. (1977). *Il problema delle definizioni nel codice civile*, Milano, Giuffrè.
- Belvedere, A., Jori, M., Lantella, L. (1979). *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, Giuffrè.
- Bourgoignie, T. (1992). *Characteristics of Consumer Law*, «Journal of Consumer Policy», 14, 3, 293-315.
- Calvo, R. (2005). *I contratti del consumatore*, Padova, CEDAM.
- Cerioni, M. (2014). *Diritti dei consumatori e degli utenti*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Chinè, G. (2012). *Art. 3*, in V. Cuffaro (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate* (2006), 3^a ed., Milano, Giuffrè, 15-31.
- Cian, G. (1996). *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, «Studium Iuris», 2, 4, 411-426.
- De Mauro, T. (2000). *Il dizionario della lingua italiana*, Torino, Paravia.

²⁵ Austin 1995: 24.

- Dellacasa, M. (2004). *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, Giappichelli.
- Devoto, G., Oli, G.C., Seriani, L., Trifone, M. (2019). *Nuovo Devoto-Oli. Il vocabolario dell'italiano contemporaneo*, Firenze, Le Monnier.
- Gabrielli, E. (2003). *Sulla nozione di consumatore*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 57, 4, 1149-1183.
- Giuggioli, P.F. (2012). *Il contratto del consumatore*, Torino, UTET.
- Guastini, R. (2017). *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, Torino, Giappichelli.
- Jori, M. (2013). *Linguaggio giuridico*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 257-288.
- Jori, M., Pintore, A. (2014). *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Kirschen, S. (2005). *Art. 3, Definizioni comma 1 lett. a) consumatore o utente*, in G. Alpa, L. Rossi Carleo (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 46-63.
- Kyrk, H. (1923). *A Theory of Consumption*, Boston-New York, Houghton Mifflin Company.
- Lantella, L. (1979). *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, in Belvedere, Jori e Lantella 1979, 1-346.
- Minervini, E. (2014). *Dei contratti del consumatore in generale* (2006), 3^a ed., Torino, Giappichelli.
- Offe, C. (1984). *Alternative Strategies in Consumer Policy* (1981), in Id., *Contradictions of the Welfare State*, London, Hutchinson, 220-238.
- Pardolesi, R. (1994). *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, «Il Foro Italiano», 117, 5, 137-152.
- Ryle, G. (1953). *Ordinary Language*, «The Philosophical Review», 62, 2, 167-186.
- Scarpelli, U. (1959) *La definizione nel diritto*, «Jus», 10, 4, 496-506.
- Scarpelli, U. (1985). *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (1959), Milano, Giuffrè.
- Scarpelli, U. (2014). *Il problema della definizione e il concetto di diritto* (1955), in Id., *Filosofia analitica del diritto*, Pisa, Edizioni ETS, 129-229.
- Tarello, G. (1978). *Il problema delle definizioni legislative*, «Politica del diritto», 9, 3, 345-351.
- Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.

Hans Kelsen come realista politico: appunti per una classificazione

*Giovanni Damele**

Sommario

La filosofia politica di Kelsen è oggi considerata un classico del pensiero liberal-democratico novecentesco e raramente è associata alla tradizione del realismo politico. Con essa tuttavia condivide alcuni tratti essenziali come l'elitismo, il relativismo e un approccio marcatamente descrittivo e demistificatorio allo studio dei fenomeni politici. A questi aspetti, già variamente sottolineati, occorre aggiungerne un altro che affiora nei suoi testi filosofico politici: un antropologia negativa che se da un lato lo distingue da ogni ottimismo razionalistico, e in particolare da quello di reminiscenza liberale, dall'altro giustifica l'opzione a favore del governo delle leggi contro il governo degli uomini, che, a dispetto dell'asserita distinzione tra "teoria" e "politica", lega intimamente la filosofia politica e la teoria del diritto del giurista praghese.

Parole chiave: Filosofia politica. Realismo politico. Hans Kelsen.

Abstract

Kelsen's political philosophy is today considered a classic of twentieth century liberal democratic thought and is rarely associated with the tradition of political realism. However, they share some essential traits, such as elitism, relativism and a markedly descriptive and demystifying approach to the study of political phenomena. Along with these aspects, already underlined in various ways, it is necessary to add another that emerges in Kelsen's philosophical-political texts. This aspect is a negative anthropology which, on the one hand, distinguishes his approach from any rationalistic optimism, and in particular from that of liberal reminiscence; and on the other hand, justifies his option in favor of the "rule of law" against the "rule of man" which, in spite of the alleged distinction between "theory" and "politics", intimately links Kelsen's political philosophy and legal theory.

Keywords: Political Philosophy. Political Realism. Hans Kelsen.

* Instituto de Filosofia da Nova (IFILNOVA), Faculdade de Ciências Sociais e Humanas - NOVA FCSHA, v. de Berna, 26 C, 1069-061 Lisboa, Portugal, giovanni.damele@fcsb.unl.pt.

1. Kelsen realista?

Nel suo testo dedicato alle “aporie nell’opera di Hans Kelsen”, Luigi Ferrajoli ha evidenziato il “nesso strettissimo” tra la filosofia politica e la teoria giuridica di Kelsen. Come Ferrajoli ha riconosciuto, «questo nesso lega: a) i fondamenti assiologici della democrazia, da Kelsen identificati nell’autogoverno, nel pluralismo politico e nel relativismo dei valori etico-politici, garantiti dalle forme giuridiche della rappresentanza politica quali sono assicurate, al massimo grado, dalla democrazia parlamentare e dal metodo elettorale proporzionale; b) le condizioni di esistenza e di validità delle leggi, garantite a loro volta, in democrazia, dalla loro produzione nelle forme suddette della rappresentanza politica, e la subordinazione alle leggi dell’intera attività esecutiva, sia giudiziaria che amministrativa; c) il ruolo del parlamento come sede del compromesso politico, in grado di garantire la convivenza pacifica tra forze avverse e la loro alternanza al governo senza la soppressione volta a volta e al contrario con la tutela delle minoranze soccombenti; d) l’attitudine della mentalità democratica alla tolleranza, alla discussione e al confronto con le opinioni altrui, in opposizione al fanatismo intollerante delle culture totalitarie»¹. La concezione della democrazia di Kelsen e l’opzione politica a favore del “governo delle leggi” rispetto al “governo degli uomini” (sulla cui falsariga si muove, com’è noto, la polemica con Schmitt sul guardiano della costituzione) corrispondono quindi a una filosofia politica di carattere spiccatamente “liberaldemocratico”, che reinterpreta la formula rousseauiana della democrazia come autogoverno alla luce di una concezione liberale dei limiti del potere pubblico e della sfera delle libertà personali². Tale concezione della democrazia è stata sintetizzata da Mauro Barberis in una serie di punti, ai quali l’elenco ferrajoliano si sovrappone. Oltre che liberale (e, in quanto tale, individualistica e relativistica), essa è anche, secondo Barberis: a) procedurale, b) realistica, c) parlamentare (e, in quanto tale, “partitica, consociativistica e proporzionalistica”) e, infine, d) pacifistica³. In Kelsen, dunque, il discorso teorico sul diritto e il discorso politico sulla democrazia, separati metodologicamente, procedono lungo

¹ Ferrajoli 2016: 215-216.

² «La democrazia moderna non può essere separata dal liberalismo politico. Il suo principio è che il governo non deve interferire in certe sfere di interessi proprie dell’individuo, che devono venir protette dalla legge come diritti umani fondamentali o diritti di libertà [...]. Ecco perché libertà di religione, libertà di opinione e di stampa appartengono all’essenza della democrazia» (Kelsen 1998b: 237-238).

³ Barberis 1998: 30-39. Barberis non approfondisce l’attribuzione della qualifica di “realistica” alla filosofia politica kelseniana. Vorrei qui suggerire che tale attribuzione non è solo giustificata dall’esplicito programma kelseniano di prendere le mosse dalla “realtà” della politica come essa è e non come si vorrebbe che fosse (sulla base del quale anche Sara Lagi ha, ripetutamente, qualificato Kelsen come pensatore realista; cfr. Lagi 2003 e 2017), ma soprattutto da una visione scettica e pessimistica circa le caratteristiche dei rapporti politici e sociali, che lo allontana da ogni posizione ottimistica e lo colloca piuttosto in quella tradizione alla confluenza tra liberalismo e realismo politico tipica del pensiero liberaldemocratico tra le due guerre.

linee apparentemente parallele, destinate appunto a congiungersi intorno al modello del *rule of law* o del *Rechtstaat*. Del resto, è lo stesso Schmitt, nella sua *Dottrina della costituzione* del 1928, a qualificare – polemicamente – Kelsen come un “teorico liberale dello *Rechtstaat*” oltre che un difensore della “democrazia costituzionale”⁴.

È certamente possibile discutere l’inclusione di Kelsen – com’è noto associato, tra le due guerre, alla socialdemocrazia austro-tedesca – nell’album di famiglia del liberalismo classico. È indubbio, come, tra l’altro, cercherò di ribadire, che alcuni elementi caratteristici della tradizione politica liberale siano stati inclusi da Kelsen, ecletticamente, nella sua concezione filosofico-politica. Appartengono sicuramente a questo *coté* non solo l’interpretazione individualistica e relativistica della democrazia ma anche – e soprattutto – quella procedurale, profondamente radicata, in Kelsen, in una concezione antagonista della società e della politica di reminiscenza liberale. Egualmente prossima a concezioni classicamente liberali, ma anche alla loro reinterpretazione in chiave liberaldemocratica, è l’interpretazione elitistica della democrazia, certamente analoga a quella schumpeteriana – come ha notato Barberis – ma declinata da Kelsen non in senso lideristico-maggioritario ma in senso, appunto, parlamentaristico-proporzionale (si potrebbe dire, francamente, partitocratico). Analogamente liberale è la concezione pacifistica della democrazia come “forma politica” che mira alla risoluzione incruenta dei conflitti sociali e internazionali (e quindi *cosmopolitica* e, in quanto tale, bersaglio degli attacchi schmittiani). Forse meno ovvio e – mi pare – meno discusso è il legame tra la filosofia politica kelseniana e la tradizione del realismo politico classico. Vorrei allora suggerire, a margine dell’enumerazione tanto delle caratteristiche della filosofia politica kelseniana in Barberis quanto dei punti di contatto tra filosofia politica e teoria del diritto in Ferrajoli e andando in senso contrario alla contrapposizione “volgare” tra uno Schmitt “realista” e un Kelsen “idealista”⁵, che la speculazione giuridico-politica kelseniana si articola armonicamente lungo la linea tonale di un “basso continuo” realistico, che unisce tutte le caratteristiche enumerate sopra in un nesso coerente.

Ai fini della classificazione, pertanto, possiamo isolare alcune caratteristiche

⁴ Schmitt 1984. In part. cfr. p. 82, laddove Schmitt vede nella “dottrina normativa dello Stato” di Kelsen il “guscio vuoto” di una “sorta di liberalismo”, riconoscendo però che «non era più la vecchia fede liberale nella “sovranità della ragione”, ma una posizione del tutto contraddittoria: da un lato la “costituzione” sovrana, dall’altro la sua relativizzazione ed il suo dissolvimento in singole normative legislative costituzionali, modificabili con un determinato procedimento».

⁵ Contrapposizione secondo la quale Kelsen sarebbe «nettamente sconfitto e superato da [...] Carl Schmitt, [...] che [sa] scorgere con spietato realismo [...] le menzogne e la crisi del formalismo politico e giuridico borghese. Secondo questa critica il liberal-democratico Kelsen scommette sulle garanzie formali offerte dal diritto borghese e dalle procedure parlamentari proprio quando la civiltà borghese è al suo definitivo tramonto. [...] La lezione «scientifica» del realismo politico schmittiano [...] [è] assunta ad alternativa teorica rispetto al formalismo giuridico e al garantismo politico liberal-democratico» (Zolo 1979: 387).

comuni alla tradizione del realismo politico moderno⁶: a) un'antropologia politica caratteristica (che è possibile, approssimativamente, qualificare come “negativa” o “pessimistica”), b) un approccio demistificatorio allo studio dei fenomeni giuridico-politici, c) una teoria metaetica di stampo marcatamente “relativistico”, d) una concezione polemologica del politico, e) una riduzione dell'ambito del “politico” a quello delle relazioni di potere (una concezione “trasimachea” del potere). La filosofia politica di Kelsen condivide, mi pare, in larga parte queste premesse, ancorché con alcune cautele in merito soprattutto all'ultimo punto. In questo caso, vorrei suggerire, Kelsen supera il realismo ingenuo di Trasimaco, la mera affermazione dell'inevitabile legame tra politica, diritto e forza (o potere), tra “giustizia” e “legge del più forte”, attraverso l'opzione per una “forma politica” che consenta di gestire, anziché reprimere o ignorare, l'inevitabile conflitto sociale. È questa opzione che costituisce il punto di contatto tra la sua filosofia politica e la sua teoria del diritto e, mi pare, il dato originalmente “realistico” del pensiero kelseniano, dal momento che è fondata non tanto su premesse assiologiche ma sull'esplicita constatazione della natura “reale” – o pretesa come tale – dell'essere umano, della società e della politica.

2. L'antropologia politica

Come ha notato Pier Paolo Portinaro, un *leitmotiv* del realismo è la costanza della natura umana intesa come “una natura ancipite, fatta di passioni e ragione”. In particolare, dell'essere umano come essere fondamentalmente “desiderante”, mosso da pulsioni profonde e sostanzialmente irrazionali alle quali poi si sovrappone la “vernice” (come amava dire Pareto) delle pseudo-razionalizzazioni e delle giustificazioni *ex post*. L'antropologia realista vede così l'uomo come allo stesso tempo inevitabilmente irrazionale (al livello profondo delle motivazioni) e ideologico (a quello superficiale delle giustificazioni): è riconducibile a questa interpretazione, per fare un esempio, la ben nota teoria dei *residui* e delle *derivazioni* paretiana. Di più: all'antropologia di origine tucididea secondo la quale «la sfera pulsionale-irrazionale [...] agisce come fattore di destabilizzazione [degli] equilibri faticosamente costruiti dal calcolo razionale»⁷ corrisponde l'impossibilità (la contraddittorietà, secondo Kelsen) di qualsiasi “ordine sociale naturale” e la conseguente necessità di un ordine sociale artificiale e, pertanto, coercitivo. Almeno su questo punto, Kelsen non devia significativamente dalla linea che da Tucidide passa per Hobbes e che dà l'abbrivio alla tradizione del realismo politico moderno: «sulla base della nostra conoscenza della natura umana, si deve considerare assai improbabile che qualunque ordinamento sociale [...] possa sfuggire al rischio di essere violato, talché non

⁶ In parte identificate in Portinaro 2014.

⁷ Portinaro 2014: 19.

occorra prevedere, a titolo di precauzione, delle misure coercitive contro i violatori attuali o potenziali»⁸. Un ipotetico “ordinamento non coercitivo” (ma l’espressione è ossimorica) dovrebbe «permettere a ciascuno di fare o non fare ciò che vuole» ma, se così fosse, esso non sarebbe altro che «la sospensione di ogni ordinamento sociale: è la restaurazione dello stato di natura, che significa stato di anarchia»⁹.

La critica della possibilità di una “restaurazione dello stato di natura”, che in Kelsen si riconduce a un’altra pregiudiziale realistica, cioè quella anti-utopica, deriva pertanto da un’antropologia fondamentalmente pessimista: «l’illusione che sia possibile “tornare alla natura” è fondata sull’idea che l’uomo, “per natura”, sia buono». Tuttavia, «essa ignora l’impulso all’aggressione, che è innato nell’uomo» e «il fatto che la felicità di un uomo è spesso incompatibile con la felicità di un altro, e che quindi un ordinamento naturale giusto, che garantisca felicità a tutti, e dunque non debba reagire alle violazioni con misure coercitive, è incompatibile – per quanto ne sappiamo – con la “natura” dell’uomo»¹⁰. Per Kelsen, tale “natura” è considerata – con l’intento di evitare la china sdruciolevole della fallacia naturalistica – come un mero dato di esperienza. Una cosa è, infatti, la “natura” di un presunto “ordinamento sociale naturale”, che è, in realtà, non un dato di fatto ma un “postulato morale”, altra la “natura che risulta dalla nostra esperienza scientifica”. Conseguentemente, Kelsen rifiuta ogni interpretazione “essenzialistica”: «ciò non vuol dire – aggiunge infatti – che la natura umana sia immutabile, ma solo che non possiamo prevedere come muterà al mutare delle circostanze»¹¹.

Il dato d’esperienza si coniuga così, in un certo senso, con una formula prudentiale. È stata variamente sottolineata l’influenza della psicanalisi freudiana sull’antropologia politica di Kelsen, e in particolare del Freud di *Psicologia delle masse e analisi dell’Io*, testo al quale, com’è noto, Kelsen dedicò un articolo¹². Va comunque notato come essa rimanga sempre sullo sfondo della riflessione politico-morale kelseniana, riaffiorando in tutti i suoi testi filosofico-politici e non soltanto in quelli in cui esplicito è il riferimento a Freud¹³.

3. Un approccio demistificatorio

Dalla natura “ancipite” dell’essere umano, allo stesso tempo pulsionale e ideologica, discende, in secondo luogo, la caratterizzazione dell’impresa scientifica come attività di analisi e allo stesso tempo di demistificazione dei travestimenti ideologici.

⁸ Kelsen 1981b: 104.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Kelsen 1981b: 105.

¹¹ Kelsen 1981b: 104-105.

¹² Kelsen 1981a. Sul punto cfr. Schuett 2007 (in part.: 64-65) e 2010 (in part.: 56-57).

¹³ Per un esempio tratto dall’opera più tarda di Kelsen, cfr. anche Kelsen 1973b: 2-3.

A ciò corrisponde, anzitutto, la critica della teoria del diritto naturale, cioè, in fin dei conti, della falsa “naturalizzazione” di un fenomeno artificiale (l’ordinamento giuridico)¹⁴. Ancora una volta, è interessante notare la consonanza con un classico del realismo politico come Pareto: «Un altro bell’esempio di discorsi senza precisione alcuna è quello delle teorie sul *diritto naturale* e sul *diritto delle genti*. Molti pensatori hanno avuto un sentimento che hanno espresso alla meglio con tali termini, e si sono poi ingegnati a congiungere tale sentimento coi fini pratici che volevano conseguire. Al solito, grande vantaggio hanno avuto in tale opera dall’uso di vocaboli indeterminati, che non corrispondono a cose, ma solo a sentimenti»¹⁵.

Com’è noto, tale attività di demistificazione si applica soprattutto, in Kelsen, alla critica della falsa scienza cioè dell’ideologia travestita da scienza. Che si declini come critica delle teorie del diritto naturale, del “socialismo scientifico” o ancora delle ipostatizzazioni del diritto pubblico e della teoria politica tradizionali (la “primitiva” e “animistica” personificazione dello Stato, il concetto di “popolo”), in essa, analisi scientifica e realismo politico si incrociano e si sovrappongono sul piano della necessaria separazione tra il discorso scientifico-teorico sullo Stato com’è e il discorso politico-pratico sullo Stato come dev’essere. C’è insomma, anche in Kelsen, un programma machiavelliano di “andare dietro alla verità effettuale della cosa”, anziché “alla immaginazione di essa”.

Anche in questo caso, tuttavia, il realismo di Kelsen non è affatto ingenuo. A proposito della democrazia, egli nota: «c’è chi parla soltanto dell’idea e chi soltanto della realtà del fenomeno, mentre bisognerebbe tener raffrontati questi due elementi, considerando la realtà alla luce dell’ideologia che la domina, l’ideologia dal punto di vista della realtà che la sostiene»¹⁶. È, infatti, proprio la separazione di questi due piani che costituisce la necessaria premessa all’attività scientifica di disvelamento dei travestimenti ideologici. Ne è un esempio la critica della “dottrina sovietica della democrazia”, da Kelsen qualificata come «pervertimento [...] teoreticamente inammissibile» del concetto di democrazia, come «abuso terminologico» politicamente «problematico», dal momento che «sostituisce, come criterio della forma di governo definita democrazia, un giudizio di valore del tutto soggettivo – l’interesse del popolo – a un fatto oggettivamente accertabile: la rappresentanza attraverso

¹⁴ «Il bisogno di giustificare razionalmente i nostri atti emotivi è così forte che noi cerchiamo di soddisfarlo anche a rischio di un auto-inganno. E la giustificazione razionale di un postulato basato su un giudizio soggettivo di valore, cioè su un desiderio, quale, ad esempio, quello che tutti gli uomini siano liberi, o che tutti gli uomini siano trattati egualmente, è un auto-inganno o un’ideologia, il che costituisce pressappoco la stessa cosa. Tipiche ideologie di questo genere sono le affermazioni che un qualche fine ultimo e quindi un qualche regolamento determinato dal comportamento umano, derivi dalla “natura”, cioè dalla natura delle cose, dalla ragione umana o dalla volontà di Dio. Questa dottrina sostiene che esiste un ordinamento delle relazioni umane diverso dal diritto positivo, più alto ed assolutamente valido e giusto, in quanto promana dalla natura, dalla ragione umana o dalla volontà di Dio» (Kelsen 1963: 8).

¹⁵ Pareto 1964: §401.

¹⁶ Kelsen 1998b: 57

organi elettivi». La realtà e l'ideologia vanno considerate l'una alla luce dell'altra, e «siccome non vi è alcun criterio oggettivo per accertare il cosiddetto interesse del popolo, la frase “governo per il popolo” è una formula vuota [...] usata per giustificare ideologicamente qualsiasi tipo di governo»¹⁷.

Alla critica dei travestimenti ideologici si congiunge così quella, anch'essa di stampo realista, all'utopismo come orizzonte immaginario e, in ultima analisi, come “formula vuota” atta a giustificare qualsiasi tipo di azione politica. Così, ad esempio, la previsione, sulla base di «una natura umana diversa da quella che conosciamo»¹⁸, dell'estinzione della «macchina coercitiva dello Stato»¹⁹ si giustifica certamente su un altro piano, quello appunto delle utopie politiche, ma si presenta invece, abusivamente, sotto le spoglie del discorso scientifico.

4. Il relativismo dei valori etico-politici

Il “relativismo dei valori etico-politici”, incluso da Ferrajoli nel passo citato tra i “fondamenti assiologici della democrazia”, si colloca alle radici stesse del realismo politico, nell'antropocentrismo dei sofisti e nella loro concezione paleo-positivistica della legge come convenzione e artificio. Esso si sviluppa in Kelsen, com'è noto, anzitutto in relazione alla critica del razionalismo etico e alla posizione non cognitivista, dalla quale deriva il riconoscimento dell'impossibilità tanto di una giustificazione razionale dei valori come dell'esistenza di principi primi “assoluti”²⁰. Dei valori si può dare, quindi, soltanto una giustificazione “soggettiva”: nessuna conclusione può essere “valida per tutti”²¹. Sarà sufficiente, qui, rinviare alle parole

¹⁷ Kelsen 1998c: 201-202.

¹⁸ Kelsen 1981b: 105.

¹⁹ Kelsen 1981c, passim.

²⁰ Sull'incoerenza del razionalismo etico si veda *Diritto naturale senza fondamento* (Kelsen 2001) ma anche il postumo *Religione secolare*, laddove, oltre a sottolineare ancora una volta la confusione tra “essere” e “dover essere”, riconosce l'inevitabile radice teologica di qualsiasi idea di un valore assoluto: «È vero che l'immanenza del valore nella realtà e l'idea d'un valore assoluto possono essere coerentemente sostenute soltanto sulla base della presupposizione teologica che la realtà sia creazione della volontà assolutamente buona di Dio; ed è vero che una dottrina razionalistica, non-metafisica, che non sia in grado di evitare la distinzione tra valore e realtà, non offre una risposta al problema di come il valore possa divenire immanente alla realtà e, di conseguenza, non ha alcuna base per assumere che vi siano dei valori assoluti; e non è priva di fondamento l'argomentazione secondo la quale una dottrina di questo genere non è coerente se da un lato sostiene l'immanenza del valore nella realtà e rivendica un valore assoluto per i propri ideali, e contemporaneamente, dall'altro lato, rifiuta l'assunzione teologica di Dio come creatore della realtà. Ma queste dottrine razionalistiche devono essere considerate per come esse sono, nella loro incoerenza, e non per come esse sarebbero se fossero coerenti» (Kelsen 2014: 55).

²¹ «A slave or prisoner in a concentration camp, where escape is impossible, is faced with the question whether suicide is morally admissible. [...] Only a subjective answer can be given to this question, an answer which is valid only for the judging subject; there can be no conclusion valid for everyone, like

di Bobbio, laddove sottolinea l'ovvio legame, nel pensiero kelseniano, tra "critica della ragione pratica" e "relativismo etico": «una volta dimostrata la fallacia di ogni forma di razionalismo etico, o della pretesa della ragione di fondare un'etica dimostrativa [...] non resta altro secondo Kelsen che ammettere l'irrazionalità dei valori»²². Analogamente, il relativismo radicale di Kelsen appare intimamente legato alla concezione della società come pluralità di interessi in (potenziale) conflitto²³. Su questo punto, l'opzione a favore della democrazia parlamentare non è costruita, da Kelsen, tanto su un preciso fondamento assiologico, ma è giustificata, *realisticamente*, come l'unica forma politica in grado – entro certi limiti – di gestire un conflitto sociale che, sulla base di un dato di esperienza, viene giudicato inevitabile²⁴. Una posizione morale fondata sull'esistenza di valori assoluti conduce ad esiti autoritari i quali tuttavia nascondono o reprimono – non potendolo eliminare – il pluralismo e il conseguente conflitto sociale. La premessa realistica è perciò duplice: da un lato, il riconoscimento dell'inevitabilità del pluralismo dei valori e degli interessi, dall'altra l'opzione a favore di un sistema liberaldemocratico ritenuto l'unico *realisticamente* in grado di *gestire* il conflitto che forzatamente ne deriva. La franca assunzione di una posizione relativista appare, così, più realistica dell'ipostatizzazione di una classe o di un *demos* omogeneo e coerente – sul piano culturale, valoriale, degli interessi etc. – come base irrinunciabile di qualsiasi organizzazione statale²⁵.

the judgment, say, that metals expand with heat. But the latter is a judgement of fact not a value-judgment» (Kelsen 1973a: 5).

²² Bobbio 2013b: 221.

²³ Su questo punto, i primi paragrafi di *What is justice?* costituiscono un'elegante epitome della posizione kelseniana (Kelsen 1973a: 2-3).

²⁴ «Il relativismo filosofico, partendo dall'impossibilità di riconoscere una verità e un valore assoluti... si trova fatalmente spinto verso quel metodo dialettico che deve prima lasciar libero gioco alle opinioni antitetiche per poi cercare una compensazione mediatrice [...]. E non è questo, in fondo, lo stesso metodo del parlamentarismo democratico, con il suo riconoscimento del diritto della minoranza ed il suo procedimento antitetico- dialettico inteso al conseguimento di un compromesso?» (Kelsen 1998a: 177); «Data l'opposizione degli interessi [...], la volontà generale, se non deve esprimere esclusivamente l'interesse di un solo gruppo, non può essere che la risultante, il compromesso fra interessi opposti» (Kelsen 1998b: 61-62). Anche in questo caso, è utile confrontare la critica che fa Schmitt (riferendosi proprio alla prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, quella del 1920) al punto di vista di Kelsen «secondo cui la giustezza della democrazia si basa sul fatto che è più giusto se su cento uomini prevalgono novanta su dieci piuttosto che dieci su novanta. È qui totalmente perso il significato politico della democrazia; la questione circa la sostanza dell'eguaglianza democratica non è più posta». Schmitt, richiamando la *virtu* rousseauiana, oppone quindi a una nozione proceduralistica, una sostanzialistica della democrazia (Schmitt 1984: 331).

²⁵ Sul punto, accomunando due proceduralismi di stampo ben differente, quello kelseniano e quello habermasiano, cfr. Ingram 2016: 176. «Kelsen and Habermas counter Schmitt's realist assault on the rule of law with realist arguments of their own. Departing from the same Hobbesian premises as Schmitt, they acknowledge the weakness of moral motivations and the inadequacy of abstract ideals in resolving modern conflicts between self-interested individuals who subscribe to opposing conceptions of justice and human goodness. But like Kant [...], they insist that the only solution to a state of war wherein

Come si vede, la premessa relativista costituisce qui una sorta di base armonica tanto della posizione metaetica quanto di quella filosofico-politica. E va anche notato come la sua difesa, da parte di Kelsen, si sviluppi con assoluta coerenza dagli scritti degli anni Venti fino a quelli degli anni Sessanta, come dimostra chiaramente la tarda polemica con le tesi di Voegelin e la loro deriva etico-cognitivista²⁶. Anche sul piano metaetico, del resto, essa appare del tutto coerente con posizioni analoghe largamente condivise dai classici del realismo politico moderno e contemporaneo: quelle di un «emotivismo [...] che reagisce al fallimento del razionalismo (e dello scientismo positivistic) col sottrarre i giudizi morali e in genere i giudizi di valore ad ogni forma di controllo razionale»²⁷. Anche in questo caso, l'assonanza con Pareto e la sua critica al giusnaturalismo a partire dall'emotivismo etico appare immediata. Tuttavia, il generale richiamo al "relativismo" suggerisce anche che la categoria di "validità" genericamente intesa può essere applicata anche a giudizi morali, senza che ciò implichi, necessariamente – come invece Invernizzi-Accetti ha sostenuto in un recente articolo²⁸ –, che Kelsen in realtà non condivida, appunto, una posizione eticamente emotivista. Certamente, per Kelsen i giudizi morali possono anche essere oggetti di giustificazione e ad essi può quindi applicarsi il criterio di validità. Si tratta, tuttavia, di giustificazioni interne, basate sulla coerenza con i principi morali di un dato sistema etico. Quel che non è possibile è qualsiasi forma di giustificazione *assoluta* dei primi principi, i quali, da un punto di vista, appunto, non-cognitivista, possono benissimo continuare a essere intesi come l'espressione di preferenze in ultima analisi arbitrarie o di emozioni.

Com'è noto, una delle principali critiche che si fanno al relativismo è quella di fornire la base teorica a una forma di indifferentismo morale: di porre sullo stesso piano qualsiasi sistema etico: «una dottrina» – per ricorrere ancora una volta alle parole di Ferrajoli – «inconsistente logicamente ancor prima che eticamente, dato che equivale all'indifferentismo morale e all'accettazione di qualunque morale [...] e quindi alla negazione di qualunque morale»²⁹. Ripetute affermazioni in senso contrario impedirebbero di qualificare Kelsen come bersaglio di tale critica. È certamente possibile accusarlo di incoerenza teorica. Se non fosse, però, che è proprio sulla base della distinzione tra giudizi di fatto e giudizi di valore che Kelsen può rinviare al mittente ogni eventuale accusa di "indifferentismo morale", sostenendo,

persons are disposed to seek unlimited power over others is the rule of law, fully instituted in liberal democracy at the level of state law and in a cosmopolitan human rights regime at the level of international law. Kelsen and Habermas argue that such "idealism" appears eminently more suitable to realizing the psychological aspirations underlying Hobbes's political realism than Schmitt's political-theological postulation of a homogeneous, metaphysical source of national sovereignty that exists above the law».

²⁶ Kelsen 2004 e 2014.

²⁷ Bobbio 1966: XV-XVI.

²⁸ Invernizzi-Accetti 2017: 219.

²⁹ Ferrajoli 2008: 341.

anzi, che il riconoscimento del carattere relativo dei principi morali non implica affatto l'irresponsabilità personale nei loro confronti³⁰. È quindi senz'altro vero, come sostiene Ferrajoli, che «il nesso tra anticognitivismo etico e liberalismo, la negazione del carattere oggettivo dei valori morali e il fermo rifiuto di un fondamento assoluto o metafisico, analogo a quello delle religioni, delle ideologie politiche e della loro pretesa di accreditarsi come “vere”, vengono più volte ribaditi da Kelsen quali presupposti dell'autonomia morale, della responsabilità delle scelte etico-politiche, della tolleranza, del pluralismo e perciò della democrazia»³¹, tuttavia mi pare altrettanto dimostrabile che alla base di tutti questi presupposti Kelsen intende porre l'osservazione della *realtà* della natura umana e di quella sociale e, di conseguenza, dell'intero ambito della politica³².

5. Concezione “polemologica” e concezione “trasimachea” del politico

Quest'ultimo punto è, sicuramente, il più delicato, qualora si voglia suggerire di includere Kelsen nel pantheon del realismo politico moderno. Tanto la filosofia politica quanto la teoria del diritto di Kelsen, nei loro rispettivi ambiti, non sembrano corrispondere a una concezione “trasimachea” del politico. Non vi sembra corrispondere *praticamente* la difesa della liberaldemocrazia, non vi sembra corrispondere *teoreticamente* la dissoluzione dello Stato nell'ordinamento giuridico. Vorrei però suggerire che, per quanto Kelsen insista sulla necessità di tenere i due discorsi separati, è proprio la lettura parallela di queste due posizioni a ricondurre il pensiero kelseniano alla tradizione del realismo politico.

Come ha sottolineato Guastini, quel che Kelsen rifiuta della “società senza Stato”

³⁰ «Io posso lottare e morire senza riserve per la libertà che la democrazia è capace di attuare» pur ammettendo che «il mio ideale è soltanto relativo. Schumpeter dice molto giustamente: “Ciò che distingue un uomo civilizzato da un barbaro è il rendersi conto della validità relativa delle proprie convinzioni e, malgrado ciò, sostenerle senza indietreggiare”» (Kelsen 1998: 190).

³¹ Ferrajoli 2016: 216 n329.

³² Da questo punto di vista, non mi pare completamente aderente al complesso dell'opera kelseniana l'immagine di un Kelsen fermamente ancorato al liberalismo politico “classico” ottocentesco, al quale corrisponderebbe un'antropologia sostanzialmente ottimistica e razionalistica («da liberale (ottocentesco) Kelsen parla di razionalità, confronto, capacità critica, e soprattutto da liberale (ottocentesco) pensa – ottimisticamente – che dalla pluralità di idee e convincimenti si possa giungere ad una decisione finale unitaria, nel concreto, a leggi che, nel loro contenuto, siano il risultato di compromessi e mediazioni», Lagi 2017: 385). La lettura sistematica dei testi etico-politici kelseniani mi pare che renda, piuttosto, l'idea che l'insistenza sulla mediazione e sul compromesso prende le mosse da una visione scettica e sostanzialmente realistica sulle possibilità di tenuta del consorzio umano, sempre esposto al rischio della disgregazione. Lo dimostra, tra l'altro, la coscienza della loro difficoltà (Kelsen ripetutamente riconosce, ad esempio, che il sistema parlamentare funziona solo in assenza di contrapposizioni radicali tra le parti). La soluzione possibile è quindi quella meno ambiziosa ma più realistica: tentare, per lo meno, di gestire il conflitto attraverso procedure condivise.

preconizzata dalla “teoria politica del bolscevismo” è che essa «dovrebbe, per forza di cose, essere una società interamente omogenea, integrata, acconfittuale» e «questi valori sono visibilmente in contrasto con tutti i valori oggi accettati in Occidente»³³. Questo appare, senz’altro, come il tratto più genuinamente “liberale” (nel senso del liberalismo politico classico) della filosofia politica di Kelsen. Nel senso, cioè, che esso corrisponde al carattere del liberalismo come filosofia del conflitto, cioè come filosofia che vede nella società un ambito di inevitabile conflitto, anzitutto tra interessi individuali e in secondo luogo tra gruppi di interesse, e nella politica come gestione di questo conflitto (e come sua trasformazione, eventualmente, in competizione), un elemento e allo stesso tempo un motore di progresso e di sviluppo della società. In tal senso, come ha sottolineato Bobbio, il liberalismo è ancor più “filosofia del conflitto” del socialismo, perché per quanto centrale sia il conflitto di classe per quest’ultimo, è un fatto che esso miri alla sua risoluzione, mentre da un punto di vista genuinamente liberale, non vi è soluzione al conflitto tra gli interessi individuali e collettivi di una società complessa³⁴. Occorre sottolineare che per Kelsen tale posizione, al di là delle sue premesse valoriali, è corroborata, nuovamente, da un dato di esperienza. Tuttavia, mi pare di ravvisare in questo punto un altro tratto caratteristico del pensiero filosofico politico kelseniano che può essere ricondotto alla tradizione del realismo come “concezione polemologica del politico”³⁵. Questo aspetto, però, andrebbe meglio argomentato ed è certamente delicato. Se mi pare infatti facilmente dimostrabile che Kelsen concepisca la società come ambito incontestabilmente conflittuale, più difficile è sostenere che abbia una concezione polemologica “del politico”.

Per affrontare questa questione bisogna prendere le mosse dal punto centrale della identificazione tra Stato e ordinamento giuridico. Com’è noto, da un lato Kelsen concepisce il diritto come una “specifica tecnica sociale”, cioè la tecnica della coercizione, di disciplina della forza (*Macht*), in quanto tale neutra, sul piano dei contenuti³⁶. Dall’altro, qualifica ogni concezione dualista che intenda lo “Stato” come qualcosa di diverso dall’ordinamento giuridico come residuo di una personificazione “primitiva”. Lo Stato è l’ordinamento (e viceversa) e quest’ultimo è costituito da norme che sono frutto di atti di volontà. Non vi sono altri “residui metafisici”, non esiste lo “Stato” come potere, come entità dotata di una sua realtà ontologica e che può operare indipendentemente dall’ordinamento. Ora, come ha ricordato, ancora una volta, Guastini, questa concezione kelseniana può essere interpretata in due modi apparentemente contrastanti. Da un lato, è stato notato come essa sia

³³ Guastini 1981: 14.

³⁴ Cfr. tra l’altro Bobbio 1970: 164. «Il liberalismo di Cattaneo [...] fu anche una concezione generale della storia ispirata al principio dell’antitesi, dell’antagonismo, del conflitto come condizione del progresso. Non si insisterà mai abbastanza sul fatto che il nocciolo del liberalismo è racchiuso tutto quanto nella concezione antagonistica (oggi i sociologi dicono “conflittualistica”) della storia».

³⁵ Portinaro 2014.

³⁶ Kelsen 1981b.

«particolarmente idonea a occultare, sotto la veste formale di un'asettica struttura normativa, i rapporti sociali di dominio-subordinazione, che costituiscono il vero contenuto dell'ordinamento statale», cosicché «dissolvendo in rapporti giuridici i fenomeni di potere [...] il kelsenismo gioca una carta in favore della dottrina (borghese) dello Stato come tutore neutrale di interessi generali». Insomma, «mentre lo Stato è attraversato da battaglie pratiche e da fratture politiche, l'ordinamento giuridico è da Kelsen configurato come unitario, completo, e coerente: con il risultato che ogni conflitto politico viene cancellato dall'orizzonte teorico del giurista». D'altro canto, è stato anche notato, se «lo Stato è concepito come ordinamento giuridico, ecco balzare in primo piano, valorizzate, le procedure formali “di contenimento e di controllo” del potere». Guastini chiosa, a questo proposito, che «il fatto che la teoria di Kelsen si presti ad apprezzamenti politici così contrastanti è forse la prova migliore in favore della sua neutralità politica, e, in tal senso, della sua scientificità»³⁷. Ciò può essere senz'altro vero, ma può anche essere vero che entrambi gli apprezzamenti politici dimostrino che a sostenere la “teoria” – nonostante le ripetute dichiarazioni di “neutralità” e “scientificità” – stia un'opzione pratico-politica a favore del “governo delle leggi” (rispetto al “governo degli uomini”) che è ancora una volta, mi pare, *realisticamente* giustificata nei testi filosofico-politici kelseniani.

In diversi passi della sua opera, Kelsen insiste sul fatto che il “potere” è l'efficacia dell'ordinamento giuridico (ragion per cui, appunto, non vi è alcun “Stato” inteso come “potere che sta dietro al diritto”). E ciò significa che “gli strumenti” di questo “potere” diventano tali allorché degli esseri umani sono spinti ad usarli «per un dato scopo soltanto da comandi che essi considerano norme»³⁸. Secondo

³⁷ Guastini 1981: 17. Come chiarisce in nota, Guastini si riferisce da un lato al suo intervento e alla relazione e alla replica di G. Tarello contenuto in R. Orecchia (a cura di), *Il diritto come ordinamento - Informazione e verità nello Stato contemporaneo. Atti del X Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica* (Bari, ottobre 1974), Milano 1976; dall'altro alla recensione di Danilo Zolo di H. Kelsen, *Socialismo e Stato*, già citata *supra* (n. 4). Sullo stesso punto, cfr. Losano 2002: 101 («Gli attacchi politici contro la dottrina pura del diritto non hanno certo fatto difetto; anzi, la loro frequenza ed eterogeneità sono per Kelsen una conferma dell'esattezza della sua teoria»).

³⁸ «Allorché si parla del potere dello Stato si è soliti pensare alle prigioni e alle sedie elettriche, alle mitragliatrici ed ai cannoni. Ma non si deve dimenticare che queste sono tutte cose morte, che diventano strumenti di potere soltanto allorché vengono usate da esseri umani, e che gli esseri umani sono in genere spinti ad usarle per un dato scopo soltanto da comandi che essi considerano norme. Il fenomeno del potere politico si manifesta nel fatto che le norme regolanti l'uso di tali strumenti diventano efficaci. Il “potere” non consiste nelle prigioni e nelle sedie elettriche, nelle mitragliatrici e nei cannoni; il “potere” non è alcuna sorta di sostanza o entità nascosta dietro l'ordinamento sociale. Il potere politico è l'efficacia dell'ordinamento coercitivo riconosciuto quale diritto. È errato descrivere lo Stato come “il potere che sta dietro al diritto”, perché tale definizione fa supporre l'esistenza di due entità separate, laddove ve n'è una sola: l'ordinamento giuridico. Il dualismo fra diritto e Stato è un superfluo raddoppiamento o duplicazione dell'oggetto della nostra conoscenza; è un risultato della nostra tendenza a personificare e quindi ad ipostatizzare le nostre personificazioni. Un tipico esempio di questa tendenza lo troviamo nella interpretazione animistica della natura, cioè nell'idea dell'uomo primitivo» (Kelsen 1963: 195).

Massimo La Torre, questo riconoscimento del ruolo delle rappresentazioni individuali come “motore” della “materia bruta” del potere politico costituirebbe in realtà un'eccezione nel pensiero realista di Kelsen (laddove l'identificazione tra ordinamento normativo e coercizione costituirebbe una “concessione” di Kelsen al realismo politico). Lo sarebbe nel senso che secondo Kelsen, la “mera forza” non può costituirsi in un ordine politico, poiché quest'ultimo sarebbe invece, fondamentalmente, un'idea: la rappresentazione di un ordine. In mancanza di questa “rappresentazione” si avrebbe una “situazione di nuda violenza”: il puro dominio del più forte³⁹. Qui si vedrebbe, quindi, il punto di scollamento tra la concezione kelseniana del potere e quella realista che rinvia appunto al Trasimaco del primo libro della Repubblica: il sofista che sostiene, contro Socrate, che “giustizia” altro non è che, volta a volta, il “volere del più forte”, cioè l'interesse di chi detiene il potere. La differenza starebbe, insomma, nella soluzione kelseniana al “classico” problema della distinzione tra lo Stato e una banda di briganti.

La soluzione, come si sa, è tuttavia alquanto problematica. Come Bobbio ha sottolineato, se è vero che «la giuridicità di un comando e del potere da cui deriva [...]» è in prima battuta «assicurata in ultima istanza dalla presupposizione [...] della norma fondamentale», il criterio ultimo, in Kelsen, per «distinguere il comando giuridico dal comando non giuridico» è «la validità stessa del sistema»: «conosciamo bene la soluzione che Kelsen ha dato a questo rompicapo: un ordinamento giuridico è valido solo se è anche efficace, cioè se le norme che esso produce sono a grandi linee (*im Großen und Ganzen*) osservate. Ciò che manca alla banda di briganti, posto che i suoi atti vengano abitualmente colpiti dall'ordinamento statale come illeciti, è l'effettività». Ma se è così, sottolinea ancora Bobbio, «non si capisce [...] per quale ragione, se non quella di una pura correttezza formale, sia necessario chiudere l'ordinamento giuridico con una norma ultima, anziché con un potere ultimo quando poi ciò che alla fine consente d'identificare un ordinamento come ordinamento giuridico non è la validità delle norme ma la loro efficacia, il che val quanto dire che ciò che chiude il sistema non è una norma ma un potere». Non lo si capisce, a meno di non presumere che «la norma fondamentale rispecchia una preferenza pratica», cioè la «fondamentale», ancorché «inconsapevole e anche espressamente smentit[a]», adesione all'«ideale dello Stato di diritto», alla «formula tradizionale

³⁹ «In spite of his political “realism”, Kelsen, when he describes the manifestation of political phenomena, always stresses that it is individuals' ideological representations that are the motor or raw material that keeps political power going [...] According to Kelsen mere force cannot in itself constitute a political order. This is in his view fundamentally an idea, the representation of an order. Men who occupy public offices, he adds, are seen as “organs” of a collectivity, or of a generally valid coercive order. Were that not so, and the subject accordingly fell under men who held public power not as “organs” of a system but as holders of power through violence and thus fell under not a system but men, in that case one could not speak of a State but only of a situation of naked violence. Kelsen's conclusion is that the State, the political order, is nothing other than an idea, the representation of an order» (La Torre 2010: 24).

[...] “*lex facit regem*”»⁴⁰. La formula opposta (“*rex facit legem*”) troppo facilmente, del resto, sarebbe strumentale a mantenere quel “dualismo primitivo” secondo cui esisterebbe, dietro all’ordinamento, un altro “potere”. Che ci sia un legame tra, per così dire, “posizione teorica” e “preferenza pratica” mi sembra che lo riconosca anche Kelsen, ad esempio quando sostiene che il dualismo tra Stato e ordinamento indica non soltanto una “contraddizione in senso logico-sistematico” ma è anche e “più in particolare” la “fonte di un abuso politico-giuridico”, poiché fornisce ai governati un argomento per violare l’ordinamento positivo sulla base della presunta “ragione” di un presunto “Stato” (diverso dall’ordinamento stesso), ogni volta che ciò convenga loro⁴¹.

Ora, mi pare che se ammettiamo il legame tra la “posizione teorica” e la “preferenza pratica” e torniamo quindi a quel “nesso fondamentale” di cui parla Ferrajoli, citato all’inizio di questo modesto contributo, e se infine ricolleghiamo questo nesso fondamentale alle posizioni filosofico-politiche espresse da Kelsen e sopra rapidamente riassunte, allora la sua ragione principale risiede proprio nel punto di vista realista di Kelsen. È la sua caratteristica antropologia, la sua interpretazione della società umana e quella del potere, così vicine alla tradizione del realismo classico, che lo spingono a optare a favore del “governo delle leggi” (e di una determinata forma di questo governo, liberaldemocratica, che meglio consente, a suo avviso, di “gestire” il conflitto) contro il “governo degli uomini” (intimamente autoritario e quindi destinato, presto o tardi, a far deflagrare il conflitto sociale in maniera violenta o incline agli abusi “politico-giuridici” cui Kelsen fa riferimento)⁴². Il primo esprime infatti l’idea della “autorità del diritto”, cioè che «la forza vincolante promani, non da un essere umano che comanda, ma dal “comando” impersonale e anonimo, in quanto tale». A sua volta, l’identificazione dello Stato con l’ordinamento giuridico e l’opzione di «chiudere l’ordinamento giuridico con una norma ultima, anziché con un potere ultimo» non rispondono a una mera esigenza di eleganza formale

⁴⁰ Bobbio 2013a: 145-47

⁴¹ «The dualism of state and law betokens not only a contradiction in the logically systematic sense; it is also more particularly the source of a politico-legal abuse. Under the guise of an argument in legal and political theory, it provides a way of enabling purely political postulates to break in upon positive law. The dualism of state and law becomes a dualism of two different and mutually contradictory norm-systems, of which one, under the names of “state”, reason or interest of state (also public welfare, public “law”), is then repeatedly brought to bear whenever the other, namely “positive” law, leads to a consequence unwelcome to the rulers, who are in truth identical with this “state”» (Kelsen 1973a: 76-77).

⁴² Sul punto, vorrei citare ancora una volta Danilo Zolo, in particolare quando sostiene che «riferirsi [...] a Kelsen significa prendere atto delle “dure lezioni della storia” (che in questo caso si chiamano fascismo, nazismo, stalinismo, Stato sociale autoritario etc.) [...] per riconoscere come irreversibili le conquiste della civiltà giuridica occidentale, per quanto insufficienti e fragili esse possano apparire. Significa considerare le procedure formali del diritto e della politica come tecniche razionali per una riutilizzazione e una codificazione del conflitto sociale e del dominio politico, capaci di ridurre e di renderne comunque più trasparenti e controllabili le forme di espressione» (Zolo 1979: 388).

ma sostengono la preferenza pratica di dare una risposta realistica al problema del potere, valorizzando appunto, come si diceva sopra, le procedure formali per il suo contenimento e il suo controllo, ancor più essenziali se si ammette con Kelsen il dato di esperienza di una natura umana inevitabilmente aggressiva e di una società che, dato l'originario e altrettanto inevitabile conflitto tra gli interessi individuali, non può non essere intimamente conflittuale.

Nel 1927, Kelsen affermava, introducendo un'allegoria divenuta poi famosa, che «il problema del diritto naturale è l'eterno problema di ciò che è alle spalle del diritto positivo. E chi cerca una risposta non trova – temo – né la verità assoluta d'una metafisica né l'assoluta giustizia di un diritto naturale. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi è abbagliato dalla Gorgone del potere»⁴³. Il Trasimaco del Primo libro della Repubblica è forse l'esempio di colui che non chiude gli occhi e rimane metaforicamente pietrificato dallo sguardo del potere. Forse Kelsen non ha, in fin dei conti, chiuso gli occhi⁴⁴ ma, come Perseo, ha continuato, negli anni, a lucidare il suo scudo in modo da poter vedere “lo sguardo fisso della Gorgone del Potere” almeno di riflesso, riuscendo così ad aggiustare la mira.

Riferimenti bibliografici

- Barberis, M. (1998). *Introduzione*, in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 7-39.
- Bobbio, N. (1966). *Prefazione*, in Ch. Perelman, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, IX-XVII.
- Bobbio, N. (1970). *Della sfortuna del pensiero di Carlo Cattaneo nella cultura italiana*, «Rivista Critica di Storia della Filosofia», 25, 2 161-184.
- Bobbio, N. (2013a) *Kelsen e il problema del potere*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* (a cura di T. Greco), Torino, Giappichelli, 123-147.
- Bobbio, N. (2013b). *Perelman e Kelsen*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* (a cura di T. Greco), Torino, Giappichelli, 215-232.
- Ferrajoli, L. (2008). *Diritti fondamentali*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrajoli, L. (2016). *La logica del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- Guastini, R. (1981). *Introduzione*, in H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Milano, Il Saggiatore, 7-36.

⁴³ Kelsen, 1927: 55; trad. di Mario G. Losano (2002: 100).

⁴⁴ Così Losano: «[Kelsen] “solleva il velo”, ma poi chiude gli occhi». Una scelta «dettata da una precisa presa di posizione filosofica» (Losano 2002: 100-101). Un Kelsen che davvero “chiuda gli occhi” dinanzi al fenomeno del potere non potrebbe, in ultima analisi, essere incluso nella tradizione realistica, così come definita *supra*.

- Ingram, D. (2016). *A Morally Enlightened Positivism? Kelsen and Habermas on the Democratic Roots of Validity in Municipal and International Law*, in D.A. Jeremy Telman (a cura di), *Hans Kelsen in America - Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, Dordrecht, Springer, 175-213.
- Invernizzi-Accetti, C. (2018). *Reconciling legal positivism and human rights: Hans Kelsen's argument from relativism*, «Journal of Human Rights», 17, 2, 215-228.
- Kelsen, H. (1927). *Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, «Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer», Heft 3, Berlin-Leipzig, De Gruyter.
- Kelsen, H. (1963). *General Theory of Law and State* (1945), trad. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Edizioni di Comunità.
- Kelsen, H. (1973a), *What is Justice?*, in Id., *Essays in Legal and Moral Philosophy* (a cura di O. Weinberger), Dordrecht, Springer, 1-26.
- Kelsen, H. (1973b), *God and the State*, in Id., *Essays in Legal and Moral Philosophy* (a cura di O. Weinberger), Dordrecht, Springer, 61-82.
- Kelsen, H. (1981a). *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse* (1922), trad. it. *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*, in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 387-437.
- Kelsen, H. (1981b). *The Law as a Specific Social Technique* (1941), trad. it. *Il diritto come specifica tecnica sociale*, in Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Milano, Il Saggiatore, 94-121.
- Kelsen, H. (1981c). *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis* (1948), trad. it. *La teoria politica del bolscevismo. Un'analisi critica*, in Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Milano, Il Saggiatore, 37-93.
- Kelsen, H. (1998b). *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 41-152.
- Kelsen, H. (1998a). *Das Problem des Parlamentarismus* (1924), trad. it. *Il problema del parlamentarismo*, in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 153-188.
- Kelsen, H. (1998c). *Foundations of Democracy* (1955-56), trad. it. *I fondamenti della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 189-391.
- Kelsen, H. (2001), *Die Grundlage der Naturrechtslehre* (1963), trad. it. *Diritto naturale senza fondamento*, «Micromega», 2, 116-155.
- Kelsen, H. (2004). *A New Science of Politics. Hans Kelsen's Reply to Eric Voegelin's "New Science of Politics". A Contribution to the Critique of Ideology*, Frankfurt-Lancaster, Ontos Verlag.
- Kelsen, H. (2014). *Secular Religion* (2012), trad. it. *Religione Secolare*, Milano, Raffaello Cortina.

- Lagi, S. (2003). *La democrazia di Hans Kelsen: tra procedura ed etica*, «Il pensiero politico», 36, 239-272.
- Lagi, S. (2017). *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920-1932)*, «Teoria politica», 7, 363-388.
- La Torre, M. (2010). *Law as Institution*, Dordrecht, Springer.
- Losano, M.G. (2002). *Sistema e struttura del diritto*, Milano, Giuffrè.
- Pareto, V. (1964). *Trattato di sociologia generale*, Milano, Edizioni di Comunità.
- Portinaro, P.P. (2014). *Sul realismo politico. Una sinossi*, in A. Campi, S. De Luca, *Il realismo politico. Figure, concetti, prospettive di ricerca*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 15-34.
- Schmitt, C. (1984). *Verfassungslehre* (1928), trad. it. *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè.
- Schuett, R. (2007). *Freudian roots of political realism: the importance of Sigmund Freud to Hans J. Morgenthau's theory of international power politics*, «History of the Human Sciences», 20, 4, 53-78.
- Schuett, R. (2010). *Political Realism, Freud, and Human Nature in International Relations*, New York, Palgrave Macmillan.
- Zolo, D. (1979). *Recensione a H. Kelsen, Socialismo e Stato*, «Quaderni Fiorentini», 8, 382-388.

**SAGGI
(ESSAYS)**

On the Relations between Non-Cognitivism and Liberalism

Riccardo Guastini*

Abstract

In the first part of the paper, the author outlines a non-cognitivist meta-ethics based on the is-ought distinction and Hume's guillotine. Nonetheless, the author maintains that logical reasoning is possible also in the ethical domain. Value-judgments and normative sentences, although lacking truth values, can be proved within a (moral, legal, or political) normative system on the basis of the accepted normative premises of the system at stake. Any inferential move, however, cannot but stop when reaching the "supreme principle" of the system. In the second part of the paper, the author claims for a non-logical, pragmatic, connection between meta-ethics and normative ethics, viz. between non-cognitivism and liberalism. Liberal ethics, understood as the ethics of tolerance, provides good pragmatic reasons for joining non-cognitivist meta-ethics, and vice versa, while non-liberal intolerant ethics, in turn, provides good pragmatic reasons for joining a cognitivist meta-ethics, and vice versa.

Keywords: Ethics. Meta-ethics. Non-cognitivism. Liberalism. Tolerance.

1. Elements of a Meta-Ethics

I shall begin by presenting the fundamental features of a meta-ethics based on (i) the "great divide" between "is" and "ought", (ii) non-cognitivism, and nonetheless (iii) a rationality claim.

By "meta-ethics" I mean a purely analytical discourse whose object is the language of normative ethics.

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

This paper will be published in a *Liber amicorum* for Mikael Karlsson. While writing it, I recall (with nostalgia) Mike's seminar on "Valuations", delivered in Genova, Dipartimento di Cultura Giuridica "Giovanni Tarello", on November 2006, and the lively discussion I had with him.

(i) *The “great divide”*. Two fundamental functions of language should be distinguished: (a) describing, and (b) prescribing.

Descriptive language is meant to record, explain, foresee, and supply information about facts.

Prescriptive (and evaluative¹) language, in turn, is meant to direct or modify human behaviour: make someone to do something.

Law, morals, and public (“political”) ethics belong to the prescriptive function of language, while sciences belong to the descriptive one.

(ii) *Non-cognitivism*. Non-cognitivism stems from the combination of three theses.

First, the ontological thesis according to which no objective values exist. Values are not empirical facts – they are but the output of valuations². Hence there is no room for any objective knowledge of values³.

Second, the logical thesis (a corollary of the great divide) according to which prescriptive sentences cannot be reduced to descriptive sentences. Such functions of language, describing and prescribing, are mutually exclusive⁴.

Descriptive and prescriptive languages are to be distinguished with respect to both their semantic and their pragmatic features⁵. They are different from the pragmatic point of view, since describing and prescribing are different speech acts⁶. They are different from the semantic point of view as well, since descriptive sentences have truth values, while prescriptive sentences (although including words or phrases with semantic reference) have not⁷.

Third, the logical thesis – a corollary of the preceding one, that may be labelled as “Hume’s (logical) principle”⁸ – according to which no derivation of a prescriptive conclusion from a set of purely descriptive premises is logically valid (and vice versa)⁹.

If such a derivation looks rhetorically persuasive, as may happen, this is because the premises – apparently descriptive – hide some prescriptive (or evaluative) assumption¹⁰.

¹ In this context, for the sake of simplicity, I will consider value-judgments as nothing other than prescriptions in disguise.

² Von Wright 2002.

³ Pap 1949.

⁴ Although not jointly exhaustive. See e.g. Kerner 1966, Searle 1969.

⁵ Now and then for syntactic features too.

⁶ Searle 1969.

⁷ Hare 1952, Ross 1968.

⁸ Or “Hume’s guillotine”, as it is sometimes called.

⁹ The most comprehensive study on the subject at my knowledge is Celano 1994. See however, among many others, Carcaterra 1969 and the essays collected in Hudson (ed.) 1969.

¹⁰ This is quite evident in Searle’s counterexample to Hume’s law (Searle, 1964).

(iii) *Rationality Claim*. Prescriptive sentences, too, although lacking truth values, do have a logical dimension¹¹: that is, more or less, the one described by Ross's "logic of satisfaction"¹². Logical rules can be applied to prescriptive sentences, although only indirectly, through factual (hence true or false) propositions bearing upon the "satisfaction" – i.e., the observance, compliance, or effectiveness – of the prescriptions expressed by such sentences.

This amounts to saying that a prescription can be demonstrated (logically inferred) within a – moral, legal, political – system of prescriptions, moving from the prescriptive premises provided by the system at hand.

However, the demonstration (or the chain of demonstrations) – which, owing to Hume's principle, cannot escape from the realm of prescriptive language and land on the safe field of empirically verifiable factual sentences – must stop at an ultimate prescriptive premise: a "supreme principle", something like Kelsen's "basic norm"¹³.

Such a supreme principle, in turn, cannot be demonstrated within the system of prescriptions at hand. Surely, it may happen that such a principle, after all, is not really "supreme" and can be demonstrated within a further, logically superior, system of prescriptions. But the ultimate principle, the one that sets down the foundations of this superior system, will not be, in turn, further demonstrable. The series of overlapping systems, however, cannot continue to infinity – it must necessarily stop at a supreme system, grounded on an ultimate principle that cannot be further demonstrated¹⁴.

The choice of the ultimate principle depends entirely on preferences, feelings, emotional impulses – not on factual knowledge¹⁵. As Scarpelli rightly states, science cannot supply us with directives, norms, or values; it does not provide either an ethics, or a political ideology, or a legal order¹⁶.

Summing up, prescriptions are neither true nor false. However, they can be deemed "valid" or "invalid"¹⁷. Nevertheless, the validity of a prescription is an intra-systemic property, which depends entirely on the assumption (i.e., moral acceptance) of the supreme principle of a given system of prescriptions (or of the superior

¹¹ Contrary to Kelsen's view: Kelsen 1965 and 1979. See among others Conte 1967, von Wright 1982, Bulygin 1985, Gianformaggio 1987a and 1987b, Karlsson 1995.

¹² Ross 1941. See Navarro and Rodríguez 2014.

¹³ Kelsen 1945.

¹⁴ Probably, no really existent critical morality can be reduced to just one single principle; probably, each morality consists in a cluster of equally ordered and potentially conflicting principles. Nonetheless, moral reasoning must take a stop at a premise that cannot be further argued. It is quite possible that such an ultimate premise is not, properly speaking, one definite principle, but rather some sort of macro-principle resulting from the balance of various competing principles.

¹⁵ See e.g. Ayer 1936, Stevenson 1944, von Wright 2002.

¹⁶ Scarpelli 1976.

¹⁷ The same holds for the "first" constitution of a legal system. See Guastini 1994 and 2013.

ultimate system within a system of systems). And such a supreme principle, in turn, cannot be either valid or invalid.

In this sense – since it lacks any possible extra-systemic foundation – ethics is no rational enterprise¹⁸.

2. From Meta-Ethics to Ethics (and back)

It is a matter of course that no meta-ethics can provide the logical foundation to any normative ethics. This is so for at least two reasons.

(a) In the first place, meta-ethics, properly understood, is an analytical discourse – it consists in distinguishing and construing concepts and/or in the analysis of normative-ethical discourse. As a consequence, meta-ethics does not incorporate any prescriptions, and, since it does not, it does not allow of their logical derivation either.

(b) In the second place, meta-ethics and ethics belong to different levels of language: meta-ethics is a second-order language, ethics being its object-language. It is impossible to derive a conclusion in a given language moving from premises that belong to a different language (namely, a meta-language).

At any rate, the meta-ethics sketched in the preceding section does not claim to lay the foundations of any ethics at all. On the contrary, its outcome is precisely that ethics lacks any foundation, in the sense that the ultimate principle of any moral system whatsoever is necessarily devoid of any foundation. The great divide and Hume's principle are, as Scarpelli states, the "logical transcription" of the philosophical thesis of free will understood as an essential character of human beings¹⁹.

Nevertheless, although the relations between ethics and meta-ethics are not – cannot be – of a logical nature, one can ask whether between ethics and meta-ethics does exist some other kind of connection: namely, a "pragmatic" connection²⁰. *Prima facie*, the answer should be yes.

At first glance, liberal ethics (the ethics of tolerance²¹) seems to be a good pragmatic reason to endorse a non-cognitivist and non-objectivist meta-ethics, as the one

¹⁸ Normative ethics – I repeat – includes morals, law, and public morality (i.e., politics). Today nobody seems to maintain seriously the rational character (in a not merely instrumental sense) of law and/or politics. Surprisingly, however, many scholars claim morals to be rational. It is hard to understand why.

¹⁹ Scarpelli 1971. According to Scarpelli, non-cognitivist meta-ethics is intrinsically liberal and has a liberal justification, owing to its close connection with freedom, personal autonomy, and the rule of law.

²⁰ Within a "pragmatic inference" the conclusion is "coherent" with the premises, but not logically entailed by them.

²¹ Tolerance is not necessarily unlimited, as we shall see in a moment. It is quite possible that one tolerates some normative ethics (different from the one he/she endorses) but not all of them. It is the case, e.g., of a non-suicidal liberal ethics which excludes from tolerance non-tolerant moral systems; it is the case, too, of a democratic political morality which precludes the toleration of Fascist parties.

outlined in the preceding section. And vice versa. It seems to me that, only if there are no moral truths, then it is sensible (coherent) to maintain the moral principle²² of personal autonomy – everyone is entitled to chose his/her own moral principles²³.

An intolerant ethics, by contrast, looks like a good pragmatic reason to endorse a cognitivist and objectivist meta-ethics. And vice versa. If there are moral truths, then it is quite sensible (coherent) to try to impose them by force even on recalcitrant (or ignorant) people. If M is an objective morality, then the rules of M are universally binding. If they are universally binding, then everyone is under the obligation to obey – dissenting people too (acceptance is not constitutive of the obligation, the obligation does not depend on acceptance)²⁴.

One can assume that an elaborate (that is, not elementary, not primitive) normative ethics should include, alongside with its own rules of behaviour and value-judgments about behaviour, also a second-order rule defining its attitude vis-à-vis the other normative ethical theories – the “rival” ethical theories. And, in my view, it is precisely this meta-rule that manifests a close connection with meta-ethics²⁵.

Now, such a meta-rule can assume either of the following contents (I am unable to imagine other possible contents):

(Ri) Any other normative ethical theory (different from this one) ought to be tolerated.

(Rii) No other normative ethical theory (different from this one) ought to be tolerated.

(Riii) Only some other normative ethical theories (different from this one) ought to be tolerated.

Now, in favour of the meta-rule (Rii) – which belongs, by hypothesis, to the moral system M2 – one can argue by saying that M2 is a system of norms objectively valid, universally binding, in such a way that behaviour which is not compliant with M2 ought not to be tolerated. In this sense, the meta-rule (Rii) presupposes – although only from a pragmatic standpoint – a cognitivist or objectivist meta-ethics, according to which a universally valid moral system (namely, M2) does exist, and any other moral system is invalid.

On the contrary, in favour of the meta-rules (Ri) and (Riii) – that belong, by

²² This is a second-order principle, of course.

²³ Drifting from ethics to politics, such a principle is nothing other than the “open society” principle of Karl Popper.

²⁴ The opposite view – binding force does depend on acceptance – is held, e.g., by Ross 1968.

²⁵ Remark: the meta-rule I am talking about is a *rule*. Although it is a second-order rule, it belongs not to the analytic discourse about ethics, but to normative ethics.

hypothesis, to the moral systems M1 and M3 respectively – one can argue by stating that no set of objectively valid, universally binding, rules exists.

The meta-rule (Ri), in particular, presupposes that all moral systems – although are all equally devoid of objectivity – are acceptable.

The meta-rule (Riii), in turn, presupposes that some moral systems – notwithstanding their lack of objectivity – are acceptable, while other systems are not.

M1 and M3 are moral systems deemed good – or rather, better than the rival systems – by those who accept them: otherwise they would not accept them²⁶. Nonetheless, for meta-ethical reasons neither M1 or M3 has any claim of objectivity and hence of exclusivity.

Summing up: for logical reasons, a cognitivist meta-ethics cannot give ground to an intolerant normative ethics, but it can help to justify such an ethics from a pragmatic point of view by supporting it with good reasons²⁷. A non-cognitivist meta-ethics, in turn, although unable to provide a logical ground to a normative ethics of tolerance (either a limited tolerance, as in M3, or an unlimited tolerance, as in M1), assists in justifying such an ethics, again by supporting it with good (pragmatic) reasons.

References

- Ayer, A.J. (1936). *Language, Truth and Logic*, reprint London, Penguin Books, 1971.
- Bulygin, E. (1985). *Norms and Logic. Kelsen and Weinberger on the Ontology of Norms*, «Law and Philosophy», 4.
- Carcattera, G. (1969). *Il problema della fallacia naturalistica*, Milano, Giuffrè.
- Celano, B. (1994). *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, Giappichelli.
- Conte, A.G. (1967). *In margine all'ultimo Kelsen*, in Guastini (ed.) 1980.
- Hare, R.M. (1952). *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon.
- Hudson, W.D., ed. (1969). *The Is-Ought Question. A Collection of Papers on the Central Problem in Moral Philosophy*, Greenwich, Macmillan.

²⁶ According to a widely held (and unintelligible, in my view) position, one cannot accept a moral system unless he/she deems it objective. For example, liberals could not stick to the principle of the moral autonomy of individuals unless they assume such a principle to be a “moral truth”. So, would non-cognitivism be intrinsically a-moral? Why should we admit in our moral reasoning only principles (pretendedly) “objective”? Such an objectivist prejudice has no plausible justification.

²⁷ The dichotomy between foundation and justification is borrowed from Scarpelli 1982.

- Gianformaggio, L. (1987a). *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Milano, Giuffrè.
- Gianformaggio, L. (1987b). *Ancora su logica e norme*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 17.
- Guastini, R. (ed.) (1980). *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino.
- Guastini, R. (1994). *Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique*, in M. Troper, L. Jaume (eds.), *1789 et l'invention de la constitution*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J.
- Guastini, R. (2013). *The Basic Norm Revisited*, in L. Duarte d'Almeida, J. Gardner, L. Green (eds.), *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford, Hart Publishing.
- Karlsson, M.M. (1995). *Defeating the Inference from General to Particular Norms*, «Ratio Juris», 8.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*, trans. A. Wedberg, Cambridge (Mass.), Harvard U.P.
- Kelsen, H. (1965). *Law and Logic*, in Kelsen 1973.
- Kelsen, H. (1973). *Essays in Legal and Moral Philosophy*, trans. P. Heath, ed. by O. Weinberger, Dordrecht, Reidel.
- Kelsen, H. (1979). *General Theory of Norms*, trans. M. Hartney, Oxford, Clarendon, 1991.
- Kerner, G.C. (1966). *The Revolution in Ethical Theory*, Clarendon, Oxford.
- Navarro, P., Rodríguez, J.L. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge U.P.
- Pap, A. (1949). *Elements of Analytic Philosophy*, reprinted New York, Hafner, 1972.
- Ross, A. (1941). *Imperatives and Logic*, reprinted «Theoria», 11, 1944.
- Ross, A. (1968). *Directives and Norms*, London, Routledge.
- Scarpelli, U. (1971). *La grande divisione e la filosofia della politica*, in Scarpelli 1982.
- Scarpelli, U. (1972). *Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico*, in Scarpelli 1982.
- Scarpelli, U. (1976). *Etica, linguaggio, e ragione*, in Scarpelli 1982.
- Scarpelli, U. (1980). *La metaetica analitica e la sua rilevanza etica*, in Scarpelli 1982.
- Scarpelli, U. (1982). *L'etica senza verità*, Bologna, Il Mulino, 1982.
- Searle, J.R. (1964). *How to Derive 'Ought' From 'Is'*, «Philosophical Review», 73.
- Searle, J.R. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge U.P.

- Stevenson, Ch. L. (1944). *Ethics and Language*, New Haven, Yale U.P.
- Weinberger, O. (1985). *The Expressive Conception of Norms - An Impasse for the Logic of Norms*, «Law and Philosophy», 4.
- Wright, G.H. von (1982). *Norms, Truth and Logic*, in von Wright 1983.
- Wright, G.H. von (1983). *Practical Reason*, Oxford, Blackwell.
- Wright, G.H. von (2002). *Valuations - or How to Say the Unsayable*, «Ratio Juris», 13.

On a Further Difficulty for the Bridge Conception of Conditional Norms

Giovanni Battista Ratti*
Jorge L. Rodríguez**
Tobías Schleider***

Abstract

In this article, we briefly expose and analyze a difficulty that the so-called *bridge conception* of normative conditionals must face concerning some possible applications of the *principle of conditional distribution* to the normative domain.

Keywords: Conditional Norms. Bridge Conception. Principle of Conditional Distribution.

Premise

The so-called *bridge conception* of conditional norms – viz. the conception according to which normative conditionals are best reconstructed in the logical form of a descriptive antecedent connected to a normative consequent – formally represents normative conditionals as follows:

[1] $p \rightarrow Oq$

Such a conception has important merits, but also different problems, on which we have previously discussed in the pages of this journal¹.

What we want to point to in this paper, and briefly discuss, is another puzzle of this formal representation, which stems from the application of the *principle of conditional distribution* (PCD).

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

** Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, c/25 de Mayo 2855/65, CP 7600, Mar del Plata, Argentina, jorgerodriguez64@yahoo.com.

*** Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, Argentina; Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, c/25 de Mayo 2855/65, CP 7600, Mar del Plata, Argentina, tschleider@gmail.com.

¹ See Ratti 2017, Rodríguez 2017. For further discussion, see also Navarro, Rodríguez 2015: 91-105.

1. First Application of PDC: Conditioned Conditional Norms

In propositional logic², the following formula, representing PCD, is a tautology³:

$$[2] [p \rightarrow (q \rightarrow r)] \rightarrow [(p \rightarrow q) \rightarrow (p \rightarrow r)]$$

It says that, when a conditional sentence “ $q \rightarrow r$ ” is conditioned by another sentence (“ p ”), it entails the conditional formed by “ $p \rightarrow q$ ” as its antecedent, and “ $p \rightarrow r$ ” as its consequent. For instance, “If it rains, then (if you go out without an umbrella, then you get wet)” entails “If (if it rains, then you go out without an umbrella), then (if it rains, then you get wet)”.

PCD seems to generate some doubts when applied to the bridge conception of conditional norms⁴.

A first possible application of PCD to the bridge conception is the following:

$$[3] [p \rightarrow (q \rightarrow Or)] \rightarrow [(p \rightarrow q) \rightarrow (p \rightarrow Or)]$$

Here we have in the antecedent a conditional norm (“ $q \rightarrow Or$ ”) with a further factual condition (“ p ”) concerning the application of the norm itself. What the application of PCD generates in the consequent is that if such a further factual condition (“ p ”) implies the factual antecedent of the conditional norm (“ q ”), we obtain another conditional norm with the first factual condition as its antecedent.

This may sound counterintuitive since, whereas in the antecedent we have an obligation subject to two different factual conditions (“ p ” and “ q ”), if there happens to be a conditional connection between both facts, only one of them (“ p ”) would be sufficient to derive the obligation. Moreover, were “ p ” false, “ $p \rightarrow (q \rightarrow Or)$ ”

² This is common knowledge among logicians. As a matter of context of discovery, the inspiration to discuss the problem referred to in the text stemmed from reading Kneale, Kneale 1962: 537.

³ It must be observed that what is sometimes called Frege’s law, i.e.

$$[FL] [p \rightarrow (q \rightarrow r)] \leftrightarrow [(p \rightarrow q) \rightarrow (p \rightarrow r)]$$

is also a propositional tautology. Its transposition within the domain of the bridge conception would be also quite problematic, but what we say in the text regarding PCD can be easily extended to it. On Frege’s law, see e.g. Palladino 2002: 77-91.

⁴ This conception is traditionally opposed to the so-called *insular conception*, according to which conditional norms are to be reconstructed as “ $O(p \rightarrow q)$ ”, in that the “conditional quiddity” of the hypothetical norm is well within the scope of the deontic operator, not without (as happens in the bridge conception). On the bridge/insular dichotomy, see Alchourrón 1996. According to the insular conception, the application of PCD to the normative realm is parasitic to the rule of O-necessitation, turning propositional tautologies into deontic tautologies. This would turn [2] into [2*]:

$$[2^*] O\{[p \rightarrow (q \rightarrow r)] \rightarrow [(p \rightarrow q) \rightarrow (p \rightarrow r)]\}$$

Which translates into:

$$[2^{**}] O[p \rightarrow (q \rightarrow r)] \rightarrow O[(p \rightarrow q) \rightarrow (p \rightarrow r)]$$

Which, in standard deontic logic, would translate into:

$$[2^{***}] [Op \rightarrow O(q \rightarrow r)] \rightarrow [O(p \rightarrow q) \rightarrow O(p \rightarrow r)]$$

and “ $p \rightarrow q$ ” would be both satisfied, and then we would obtain “ $p \rightarrow Or$ ”, i.e., “ Or ” would be derivable solely from the verification of one of the conditions.

Suppose, for example, that, according to the law, if someone is not an essential worker (“ p ”), then if she goes out during a mandatory confinement disposed by health authorities (“ q ”), she ought to be punished (“ Or ”). From the application of PCD one can derive that, if it is the case that if someone is not an essential worker, then she went out during a mandatory confinement, it follows that if she is not an essential worker, then she ought to be punished. This sounds counterintuitive, indeed. However, as a possible answer it could be argued that, if it were the case that knowing that someone is not an essential worker allows us to conclude that she went out during a mandatory confinement, then knowing that she is not an essential worker would allow us to conclude that she ought to be punished, simply because in this case not being an essential worker guarantees that the antecedent of the conditional norm “if someone goes out during a mandatory confinement, she ought to be punished” is satisfied. Besides, if the first condition is not satisfied (i.e., in our example, if someone is indeed an essential worker) then the conditional “If someone is not an essential worker, she ought to be punished” would be a vacuous implication derived from the principle “ $\sim p \rightarrow (p \rightarrow q)$ ”.

2. Second Application of PDC: Conditioned Entailed Obligations

Be that as it may, there is a second possible application of PCD to the bridge conception of conditional norms. It can be represented as follows:

$$[4] [p \rightarrow (Oq \rightarrow Or)] \rightarrow [(p \rightarrow Oq) \rightarrow (p \rightarrow Or)]$$

The antecedent of this complex conditional would fare well in representing scenarios like the following: “If you are a party in a contract, then (if you ought to comply with it, you ought to do it in good faith)”. The consequent represents the connection between two conditional norms “If you are a party in a contract, then you ought to comply with it”, and “If you are a party in a contract, then you ought to comply with it in good faith”.

So far so good. What we have in [3] is a conditional norm in the antecedent and another in the consequent, mutually related in the following way: if a certain duty is subject to two different factual conditions, if one of these conditions implies the other, the sole verification of the first is sufficient to derive that duty. By contrast, when it comes to [4], we have that a conditional norm entails another whenever the condition which is the antecedent of both conditional norms implies that one of these obligations implies the other. The problem here is that [4] does not appear to be logically true.

Consider the following example: in normal circumstances, if you have the duty to leave your home and go outside, this does not imply that you ought to get dressed in any particular way. However, in a pandemic scenario (“p”), if you have the duty to go outside (“Oq”), you have the duty to wear a facial mask (“Or”). Now, it may be the case that in a pandemic scenario you have the duty to leave your home and go outside (“ $p \rightarrow Oq$ ”), for instance, if you, being a doctor, are an essential worker. But this does not necessarily imply that in a pandemic scenario you have always the duty to use a facial mask (“ $p \rightarrow Or$ ”), if you simply stay home.

If such an argument works as a counterexample against [4], as it seems, the problem it illustrates is not trivial. This is so because if one of the applications of PCD is shown to give rise to an anomaly like the one just presented, the bridge conception of normative conditionals can be called into question, at least if we use material conditionals as connectives, and need a comprehensive review of its strategy of representation.

3. Conclusion

What we have introductorily discussed here is a problem seldom considered in the literature dealing with the bridge conception of normative conditionals, namely that the application of PCD to normative conditionals is not easy to reconstruct, differently to what happens with thoroughly descriptive conditioned conditionals.

We have proposed two possible interpretations of the normative counterpart of PCD. The former may have some counterintuitive features but can probably be accommodated into a valid logical setting, whereas the latter cannot. If this is correct, we can conclude that the bridge conception of normative conditionals needs to be revised, at least if we want to use the material conditional as an *explanans* of the connection which links the antecedent and the consequent of a normative sentence.

References

- Alchourrón, C.E. (1996). *Detachment and Defeasibility in Deontic Logic*, «Studia Logica», 57, 5-18.
- Kneale, W., Kneale, M. (1962). *The Development of Logic*, Oxford, Clarendon Press.
- Navarro, P.E., Rodríguez, J.L. (2015). *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Palladino, C. (2002). *Corso di logica*, Roma, Carocci.
- Ratti, G.B. (2017). *Like a Bridge over Troubled Water. Deontic Formalization and Its Discontents*, «Analisi e diritto», 315-324.
- Rodríguez, J.L. (2017). *On Bridges, Islands, and Conditional Norms*, «Analisi e diritto», 325-333.

Mind the (legal) gap.

Completezza e chiusura dei sistemi normativi

Andrea Barca*

Sommario

In *Normative Systems*, Alchourrón e Bulygin hanno dimostrato che la tesi della necessaria completezza degli ordinamenti giuridici non può essere fondata sul “principio di proibizione” (secondo il quale tutto ciò che non è espressamente vietato è, implicitamente, permesso). In alcuni lavori relativamente recenti, Ruiz Manero e Bayón hanno sostenuto che il principio in questione (una volta opportunamente reinterpretato) esprime una credenza (vera) condivisa dalla maggior parte dei giuristi positivisti contemporanei, ovvero che ogni ordinamento giuridico è completo “per metonimia” – nel senso che necessariamente completi sono gli insiemi di norme sulla giurisdizione.

In questo lavoro, analizzerò alcune tesi a favore della necessaria completezza dei sistemi *secondari*. La mia conclusione è che neppure gli insiemi di norme sulla giurisdizione possono dirsi, per ragioni logico-concettuali, necessariamente completi. Ogni considerazione che tende a suggerire il contrario si fonda, a mio parere, sulla mancata distinzione tra: (i) norme e proposizioni normative, oppure (ii) tra norme regolative e costitutive.

Parole chiave: Sistemi normativi. Principio di proibizione. Completezza. Lacune. Norme regolative e costitutive.

Abstract

In *Normative Systems*, Alchourrón and Bulygin showed that the alleged necessary completeness of any legal order cannot be grounded on the so-called “principle of prohibition” (according to which everything that is not expressly forbidden is, implicitly, permitted). In recent works, Ruiz Manero and Bayón have argued that

* Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, andbar1206@gmail.com.

this principle (once properly reinterpreted) expresses a (true) belief shared by the majority of contemporary lawyers, namely that any legal system is “metonymically” complete (because *secondary* systems – i.e. sets of norms of adjudication – are always complete).

In this work, I examine some arguments in favour of the necessary completeness of secondary systems. My thesis is that secondary systems are not necessarily (for logical and conceptual reasons) complete; the contrary view is, in my opinion, based on the failure to differentiate between: (i) either norms and norm propositions or (ii) regulative and constitutive norms.

Keywords: Normative Systems. Principle of Prohibition. Completeness. Legal gaps. Regulative and Constitutive Norms.

0. Introduzione

Una delle tesi caratteristiche del positivismo giuridico (inteso come teoria¹) è quella secondo la quale ogni ordinamento è, per ragioni logico-concettuali, necessariamente (coerente e) completo, ovvero qualifica deonticamente (come obbligatoria, vietata o permessa) qualsiasi condotta². Spesso questa tesi viene fondata sul c.d. “principio di proibizione”, secondo il quale tutto ciò che non è vietato è permesso. Alcuni autori, infatti, ritengono che l’enunciato che esprime tale principio sia una tautologia, una verità necessaria e, di conseguenza, che ad ogni sistema normativo appartenga (essendo necessariamente valida) una “norma generale esclusiva” che qualifica, appunto, come tacitamente permessa qualsiasi condotta non espressamente vietata dall’ordinamento (nessun ordinamento giuridico, quindi, potrebbe presentare lacune).

In *Normative Systems*, Alchourrón e Bulygin hanno dimostrato – servendosi della distinzione tra norme e proposizioni normative – che l’enunciato che esprime il principio di proibizione se inteso, da un lato, come norma, non è affatto una tautologia e, dall’altro lato, se inteso come un asserto, può essere necessariamente vero, ma non è comunque in grado di chiudere alcun sistema normativo.

Alcuni autori (in particolare, Ruiz Manero e Bayón), muovendo da una critica alla distinzione – centrale nella argomentazione di Alchourrón e Bulygin – tra permesso positivo (o forte) e negativo (o debole) hanno, però, messo in dubbio che la

¹ Bobbio 1972 (1965): 109.

² La definizione di completezza relativa a sistemi normativi, qui abbozzata, va distinta dai concetti metateorici di completezza che vengono usati, dai logici, con riferimento ai sistemi assiomatici. In particolare, un sistema assiomatico è sintatticamente completo se, e solo se, da esso può derivarsi una qualsiasi proposizione φ , oppure la sua negazione $\neg\varphi$; un sistema assiomatico è, invece, semanticamente completo se, e solo se, ogni formula necessariamente vera del sistema è, altresì, dimostrabile.

ricostruzione offerta dai due autori argentini possa essere davvero utile per trattare il tema delle lacune, suggerendo che l'analisi proposta in *Normative Systems* rischia di occultare una tesi che, invece, è condivisa da gran parte dei giuristi: ovvero la tesi che i giudici, ove si trovino a decidere casi non qualificati normativamente, non godono di una piena discrezionalità – non hanno, infatti, un dovere generico di decidere in un modo qualunque ma, piuttosto, hanno il dovere specifico di rigettare la domanda dell'attore.

Queste considerazioni hanno portato alcuni autori a concludere che i sistemi normativi sono completi “per metonimia”, nel senso che sono completi gli insiemi delle norme sulla giurisdizione (i “sistemi secondari”) di ogni ordinamento. Questa sarebbe la “verità” (indirettamente) espressa dal principio di proibizione.

Una tesi simile era stata avanzata, in alcuni lavori degli anni Sessanta, anche da Amedeo G. Conte, il quale aveva sostenuto che la locuzione ‘completezza dell’ordinamento giuridico’ fosse da intendersi come una metonimia, appunto, che sta per ‘completezza delle norme sulla giurisdizione’.

Vi è, però, un'importante differenza tra la posizione di Conte e quella di Ruiz Manero e Bayón: secondo questi ultimi, infatti, i sistemi secondari sono completi perché chiusi da una norma – che esiste (contingentemente) in ogni ordinamento giuridico del “nostro orizzonte culturale” – che obbliga i giudici a rigettare qualunque domanda con la quale l'attore chieda che il convenuto compia (oppure ometta) una condotta non qualificata dal sistema; secondo Conte, invece, gli insiemi delle norme sulla giurisdizione di qualsiasi ordinamento giuridico sono necessariamente completi per ragioni concettuali – che dipendono da alcune proprietà semiotiche caratteristiche del linguaggio prescrittivo.

La prima parte di questo lavoro (§ 1) è dedicata all'analisi del Principio di proibizione svolta nelle pagine di *Normative Systems*. In seguito, presenterò criticamente le principali obiezioni rivolte a questa analisi da Ruiz Manero e Bayón (§ 2). Prenderò, poi, in esame alcuni degli argomenti offerti da Amedeo G. Conte a sostegno della tesi della necessaria completezza degli insiemi di norme sulla giurisdizione (§ 3). Nell'ultima parte dell'articolo, infine, partendo dalla distinzione tra norme regolative e costitutive, tenterò di provare che se alcuni argomenti addotti a favore della necessaria completezza “per metonimia” dei sistemi normativi sono plausibili solo se riferiti ad insiemi composti di sole norme del secondo tipo, non lo sono, invece, se riferiti ad insiemi composti anche di norme del primo tipo (§ 4).

1. L'analisi del “principio di proibizione” in *Normative Systems*

Uno dei tanti meriti dell'opera principale di Alchourrón e Bulygin – *Normative Systems* – è quello di aver confutato la tesi che ogni sistema normativo sia, per ragioni logico-concettuali, necessariamente completo. In particolare, i due autori hanno

mostrato che qualsiasi tentativo di fondare la necessaria completezza di ogni ordinamento giuridico sul c.d. “principio di proibizione” (d’ora in avanti: PP) è destinato a fallire³.

Il principio in questione può essere formulato attraverso il seguente bicondizionale che, ad una prima lettura, si presenta come una verità analitica:

(PP) “Se, e solo se, una condotta φ non è vietata, allora φ è permessa”.

Questa equivalenza viene solitamente tradotta nel linguaggio formalizzato della logica deontica con l’equivalenza materiale⁴

(PP’) $\neg O\neg\varphi \equiv P\varphi$

la quale esprime, inoltre, l’intuizione che i concetti di obbligo, divieto e permesso siano tra loro inter-definibili.

Diversi autori, assumendo che il PP esprima una tautologia (ovvero un enunciato necessariamente vero in ragione del solo significato dei simboli logici che lo compongono), hanno concluso che, per ragioni concettuali, questo principio sia valido in qualsiasi sistema normativo, a prescindere da qualsiasi atto di normazione⁵. In altri termini, ad ogni sistema normativo apparterebbe necessariamente una norma di chiusura (una “norma generale esclusiva”⁶) che qualifica come permessa qualsiasi condotta non vietata.

Alchourrón e Bulygin hanno, però, dimostrato che questa tesi è, ad una più attenta analisi, insostenibile, in quanto si appoggia sulla “ingannevole ambiguità”⁷ che caratterizza il PP; ambiguità che può essere disvelata distinguendo tra norme (i.e. significati di enunciati usati in funzione prescrittiva, come formulazioni normative) e proposizioni normative (i.e. significati di enunciati usati, in funzione descrittiva, come asseriti normativi – ovvero enunciati che vertono sulla qualificazione normativa di una data condotta in un sistema normativo di riferimento).

L’importanza della distinzione tra norme e proposizioni su norme era già sta-

³ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): cap. VII.

⁴ Dove ‘O’ e ‘P’ stanno, rispettivamente, per gli operatori modali ‘obbligatorio’ e ‘permesso’; ‘¬’ è il simbolo della negazione classica, vero-funzionale; ‘≡’ è, infine, il simbolo dell’equivalenza (o bicondizionale) materiale. L’operatore ‘V’ (‘vietato’) può essere, invece, ommesso perché riducibile a ‘O¬’ (obbligatorio non).

⁵ Cfr., ad esempio, Kelsen 2005 (1960): 245-246: «a positive legal order can always be applied by a court to a concrete case, even when the legal order does not contain, according to the court’s view, a general norm positively regulating the behaviour of the defendant or accused [...] [f]or in this case his behaviour is regulated negatively, that is, legally non prohibited, and in this sense permitted. But traditional jurisprudence interprets this case, under certain circumstances, as a “gap” in the legal order».

⁶ Sulla nozione di “norma generale esclusiva” si veda, ad esempio, Chiassoni 1997: 331.

⁷ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 152.

ta evidenziata, in alcuni lavori dei primi anni Sessanta, indipendentemente l'uno dall'altro, da von Wright e Stenius⁸. Questi due autori avevano, però, sottovalutato l'importanza di diversificare altresì la forma logica delle norme da quella delle proposizioni normative. Von Wright aveva infatti – intenzionalmente ed esplicitamente – deciso di mantenere l'ambiguità degli enunciati deontici del linguaggio non formalizzato nel suo metalinguaggio, utilizzando lo stesso simbolismo per formalizzare sia le norme sia le proposizioni normative⁹; Stenius, invece, pur avendo distinto una *modal interpretation* da una *factual interpretation* degli enunciati normativi, aveva poi stabilito una corrispondenza biunivoca tra le espressioni di un tipo e quelle dell'altro¹⁰.

Alchourrón, invece, ha evidenziato l'importanza di distinguere la forma logica delle proposizioni normative da quella delle norme¹¹. Assumendo che una proposizione normativa sia il significato di un asserto che verte sull'appartenenza di una norma (che, ad esempio, qualifica una condotta φ come obbligatoria – in simboli: $O\varphi$) ad un dato sistema normativo, allora la sua forma logica può ricostruirsi nel modo seguente:

$$(1) O\varphi \in Cn(\alpha)$$

dove ' $Cn(\alpha)$ ' sta per un sistema normativo (inteso 'come insieme deduttivo di norme, la base assiomatica del quale corrisponde all'insieme ' α ' di riferimento. Seguendo Alchourrón, un'espressione come (1) può essere riformulata, in forma abbreviata, introducendo gli operatori deontici descrittivi (' \mathbf{O}_α ' per la modalità 'obbligatorio'), nel modo seguente:

$$(2) \mathbf{O}_\alpha\varphi =_{\text{def}} O\varphi \in Cn(\alpha)$$

Una volta ricostruita adeguatamente la forma logica delle proposizioni normative è possibile notare (I) che vi sono due diversi modi di negare un enunciato che esprime un asserto normativo e, di conseguenza, (II) che possono essere distinti due diversi concetti di permesso.

(I) La negazione di un asserto normativo come 'La condotta φ è vietata nel sistema normativo $Cn(\alpha)$ ' (in simboli: $\mathbf{O}_\alpha\neg\varphi$, ovvero $O\neg\varphi \in Cn(\alpha)$), ad esempio, è un enunciato ambiguo, in quanto può esprimere due proposizioni normative distinte: (a) la proposizione secondo cui al sistema normativo $Cn(\alpha)$ non appartiene una nor-

⁸ Entrambi gli autori hanno attribuito a Hedenius 1941 il merito di aver, per primo, distinto chiaramente tra norme e proposizioni descrittive di norme.

⁹ Von Wright 1989 (1963): 188.

¹⁰ Stenius 1963: 251: «The logical relations between normative sentences in their modal sense are the same as the logical relations between the same sentences in their factual sense».

¹¹ Alchourrón 1969.

ma che qualifica vietata la condotta φ ; (b) la proposizione secondo la quale al sistema normativo $Cn(\alpha)$ appartiene una norma che qualifica *non* vietata (i.e. permessa) la condotta φ .

Nel caso (a) si parla di negazione *esterna* (o debole) mentre, nel caso (b), si parla di negazione *interna* (o forte)¹². La negazione esterna coincide con la negazione classica della logica proposizionale ed è, dunque, vero-funzionale; la negazione interna, invece, è quella che si pone davanti all'operatore deontico ed appartiene, quindi, al linguaggio-oggetto del quale il discorso delle proposizioni normative è il meta-linguaggio. Per evidenziare questa ambiguità è, dunque, opportuno utilizzare (nel formalizzare gli asserti normativi) due simboli diversi per i due tipi di negazione: per la negazione esterna continuerò ad usare il simbolo '¬' mentre, per la negazione interna, userò il simbolo '∼'. A questo punto, l'ambiguità della negazione dell'asserto normativo $\mathbf{O}_\alpha \neg \varphi$ può essere messa in evidenza servendosi del linguaggio simbolico, riformulando (a) e (b) nel modo seguente:

$$(a') \neg \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi =_{\text{def}} \mathbf{O} \neg \varphi \notin Cn(\alpha),$$

$$(b') \sim \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi =_{\text{def}} \neg \mathbf{O} \neg \varphi \in Cn(\alpha);$$

visto, poi, che nella logica deontica standard (PP') è un assioma, (b') può riscriversi come:

$$(b'') \sim \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi =_{\text{def}} P\varphi \in Cn(\alpha).$$

(II) La distinzione tra negazione esterna ed interna permette, quindi, di introdurre un'ulteriore distinzione: quella tra permesso negativo (o debole) – consistente nell'assenza, in un dato sistema normativo, di una norma che qualifica vietata una condotta φ :

$$(3) \mathbf{P}^-_\alpha \varphi =_{\text{def}} \mathbf{O} \neg \varphi \notin Cn(\alpha);$$

e permesso positivo (o forte) – consistente nell'apparenza ad un dato sistema normativo di una norma che qualifica come permessa una condotta φ :

$$(4) \mathbf{P}^+_\alpha \varphi =_{\text{def}} P\varphi \in Cn(\alpha).$$

Date le definizioni (a') e (3), (b'') e (4), è possibile derivare i bicondizionali seguenti:

¹² Alchourrón 1969: 249 ss.

$$(5) \neg \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^- \varphi$$

e

$$(6) \sim \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^+ \varphi;$$

ovvero: la negazione esterna di $\mathbf{O}_\alpha \neg \varphi$ equivale al permesso negativo di φ , mentre la sua negazione interna equivale al permesso positivo di φ .

Alchourrón e Bulygin hanno fatto notare, poi, che l'espressione corrispondente al PP – come ogni enunciato deontico – è pragmaticamente polisemica (o polivalente)¹³, in quanto può essere usata o in funzione prescrittiva, come formulazione normativa (così da esprimere una norma di chiusura che qualifica permesse¹⁴ tutte le condotte non qualificate vietate dall'ordinamento stesso), oppure in funzione descrittiva, come asserto normativo.

In questo secondo caso, l'enunciato che esprime il PP – usato come asserto normativo – è equivoco in modo quadruplici e questa quadruplici equivocità è conseguenza della distinzione tra negazione esterna ed interna, nonché di quella tra permesso positivo e negativo.

L'enunciato

(PP) “Se, e solo se, una condotta φ non è vietata, allora φ è permessa”

se usato come asserto normativo può, infatti, significare non meno di quattro proposizioni normative distinte¹⁵ – a seconda che il termine ‘non’ si interpreti come negazione esterna oppure interna e che il termine ‘permessa’ s'intenda come permesso positivo oppure negativo:

(PP_{AN}[']) $\neg \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^- \varphi$ [negazione esterna, permesso negativo]

(PP_{AN}^{''}) $\neg \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^+ \varphi$ [negazione esterna, permesso positivo]

(PP_{AN}^{'''}) $\sim \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^- \varphi$ [negazione interna, permesso negativo]

(PP_{AN}^{''''}) $\sim \mathbf{O}_\alpha \neg \varphi \equiv \mathbf{P}_\alpha^+ \varphi$ [negazione interna, permesso positivo].

¹³ Sulla polivalenza pragmatica degli enunciati deontici, cfr. Conte 2007: 99-101; Di Lucia 2003: 106.

¹⁴ Navarro 2011: 114.

¹⁵ Alchourrón e Bulygin analizzano solo i casi (PP_{AN}[']) e (PP_{AN}^{''}) sulla base della considerazione che, nel discorso dei giuristi, il termine ‘non’ contenuto nella locuzione ‘non vietato’ viene normalmente inteso come negazione *esterna*. Cfr. Guastini 2011: 146-147.

È facile notare che solo le proposizioni normative (PP_{AN}') e (PP_{AN}'''') sono tautologie, asserti veri *per definizione* (una volta che si accettano le definizioni di negazione esterna ed interna e di permesso negativo e positivo viste sopra).

Le proposizioni espresse da (PP_{AN}'') e (PP_{AN}''') non sono invece tautologie, in quanto è possibile che uno dei due termini del bicondizionale sia vero e l'altro falso¹⁶ (è, ad esempio, possibile che, in un sistema normativo $Cn(a)$, una stessa condotta φ sia qualificata al tempo stesso permessa e vietata). (PP_{AN}'') e (PP_{AN}''') possono essere vere contingentemente e, in particolare, lo sono allorché nel sistema di riferimento $Cn(a)$ vi è una norma di chiusura che qualifica permesse tutte le condotte non qualificate vietate nel sistema stesso¹⁷.

Un'importante conclusione che può trarsi dell'analisi di Alchourrón e Bulygin consiste nel fatto che, se interpretato come asserto normativo, il PP o è davvero una tautologia ma, allora, non è in grado di chiudere alcun sistema normativo, oppure esprime una proposizione vera, ma solo relativamente ad un sistema normativo che contiene una norma di chiusura (la cui esistenza è un fatto contingente)¹⁸. In altri termini, non si può sostenere che qualsiasi sistema normativo sia, per ragioni logico-concettuali, necessariamente completo. Affinché lo sia è necessario che ad esso appartenga una norma di chiusura (oppure che esso contenga un'antinomia – un sistema incoerente è, infatti, necessariamente completo).

Con l'analisi contenuta nel settimo capitolo di *Normative Systems*, come ha ammesso lo stesso Bulygin¹⁹, i due autori argentini erano convinti di aver risolto il problema in modo definitivo e, dunque, di aver dimostrato che il PP non può essere usato per dimostrare la necessaria completezza dei sistemi normativi. Circa vent'anni dopo la pubblicazione del libro, però, Atienza e Ruiz Manero (in particolare nel terzo capitolo di *Las piezas del Derecho*) hanno presentato una serie di citriche alla distinzione (fondamentale, come si è visto, per fondare la tesi di Alchourrón e Bulygin) tra permesso positivo e permesso negativo, dando così origine a quella che Bulygin ha definito la "nuova eresia"²⁰ – ovvero quella serie di posizioni che hanno l'obiettivo di "riscattare", in un qualche modo, sia il PP sia la tesi, cara ai fautori del positivismo teorico più risalente, della necessaria completezza degli ordinamenti giuridici.

¹⁶ Un enunciato bicondizionale, infatti, è vero solo se l'antecedente e il conseguente sono o entrambi veri o entrambi falsi.

¹⁷ Si può, inoltre, dimostrare che in un sistema completo e coerente i concetti di permesso positivo e negativo sono materialmente equivalenti; cfr. Rodríguez 2003: 101-103.

¹⁸ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 158-159; Alchourrón, Bulygin 1984: 354-355.

¹⁹ Bulygin 2010: 285.

²⁰ Bulygin 2010: 286.

2. La “nuova eresia”

Le principali obiezioni che gli “eretici” muovono alla posizione (che, per ovvie ragioni, può battezzarsi) “ortodossa”, sostenuta in *Normative Systems*, possono essere sintetizzate nei seguenti punti: (I) la dicotomia permesso positivo *vs* permesso negativo non è fondamentale per affrontare né il tema delle lacune né quello della necessaria completezza dei sistemi normativi; sono, invece, centrali le distinzioni tra (i) permesso *prima facie* e permesso tutto-considerato e (ii) permesso protetto e permesso non-protetto; (II) la nozione di lacuna normativa introdotta da Alchourrón e Bulygin non permette di tracciare una distinzione precisa tra casi non qualificati ma giuridicamente rilevanti e casi non qualificati “poco seri”; (III) la tesi sulla discrezionalità giudiziale in caso di lacune sostenuta in *Normative Systems* contrasta radicalmente con le credenze condivise dalla maggior parte dei giuristi – in particolare, è scorretto sostenere che i giudici, quando devono risolvere un caso che ritengono non sia disciplinato dal sistema normativo, hanno solamente un dovere *generico* di giudicare e non abbiano, invece, il dovere *specifico* di rigettare la domanda dell’attore.

Nei prossimi paragrafi (§ 2.1, § 2.2 e § 2.3) analizzerò sinteticamente le tre tesi caratteristiche della posizione eretica.

2.1. L’equivalenza pragmatica tra permesso positivo e permesso negativo

Nel terzo capitolo di *A Theory of Legal Sentences*, Atienza e Ruiz Manero se, da un lato, non mettono in dubbio che le norme permissive possano avere una funzione importante (specialmente se si prende in considerazione l’aspetto dinamico dei sistemi normativi²¹) negano, d’altro canto, che la nozione di permesso sia autonoma, i.e. irriducibile a quelle di divieto o di obbligo. I due autori sostengono, infatti, che «the “relevance” of permissive norms [...] can be explained completely in terms of the negation or derogation of, or the exception from, mandatory norms (or in terms of indirect formulations of such norms), and, possibly, of definitions»²².

È sulla base di queste considerazioni che si fonda una delle tesi centrali della posizione eretica: ovvero quella dell’equivalenza pragmatica tra permesso positivo e negativo. Secondo questa tesi, un soggetto che tenga una condotta qualificata come permessa da un qualche sistema normativo si trova, da un punto di vista pratico, nella medesima situazione di un soggetto che tiene una condotta non regolata affatto (e, quindi, permessa in senso negativo) da quel sistema: in entrambi i casi, infatti, per il soggetto quella condotta è “normativamente disponibile”²³, ovvero il giudice

²¹ Alchourrón, Bulygin 1984: 368-370.

²² Atienza, Ruiz Manero 1998 (1996): 106.

²³ Atienza, Ruiz Manero 1998 (1996): 92: «what difference is there between a situation where there is a norm that permits something and a situation in which there simply is no norm at all?»; Ruiz Manero 2010: 300: «en ambos casos la acción se encuentra normativamente disponible».

è (giuridicamente) tenuto a rigettare qualsiasi domanda che abbia come *petitum* la condanna del convenuto a fare (o ad omettere) quella condotta²⁴.

Una volta denunciata la scarsa utilità – almeno da un punto di vista pratico – della distinzione tra permessi positivi e negativi, gli eretici sostengono che esistono altre due distinzioni che sono, invece, fondamentali per trattare in modo adeguato – e in accordo con le credenze condivise dai giuristi – il tema delle lacune e della completezza dei sistemi normativi. Queste due distinzioni sono: (a) quella tra permessi (e, più in generale, qualificazioni normative) *prima facie* e permessi tutto-considerato e (b) quella tra permessi protetti e permessi non-protetti²⁵.

(a) Gli eretici condividono la tesi secondo la quale ogni ordinamento giuridico va ricostruito come un sistema strutturato su due livelli: quello delle regole e quello dei principi che sottostanno (e danno fondamento assiologico) alle prime²⁶. La funzione delle regole è quella di qualificare deonticamente (come obbligatorie, vietate o permesse) condotte umane; la qualificazione normativa attribuita ad una condotta da una regola, però, è solo provvisoria e per questo si parla di qualificazioni normative *prima facie*. L'interprete, infatti, sulla base di un giudizio di bilanciamento che tenga in considerazione tutti i principi rilevanti, può attribuire alla condotta una qualificazione deontica differente rispetto a quella stabilita – *prima facie*, appunto – dalle regole; in questo caso si parla di qualificazioni normative tutto-considerato²⁷.

(b) La seconda distinzione che, secondo gli eretici, è fondamentale per trattare il tema della completezza dei sistemi normativi, è quella tra permessi protetti e permessi non-protetti²⁸. Un permesso è protetto se l'autorità normativa permette esplicitamente una condotta e, contestualmente, o vieta ad altri soggetti di interferire con la possibilità di avvalersi del permesso da parte del soggetto beneficiario²⁹, oppure obbliga altri soggetti (organi pubblici, principalmente) a fare in modo che i beneficiari del permesso possano, di fatto, avvalersene. Un permesso è, invece, non-protetto se non è accompagnato da alcun divieto od obbligo del genere.

Il permesso protetto – come suggeriscono Bayón e Ruiz Manero³⁰ – può essere ricondotto al concetto hohfeldiano di *privilege* (posizione giuridica che ha, come correlativo, il concetto di *no-right* e, come opposto, quello di *duty*), mentre il per-

²⁴ Negli esempi di queste pagine, mi limiterò ad utilizzare la nozione di 'domanda' facendo riferimento ai soli procedimenti civili escludendo, dunque, procedimenti penali, amministrativi e di volontaria giurisdizione, ad esempio.

²⁵ Ruiz Manero 2010: 300; Bayón 2010: 310; Ruiz Manero 2018: 45.

²⁶ Schauer 1993: 112 ss; Ruiz Manero 2005: 122 ss.

²⁷ Ruiz Manero 2018: 46-47.

²⁸ Bayón 2009: 68-69; Ruiz Manero 2010: 302.

²⁹ Navarro 2019: 97 distingue due diversi tipi di permessi protetti (a seconda del tipo di interferenza che può aversi con una condotta permessa): permessi istituzionalmente e ordinariamente protetti.

³⁰ Bayón 2009: 70; Ruiz Manero 2010: 303; Ruiz Manero 2018: 46.

messo non-protetto può essere ricondotto al concetto di *right* o *claim* (che ha, come correlativo, il concetto di *duty* e, come opposto, quello di *no-right*)³¹.

Una volta fatte queste distinzioni, secondo gli eretici, il PP può essere inteso come un enunciato che esprime una proposizione normativa *vera* in ogni sistema giuridico contemporaneo (e che forse spiegherebbe perché, tra giuristi e filosofi del diritto, è diffusa la tesi della necessaria completezza dei sistemi normativi):

(PP) “Tutto ciò che, *tutto-considerato*, non è vietato è permesso *in senso non-protetto*”³².

A questo punto, è opportuno svolgere alcune considerazioni critiche relativamente a questa rilettura del principio.

In primo luogo, la distinzione tra qualificazioni deontiche *prima facie* e tutto-considerato non sembra essere tanto rilevante quanto gli autori eretici ritengono che sia. Se si assume, infatti, che (1) una norma (regola o principio) è il prodotto dell’attività di interpretazione che ha ad oggetto enunciati (disposizioni, formulazioni normative) appartenenti al discorso delle fonti di un ordinamento giuridico di riferimento e che (2) il problema della completezza riguarda la presunta assenza di *norme* (e non di formulazioni normative) da un qualche sistema normativo, allora si deve concludere che (3) il processo di interpretazione precede logicamente l’attività di presunta “constatazione” di lacune. Più precisamente, l’interprete (giudice o giurista) nello stesso modo in cui può creare una lacuna può anche prevenirla, attribuendo un significato piuttosto che un altro a (i.e. interpretando) una o più formulazioni normative; quello che, invece, un interprete non può concettualmente fare è colmare una lacuna giacché, a tal fine, dovrebbe *creare* una norma nuova e quest’ultima è un’operazione – di nomopoiesi – che va distinta dall’attività di interpretazione (in senso stretto)³³.

Contrariamente a quanto sostenuto dagli eretici, poi, non è affatto necessario abbandonare il positivismo giuridico (come approccio allo studio del diritto) per ammettere che il processo di interpretazione può essere analizzato e scomposto in due fasi, l’una che precede (logicamente) l’altra³⁴: una fase di *prima interpretazione* che, grosso modo, potrebbe farsi coincidere con l’interpretazione *prima facie*³⁵ ed

³¹ Hohfeld 1917: 710-711.

³² Bayón 2009: 73 aveva sostenuto che il PP, così reinterpretato, esprimesse una verità analitica, ancorché non banale. In Bayón 2010: 312 l’autore ha, però, espressamente ritirato questa tesi affermando che: «no es posible mantener sin más que aquella afirmación sea “una verdad no contingente”».

³³ Guastini 2011: 131; Ratti 2009: 58 ss.

³⁴ Chiassoni 2007: 220 ss.

³⁵ Secondo gli eretici, il prodotto dell’interpretazione *prima facie* coincide con quello dell’interpretazione letterale (i.e. con l’applicazione delle regole semantiche e sintattiche della lingua naturale nella quale l’enunciato di riferimento è formulato). E, invece, più opportuno sostenere che il prodotto della

una fase di *re-interpretazione* che, più o meno, corrisponde all'interpretazione tutto-considerato³⁶.

Sottolineare l'importanza della distinzione 'permessi *prima facie* vs permessi tutto-considerato' può essere non solo praticamente inutile ma anche, e soprattutto, teoreticamente fuorviante in quanto rischia di oscurare una considerazione centrale: se un sistema normativo sia completo o incompleto, infatti, è una considerazione che può farsi solo ad interpretazione avvenuta³⁷. È più opportuno, dunque, analizzare il problema delle lacune e quello della completezza dei sistemi normativi solo al livello di qualificazioni normative tutto-considerato, ovvero tenendo presente che l'oggetto di indagine consiste nella (presunta) assenza di norme (e non di formulazioni normative) le quali sono sempre prodotto di un'attività di (re-)interpretazione.

In secondo luogo, ancorché la classificazione dei concetti giuridici proposta da Hohfeld sia teoricamente utile, risulta, d'altro canto, equivoca in quanto non tiene in considerazione la distinzione fondamentale tra norme e proposizioni normative. In particolare, è equivoco il concetto di *no-right* (correlativo del concetto di *privilege* e opposto a quello di *right-claim*). Che cosa significa, infatti, che un soggetto *x* si trova, nei confronti di un altro soggetto *y*, in una pozione di *no-right* (in relazione ad una condotta φ tenuta da *y*)? Significa, forse, che nel sistema di riferimento non vi è alcuna norma che attribuisca il *right-claim* a *x* di fare in modo che *y* tenga la condotta φ ? Oppure significa che nel sistema esiste una norma che attribuisce ad *y*, nei confronti di *x*, il *privilege* di astenersi dal compiere la condotta φ ?

La stessa equivocità viene ereditata dalla nozione di permesso non-protetto. Ci si può domandare, infatti, se questo concetto equivalga ad una mera affermazione della assenza, in un dato sistema normativo, di una norma che qualifichi deonticamente una qualche condotta oppure se sia, a sua volta, una qualificazione normativa. Gli eretici sembrano, implicitamente, propendere per la seconda opzione. Così, per lo meno, fa Bayón quando sottolinea che il concetto di permesso non-protetto "non è inutile" (privo di conseguenze) in quanto esprime l'*obbligo* per il giudice di rigettare qualsiasi domanda con la quale l'attore chiede che il convenuto faccia (oppure ometta) una condotta permessa, ancorché in senso non-protetto³⁸.

fase di prima interpretazione consiste nel "significato giuridico *prima facie*" di una formulazione normativa, il quale non sempre (né necessariamente) coincide con il significato letterale del medesimo enunciato.

³⁶ Il prodotto dell'attività di re-interpretazione non deve, però, necessariamente coincidere con il risultato di un bilanciamento tra principi rilevanti ma può, anche, essere presentato come risultato di una ampia varietà di argomenti interpretativi. Inoltre, non può escludersi che il risultato della re-interpretazione possa (essere fatto) coincidere con quello della prima interpretazione.

³⁷ Ratti 2009: 60; cfr. anche Guastini 2011: 131: «le lacune seguono – non precedono – l'interpretazione. L'interpretazione, in un senso, produce le lacune e, come le produce, così può anche evitarle o prevenirle».

³⁸ Bayón 2009: 72: «un permiso no protegido no es [...] un permiso vacío o carente de consecuencias: porque tiene al menos la de negar que en una situación semejante el juez tenga discreción para decidir».

2.2. *Lacune normative, irrilevanza, indifferenza e non-qualificazione*

Gli eretici hanno sostenuto, inoltre, che il concetto di lacuna normativa introdotto in *Normative Systems* non permettere di distinguere le condotte non regolate, ma giuridicamente rilevanti, da quelle non regolate e irrilevanti³⁹.

In estrema sintesi, secondo Alchourrón e Bulygin, si ha una lacuna normativa quando, in un sistema normativo, non viene disciplinata una combinazione di casi che individualmente sono, invece, disciplinati⁴⁰.

Il concetto di lacuna normativa non coincide, dunque, con la nozione di lacuna, più generica, impiegata tipicamente dai giuristi che può farsi coincidere con le vaghe nozioni cui alludono locuzioni come “controversia che non può essere decisa con una precisa disposizione”, oppure “caso non previsto dalla legge”⁴¹.

Come riconosce lo stesso Bulygin, in certi casi, le condotte semplicemente non regolate (lacune in senso generico) possono sollevare problemi simili a quelli che sorgono quando un giudice ritiene di trovarsi di fronte ad un caso di genuina lacuna normativa, in particolare nei casi in cui il giudice ritiene la questione seria e non la rigetta *in limine litis*⁴².

Per trattare questo tema è opportuno, in primo luogo, distinguere fra tre diverse nozioni: quella di *non-qualificazione normativa*, quella di *irrilevanza* e, infine, quella di *indifferenza*.

Il concetto di non-qualificazione normativa (o deontica) è un concetto descrittivo, relativo ad un dato comportamento e ad un dato sistema normativo. Un enunciato con il quale si afferma che un comportamento non è deonticamente qualificato in un qualche sistema normativo esprime, dunque, una proposizione che può essere vera o falsa (è vera solo se, nel sistema normativo di riferimento, non vi è alcuna norma che qualifichi quel comportamento come obbligatorio, vietato o permesso).

La nozione di irrilevanza è, invece, un concetto assiologico, anch'esso duplice-mente relativo ad un dato comportamento e ad un dato sistema normativo. Quando si afferma che un comportamento (non qualificato da un qualche sistema di riferimento) è giuridicamente irrilevante, infatti, si esprime un giudizio di valore – ancorché non necessariamente un giudizio morale⁴³ – secondo il quale non sussistono buone ragioni per qualificare normativamente quel comportamento. Si utilizza, a

³⁹ Cfr. Atria 2005a: 21 ss. e Atria 2005b: 178.

⁴⁰ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 23: «Dire che un caso C_i di un UC_j è una *lacuna* del sistema normativo α in relazione ad un Universo di Soluzioni Massimali US_{max_k} significa che α non correla C_i con alcuna soluzione dell' US_{max_k} ».

⁴¹ Cfr., rispettivamente, art. 12 c.2 Disposizioni preliminari al codice civile italiano e art. 1 c.2 del codice civile svizzero.

⁴² Bulygin 2005: 83.

⁴³ Cfr. Moreso 2005: 202.

volte, la locuzione ‘lacuna assiologica’ per indicare i casi in cui un comportamento non è qualificato da alcuna norma del sistema ma, sulla base di un giudizio di valore, l’interprete ritiene che quel comportamento meriti di essere normativamente qualificato (in quanto giuridicamente rilevante)⁴⁴.

Il termine ‘indifferenza’, infine, viene utilizzato da alcuni studiosi di logica deontica⁴⁵ per denotare la qualificazione normativa di un comportamento del quale, in un sistema normativo dato, è permessa sia la commissione sia l’omissione. Vale la pena notare che l’utilizzo del termine ‘indifferenza’ può essere fuorviante, in quanto può essere confuso con il concetto omonimo impiegato nella logica delle preferenze e, per questa ragione, è forse più opportuno utilizzare un altro termine come, ad esempio, ‘facoltativo’ oppure ‘opzionale’.

Come anticipato in precedenza, è importante distinguere attentamente fra questi tre concetti. Il concetto descrittivo di non-qualificazione, infatti, non implica né è implicato da quello di irrilevanza; la proposizione normativa secondo la quale un comportamento è facoltativo, invece, implica la negazione dell’enunciato secondo il quale quel comportamento non è qualificato; ancora, un comportamento ritenuto, sulla base di un giudizio di valore, giuridicamente irrilevante non necessariamente è qualificato come facoltativo.

Fatte queste distinzioni risulta evidente l’utilità della nozione di lacuna normativa introdotta in *Normative Systems*. Questa, infatti, fornisce un criterio (il più possibile neutro) per individuare casi non disciplinati, ma giuridicamente rilevanti. Vi è infatti una lacuna normativa (ovvero un caso non regolato da un sistema di riferimento e non irrilevante), allorché nel sistema normativo vi sono norme che disciplinano individualmente diversi casi, ma nessuna norma disciplina una o più combinazioni di essi.

In relazione ad un punto gli autori eretici hanno, evidentemente, ragione: la nozione di lacuna normativa introdotta da Alchourrón e Bulygin non copre tutti i casi che, secondo le credenze condivise dai giuristi, costituiscono lacune del diritto, ovvero tutti quei casi non regolati che non sono la combinazione di più casi regolati e che, inoltre, sono ritenuti giuridicamente rilevanti.

Al fine di ovviare a questo difetto della ricostruzione di *Normative Systems*, Ruiz Manero ha proposto di ridefinire sia il concetto di lacuna normativa, sia quello di lacuna assiologica⁴⁶:

⁴⁴ La locuzione ‘lacuna assiologica’ viene, in altri contesti, impiegata in un senso diverso; in particolare, si parla di lacuna assiologica anche nei casi in cui nell’ordinamento di riferimento vi è una norma che qualifica normativamente un comportamento ma, sulla base di un giudizio di valore, l’interprete ritiene che tale qualificazione non sia adeguata. Cfr. Guastini 2011: 134-137.

⁴⁵ Primo fra tutti, von Wright 1951: 4; cfr. anche Conte 1962: 7-8.

⁴⁶ Ruiz Manero 2005: 123 (traduzione mia).

[u]n certo caso costituisce una *lacuna normativa* di un certo sistema giuridico se e solo se (1) questo sistema giuridico non contiene una regola che connette il caso ad una soluzione normativa e (2) il bilanciamento tra i principi rilevanti di questo sistema giuridico richiede una regola che connetta il caso ad una soluzione normativa che qualifichi la condotta in questione come obbligatoria o vietata.

Un certo caso costituisce una *lacuna assiologica* di un certo sistema giuridico se e solo se (1) questo sistema contiene una regola che disciplina il caso, ma (2) questa regola non considera come rilevante una proprietà che, secondo quanto richiesto dal bilanciamento dei principi rilevanti dello stesso sistema giuridico, avrebbe dovuto essere considerata come rilevante.

Se, da un lato, le ridefinizioni proposte da Ruiz Manero possono avere il merito di adeguarsi alle credenze condivise dai giuristi in tema di lacune, dall'altro, però, mostrano che questo risultato può essere ottenuto solo al prezzo di confondere tra loro le nozioni di non-qualificazione, irrilevanza, e indifferenza (*rectius*, facoltatività). Ciò risulta, in modo particolare, dalla prima ridefinizione – quella di lacuna normativa. Secondo Ruiz Manero, infatti, un caso non regolato costituisce una lacuna solo se, sulla base di un giudizio (di valore, ovvero) di bilanciamento tra principi, l'interprete ritiene che quella condotta avrebbe dovuto essere qualificata dal legislatore come obbligatoria oppure vietata. Nel caso in cui invece, sulla base del bilanciamento, l'interprete ritenesse che la qualificazione normativa per quella certa condotta fosse permesso (o facoltativo), secondo la ridefinizione di Ruiz Manero, non si avrebbe una lacuna normativa ma, piuttosto, un caso non regolato e giuridicamente irrilevante.

Dal fatto che un caso sia “poco serio” poi, secondo gli eretici, segue che il giudice ha l'obbligo giuridico di rigettare la domanda dell'attore, perché il comportamento richiesto al convenuto è permesso in senso non protetto – questo è, infatti, ciò che si ricava del principio di proibizione così come riletto dagli eretici (cfr. *supra* § 2.1).

Ma il principio reinterpretato in questo modo confonde tra loro il concetto descrittivo di non-qualificazione, quella assiologica di irrilevanza e quello normativo di facoltatività. La nozione di permesso non protetto si rivela, in particolare, afflitta da una triplice equivocità: (*i*) intanto, sembra essere un concetto descrittivo – in quanto si risolve nell'enunciato che un dato comportamento non è qualificato dal sistema di riferimento; (*ii*) sotto un altro aspetto, sembra essere un concetto valutativo – in quanto si riferisce a una condotta che non merita di essere qualificata né come obbligatoria né come vietata; (*iii*) infine, sembra essere una qualificazione normativa – in quanto ha l'effetto di obbligare giuridicamente il giudice a rigettare la domanda dell'attore.

2.3. La tesi della (a)simmetria tra sentenze di rigetto e sentenze di accoglimento

Una delle tesi centrali contenute nell'ottavo capitolo di *Normative Systems* è quella secondo la quale un giudice, qualora ritenga di trovarsi di fronte ad una lacuna normativa, non ha un dovere *specifico* di rigettare la domanda dell'attore ma, piuttosto, ha solo un dovere *generico* di decidere⁴⁷. Se, dunque, il giudice ritiene che il comportamento dedotto in giudizio non è normativamente qualificato dal sistema, secondo Alchourrón e Bulygin, allora gode di discrezionalità in quanto può decidere, alternativamente, di rigettare o accogliere la domanda dell'attore. Qualora il giudice decida di rigettare la domanda, poi, deve pronunciare una sentenza la cui premessa normativa è una norma di permesso, creata *ad hoc* dal giudice stesso. Questa è, in sintesi, la "tesi della simmetria"⁴⁸.

Secondo gli eretici, però, la tesi della simmetria è altamente controintuitiva (oltre ad essere in contrasto con le credenze condivise dai giuristi) e, perciò, da respingere. Secondo gli eretici, infatti, se un giudice ritiene che (tutto-considerato) un comportamento non sia normativamente qualificato (ovvero che sia permesso, ancorché in senso non protetto), allora ha il *dovere* giuridico di rigettare la domanda⁴⁹ – e non gode, dunque, di discrezionalità alcuna⁵⁰.

Ad una prima analisi, può sembrare che questa divergenza tra ortodossi ed eretici sia conseguenza del differente modo in cui gli autori delle due diverse fazioni ricostruiscono la forma logica delle sentenze di rigetto.

Secondo Alchourrón e Bulygin uno dei doveri specifici dei giudici è quello di fondare le proprie decisioni sulle norme del sistema; quindi, sia nel caso di una sentenza di accoglimento sia nel caso di una sentenza di rigetto, la premessa normativa del ragionamento giudiziale non può che essere una *norma* (espressa o derivata) riconducibile al sistema normativo di riferimento – nel caso contrario la decisione sarebbe arbitraria⁵¹.

⁴⁷ Perlomeno in tutti quegli ordinamenti giuridici, come quelli contemporanei, nei quali vige il divieto di *non liquet*. Cfr. Alchourrón e Bulygin 2005 (1971): 198-199. Cfr. altresì Guastini 2011: 140 ss.

⁴⁸ Navarro 2019: 104 ha sostenuto che la tesi della simmetria può essere scomposta in due tesi differenti, tra loro concettualmente indipendenti. Da un lato, la tesi secondo la quale il giudice non ha il dovere specifico di rigettare la domanda in caso di lacuna e, dall'altro lato, la tesi secondo la quale l'eventuale sentenza di rigetto deve contenere una norma permissiva di creazione giudiziale.

⁴⁹ Una tesi simile era già stata sostenuta da Kelsen 1945: 147: «Just because no norm exists which obligates the defendant to the behaviour claimed by the plaintiff, the defendant is free according to positive law, and has committed any delict by his behaviour. If the judge dismisses the suit, he applies, as it were the negative rule that nobody must be forced to observe conduct to which he is not obliged by law. The legal order cannot have any gaps».

⁵⁰ Come osserva Ratti 2009: 60, però, «[h]a poco senso negare (o affermare) la discrezionalità giudiziale di fronte alle lacune, non fosse altro che per la banale osservazione che il giudice (come ogni altro interprete) può, mediante diverse operazioni intellettive, porre in essere le situazioni rispetto alle quali esercitare una tale discrezionalità».

⁵¹ Alchourrón e Bulygin 2005 (1971): 193.

La ricostruzione proposta dagli eretici è differente. Secondo questi autori, solo al fine di accogliere una domanda (e, quindi, condannare il convenuto) è *necessario* che il giudice fondi la propria decisione (e, quindi, la norma individuale che condanna il convenuto a fare o omettere qualche cosa) su una norma generale del sistema; per rigettare la domanda, invece, è *sufficiente* che nel sistema normativo non vi sia alcuna norma generale sulla base della quale condannare il convenuto (i.e. nel sistema di riferimento non c'è alcuna norma che qualifica come obbligatorio o vietato il comportamento richiesto dall'attore)⁵².

Questa seconda ricostruzione per Alchourrón e Bulygin non è accettabile in quanto, secondo i due autori, con la sentenza di rigetto il giudice non si limita ad informare le parti che, nel sistema normativo di riferimento, non vi è alcuna norma generale da applicare al caso concreto ma, piuttosto, applica una norma – creata *ad hoc* dal giudice stesso per colmare la lacuna – che qualifica come permessa la condotta del convenuto⁵³.

In realtà, Ruiz Manero e Bayón riconoscono che anche la sentenza di rigetto pronunciata in caso di lacuna, come quella di accoglimento, deve avere come premessa maggiore una norma – in particolare, una norma del *sistema secondario*⁵⁴ che obbliga i giudici a rigettare la domanda dell'attore nel caso in cui questi chieda che il convenuto venga condannato a compiere (oppure ad astenersi dal compiere) una condotta non qualificata dal sistema. I due autori sostengono che una norma del genere appartiene a tutti i sistemi normativi del “nostro orizzonte culturale” (come norma positiva oppure come norma consuetudinaria) e, inoltre, che essa viene tipicamente utilizzata dai giuristi come standard per valutare la correttezza delle decisioni giudiziali⁵⁵.

A questo punto, la controversia tra ortodossi ed eretici sembrerebbe ridursi ad

⁵² Bayón 2010: 317: «el error de Bulygin radica en sostener que *basta* con que el sistema del ciudadano no establezca nada acerca de la conducta del demandado para que el juez *no tenga ningún deber* determinado. Y ninguna de las dos cosas es cierta. No lo es la primera, porque la ausencia de regulación en el sistema primario no es *suficiente* para que el juez tenga el deber específico de desestimar [...]. Ni tampoco es cierta la segunda, porque de la ausencia de regulación en el sistema primario no se sigue *necesariamente* que no tenga ningún deber específico».

⁵³ Alchourrón e Bulygin 2005 (1971): 204.

⁵⁴ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 191 ss. chiamano “sistema secondario” (o “sistema del giudice”) l'insieme delle norme che regolano il comportamento dei giudici in quanto giudici; il “sistema primario” (o “sistema del suddito”) è, invece, l'insieme delle norme che regolano il comportamento dei soggetti giuridici.

⁵⁵ Ruiz Manero 2010: 305: «una norma [che vieta al giudice di accogliere la domanda dell'attore in caso di lacuna] existe en todos los sistemas jurídicos de nuestro horizonte cultural [...] porque, dictada o no, en todos ellos existe como norma aceptada [...] como un patrón común y público de decisiones judiciales correctas, cuya inobservancia da lugar a críticas que se consideran, sin más, justificadas»; Bayón 2010: 316: «no tengo noticia de un solo sistema jurídico real en el que el juez no tenga el deber de desestimar una demanda con la que el actor pretenda que se obligue el demandado a hacer algo que según el sistema primario no tiene el deber (concluyente) de realizar».

un problema principalmente empirico: ai secondi, in particolare, spetterebbe l'onere di dimostrare che in tutti (o, almeno, nella maggior parte de) gli ordinamenti giuridici contemporanei occidentali vi sia una tale norma (positiva o consuetudinaria) di chiusura. Gli ortodossi potrebbero limitarsi a far notare che, almeno in alcuni ordinamenti contemporanei, vige una norma (valida per alcuni settori dell'ordinamento) che attribuisce, al contrario, ai giudici la facoltà di rigettare o accogliere, discrezionalmente, la domanda dell'attore nel caso in cui questa sia sostenuta da una norma esplicita.

Qualunque sia la risposta a questo problema empirico, la tesi centrale dagli ortodossi non sembra essere intaccata: non si può sostenere che, per ragioni logico-concettuali, ogni sistema normativo è necessariamente completo⁵⁶.

La tesi degli eretici potrebbe, però, essere presentata in una variante più forte, sostenendo che i giudici sono (giuridicamente) tenuti a rigettare la domanda in caso di lacuna. Si potrebbe, in particolare, sostenere che ogni sistema secondario (o del giudice), a differenza del sistema primario (o del suddito), è necessariamente completo. Si potrebbe, inoltre, congetturare che è proprio questa peculiare caratteristica dei sistemi normativi ad aver portato i giuristi a sostenere la tesi dell'inesistenza (o dell'irrelevanza) delle lacune.

La tesi della necessaria completezza dei sistemi secondari è stata sostenuta, ad esempio, da Amedeo G. Conte secondo il quale i sistemi normativi sono (solo contingentemente completi ma) necessariamente chiusi. I prossimi paragrafi saranno dedicati all'analisi di questa posizione.

3. Completezza (dei sistemi secondari) e chiusura (dei sistemi primari)

In alcuni lavori pubblicati negli anni Sessanta⁵⁷, Conte ha sostenuto la tesi secondo la quale i sistemi normativi (e, in particolare, i sistemi giuridici) possono dirsi in ogni caso completi, ancorché *solo per metonimia*, nel senso che sono necessariamente completi gli insiemi delle norme sulla giurisdizione di ogni ordinamento. Al fine di illustrare meglio le tesi di Conte è opportuno illustrare, sinteticamente, la teoria delle lacune elaborata dall'autore⁵⁸.

Muovendo da una nozione generica di 'lacuna', Conte afferma che questo termine esprime un concetto di relazione: è inadeguatezza di qualche cosa (un ordinamento giuridico) rispetto a qualche cosa d'altro. A seconda di che cosa sia questo "qualche cosa d'altro", Conte distingue due principali specie di lacuna: (I) le lacune deontologiche e (II) le lacune ontologiche.

⁵⁶ Navarro 2019: 108.

⁵⁷ Conte 1962 e Conte 1968.

⁵⁸ Cfr., in particolare, Conte 1968: 34-40.

(I) Si ha una lacuna deontologica quando un ordinamento è inadeguato rispetto ad un dover essere. Conte distingue due sotto- classi di lacune deontologiche: (I.i) le lacune ideologiche, consistenti nell'inadeguatezza di un ordinamento ad un ideale (quello della certezza) che trascende l'ordinamento stesso; (I.ii) le lacune teleologiche, consistenti nell'inadeguatezza dell'ordinamento ad un fine, uno scopo, immanente all'ordinamento⁵⁹.

(II) Secondo Conte, una lacuna ontologica si ha quando l'ordinamento è inadeguato (non ad un dover essere, ma) a ciò che è, ovvero quando in un sistema "vi è un caso possibile non previsto" oppure "un comportamento non qualificato normativamente". Anche in questo caso, possono distinguersi due sotto-specie di lacune ontologiche: (II.i) le lacune citriche e (II.ii) le lacune diacritiche.

(II.i) Le lacune citriche consistono nell'impossibilità di valutare (la qualificazione deontica di) un comportamento alla luce delle norme del sistema normativo di riferimento e, a seconda della causa che le produce, possono essere distinte in due ulteriori specie: (II.i.a) lacune citriche *a parte obiecti* – che si hanno nell'ipotesi in cui nessuna norma dell'ordinamento qualifica deonticamente né la commissione né l'omissione di un comportamento; (II.i.b) lacune citriche *a parte subiecti*⁶⁰ – che si hanno quando non è possibile riconoscere se una norma è valida nel sistema di riferimento (nel lessico di Conte: vi è un'indecidibilità della *Bedeutung* dell'enunciato deontico prescrittivo corrispondente alla norma), oppure quando non è possibile attribuire un significato ad un enunciato appartenente alle fonti del diritto (nel lessico di Conte: vi è un'indecidibilità del *Sinn* dell'enunciato deontico prescrittivo corrispondente alla norma).

(II.ii) Le lacune diacritiche, infine, consistono nell'impossibilità di decidere una controversia secondo le norme del sistema normativo di riferimento.

La tesi avanzata da Conte è quella secondo la quale i sistemi normativi (in genere e, quindi, gli ordinamenti giuridici in specie) possono essere *completi* (i.e. privi di lacune citriche) solo contingentemente ma sono, necessariamente, *chiusi* (i.e. privi di lacune diacritiche)⁶¹. Questa conclusione è conseguenza di altre due tesi: (i) i sistemi di norme sulla giurisdizione di ogni ordinamento giuridico sono (simili ai sistemi normativi di "etica rigoristica", ovvero) composti di sole norme imperative (di obbligo o divieto);

⁵⁹ Conte aggiunge che se le lacune ideologiche sono lacune *del* diritto (il sistema normativo è *discreto*, non si estende sino a regolare tutti casi che, sulla base di un giudizio di valore, dovrebbe regolare), le lacune teleologiche, invece, sono lacune *nel* diritto (il sistema normativo è *discontinuo*, presenta soluzioni di continuità).

⁶⁰ In Conte 1962: 42 ss. l'autore utilizza, per denotare questo tipo di lacune, la locuzione 'lacune logiche'.

⁶¹ Conte 1962: 203 ha sostenuto che la tesi della necessaria chiusura valesse per una sola specie di sistema normativo, ovvero il diritto. Nell'articolo *Completezza e chiusura*, Conte estende tale tesi ad ogni sistema normativo, in genere; cfr. Conte 1968: 47, nota 5: «Chiuso [...] è ogni ordinamento normativo *in genere*, e non i soli ordinamenti giuridici».

(ii) il discorso prescrittivo è *lingua* (e non linguaggio), nel senso che “condiziona trascendentalmente” l’esperienza (e non è, invece, condizionato dall’esperienza)⁶².

Come si può notare, la tesi di Conte è in parte affine a quella, sostenuta dagli eretici, secondo i quali i sistemi secondari (o sistemi del giudice) di ogni ordinamento normativo sono completi. Vi è, però, un’importante differenza fra le due posizioni: secondo Conte, infatti, le norme sulla giurisdizione sono necessariamente complete mentre, secondo gli eretici, la completezza dei sistemi secondari dipende dall’esistenza di una norma (contingentemente – ancorché, di fatto – valida in ogni sistema normativo contemporaneo) che obbliga i giudici a rigettare la domanda dell’attore in caso di lacuna.

Si è anche detto che gli argomenti degli eretici, ad un’attenta analisi, non sembrano scalfire affatto la tesi – sostenuta da Alchourrón e Bulygin – che la completezza dei sistemi normativi sia una questione del tutto contingente. Non resta, dunque, che analizzare gli argomenti di Conte a sostegno della necessaria completezza delle norme sulla giurisdizione.

3.1. I sistemi secondari sono necessariamente completi in quanto insiemi di norme imperative?

Alchourrón e Bulygin sostengono che le norme che compongono ogni sistema secondario «possono essere ripartite in due gruppi: (i) le norme che stabiliscono le condizioni in presenza delle quali i giudici possono giudicare, e quali questioni essi possono risolvere (norme di competenza); (ii) le norme che stabiliscono degli obblighi e dei divieti indirizzati ai giudici»⁶³ (ad esempio, il divieto di denegare giustizia e l’obbligo di motivare le decisioni in base alle norme del sistema primario).

Per quanto riguarda le norme del primo gruppo, Alchourrón e Bulygin assumono che queste siano, allo stesso tempo, norme di condotta – per la precisione, permessi che autorizzano i giudici a compiere certe azioni in determinate circostanze – e (norme) costitutive dell’autorità giudiziale⁶⁴.

Secondo Conte, le norme sulla giurisdizione sono insiemi di norme imperative che qualificano i comportamenti secondo uno dei due modi deontici ‘obbligatorio’ o ‘vietato’⁶⁵. In tutti gli ordinamenti normativi, se il giudice non è obbligato a condannare il convenuto (perché quest’ultimo non ha né commesso un atto vietato né omesso un atto obbligatorio), allora è tenuto a rigettare la domanda.

Probabilmente, la tesi di Conte si fonda sull’apparente plausibilità del condizionale:

⁶² Conte 1962: 151; Conte 1968: 44 ss.

⁶³ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 191.

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*: «nessuno è giudice, se non in virtù di una norma di competenza, e nel modo, e con i limiti, stabiliti da essa».

⁶⁵ Conte 1962: 169.

(7) “Se il giudice non deve accogliere la domanda, allora deve rigettarla”.

In *Normative Systems*, Alchourrón e Bulygin hanno però mostrato che la plausibilità di questo enunciato è conseguenza della mancata distinzione tra norme e proposizioni normative⁶⁶. Come si è visto nelle pagine precedenti, l'applicazione della negazione davanti ad un enunciato deontico (usato in funzione descrittiva) genera un'espressione ambigua e, per evidenziare questa ambiguità, nel linguaggio formalizzato della logica delle proposizioni normative, si distinguono due tipi di negazione: esterna (debole) ed interna (forte). L'antecedente del condizionale *sub* 7 ('il giudice non deve accogliere la domanda') è, dunque, un enunciato ambiguo in quanto può significare due proposizioni normative: (i) una proposizione secondo la quale esiste una norma che impone al giudice il divieto di accogliere la domanda (negazione interna) e (ii) una proposizione secondo la quale non esiste alcuna norma che obblighi il giudice ad accogliere la domanda (negazione esterna). Con un argomento simile a quello usato per confutare la tesi secondo la quale il PP è una tautologia capace di chiudere qualsiasi sistema normativo, Alchourrón e Bulygin hanno mostrato che il condizionale 7 esprime una tautologia solo se s'interpreta la negazione nell'antecedente come negazione *interna* (assumendo, inoltre, che il divieto di accogliere la domanda sia equivalente all'obbligo di rigettarla).

Gli autori che fondano la necessaria completezza dei sistemi secondari sulla base dell'enunciato 7 però, implicitamente, assumono che la negazione contenuta nell'antecedente del condizionale stesso sia una negazione *esterna*, poiché sostengono che i giudici hanno l'obbligo di rigettare la domanda in tutti i casi in cui nel sistema *non vi sia* una norma che li obblighi ad accoglierla. Come evidenziano Alchourrón e Bulygin, però, «dall'obbligo di giudicare e dall'assenza di un obbligo di condannare non si inferisce in alcun modo l'obbligo di rigettare la domanda»⁶⁷.

3.2. *La necessaria chiusura dei sistemi normativi dipende dalla “theticità” del linguaggio prescrittivo?*

La seconda tesi sulla base della quale Conte sostiene l'argomento della necessaria completezza dei sistemi secondari (e, dunque, della chiusura dei sistemi primari) si fonda su alcune considerazioni relative alle caratteristiche semiotiche proprie del linguaggio in funzione prescrittiva.

Secondo Conte il linguaggio prescrittivo, a differenza di quello descrittivo (che è condizionato dall'esperienza), condiziona trascendentalmente l'esperienza⁶⁸; ad esempio, se una proposizione espressa da un enunciato usato in funzione descrittiva

⁶⁶ Alchourrón, Bulygin 2005 (1971): 200.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Conte 1962: 177; Conte 1968: 45.

come ‘La neve è bianca’ è vera solo se si dà il caso che la neve è bianca, una norma espressa da un enunciato usato in funzione prescrittiva come ‘È vietato uccidere’ non può essere verificata o falsificata da alcun fatto che si dà nel mondo. Piuttosto, un comportamento è normativamente qualificato solo se esiste una norma che lo qualifica obbligatorio, vietato o permesso.

A partire da alcuni lavori della fine degli anni Settanta, Conte utilizza, per fare riferimento a questa caratteristica peculiare del linguaggio in funzione prescrittiva, il termine ‘theticità’⁶⁹. Secondo Conte, infatti, le prescrizioni sono atti linguistici performativi thetici, che (se pragmaticamente validi⁷⁰) sono capaci di rendere (sintatticamente⁷¹) valido uno status deontico (ovvero un obbligo, un divieto o un permesso) in e per un dato sistema normativo e in relazione alla *Grundnorm* del sistema stesso⁷².

Conte sostiene che, a partire da un insieme di enunciati prescrittivi è sempre possibile, argomentando *e contrario*, decidere quale qualificazione normativa un comportamento *non* ha. Dall’insieme di enunciati appartenenti al discorso descrittivo, invece, non è possibile concludere, applicando l’argomento *e contrario*, che a ciò che il linguaggio non qualifica non convenga un qualche predicato del linguaggio stesso: è sempre possibile che ad una cosa che un linguaggio non qualifica risulti, poi, convenire un predicato di quel linguaggio⁷³. Ciò è conseguenza della caratteristica semiotica specifica del discorso descrittivo, ovvero *essere condizionato da* (e, a differenza del discorso prescrittivo, non condizionare) l’esperienza.

La tesi di Conte può, dunque, essere così sintetizzata: se un comportamento dedotto in giudizio non è qualificato in alcun modo da (le norme de) il sistema normativo di riferimento, il giudice può concludere – argomentando *e contrario* – che quel comportamento *non* (negazione esterna-debole⁷⁴) è obbligatorio, né vietato,

⁶⁹ Conte 1977: 173 ss.

⁷⁰ Conte distingue due specie di validità pragmatica: (i) la “validità praxeologica”, che è relativa al concetto stesso di un atto di linguaggio e (ii) la “validità praxeonomica” che è, invece, relativa a quelle regole (anankastico-costitutive) che pongono condizioni di validità degli atti di linguaggio; cfr. Conte 1988: 454 e Conte 1995 (1994): 597-599.

⁷¹ La “validità sintattica” è quella che si predica di *status* deontici (obblighi, divieti, permessi), posti in essere attraverso atti thetici di normazione, ed è relativa alle regole costitutive sulla validità di un dato ordinamento di riferimento; cfr. Conte 1988: 454.

⁷² In Conte 1970 e Conte 1977, l’autore ricostruisce in modo diverso il concetto di theticità: in questi due lavori, infatti, il verbo performativo ‘prescrivere’ significa la posizione della verità (o, meglio, della validità) di un enunciato deontico (prescrittivo).

⁷³ Conte 1968: 46-47. Per illustrare meglio questo aspetto, può essere utile riportare un esempio fatto da Conte: la negazione di un giudizio di botanica come ‘Questo oggetto è una fanerogama’ non è, a sua volta, un ulteriore giudizio botanico ma significa, piuttosto, ‘Questo oggetto è un elemento dell’insieme complementare a quello delle fanerogame’.

⁷⁴ Conte chiarisce che se questa negazione venisse interpretata come negazione forte, si avrebbe una contraddizione, una situazione assurda. Infatti, di una condotta non regolata sarebbe, allo stesso tempo: (i) permessa l’omissione (negazione forte dell’obbligatorietà di quella condotta) e (ii) permessa la commissione (negazione forte del divieto di quella condotta). Cfr. Conte 1962: 130-133.

né permesso e, dunque, *non* (negazione interna-forte – in quanto, come si è visto prima, l'insieme delle norme sulla giurisdizione va ricostruito, secondo Conte, come un insieme di norme imperative) ha l'obbligo di accogliere la domanda (i.e. è vietato accoglierla).

Si può notare, quindi, che la conclusione dell'argomento *e contrario* (che viene usata dal giudice come premessa del sillogismo giudiziale che si conclude, a sua volta, con la decisione di rigettare la domanda dell'attore) di cui parla Conte consiste, quindi, in una *proposizione normativa* e non, invece, in una norma (come sottolinea lo stesso Conte, la negazione che appare nell'enunciato che è conclusione dell'argomento *e contrario*, infatti, è debole). Questa ricostruzione non è, dunque, compatibile con il modello proposto da Alchourrón e Bulygin, secondo i quali la premessa di un ragionamento giudiziale – che si conclude con una *norma* individuale – non può in alcun caso essere una proposizione normativa ma, invece, deve essere una norma.

La tesi di Conte è, in parte, simile a quella sostenuta dagli eretici: i sistemi primari possono essere a volte completi e, altre volte, incompleti; sempre completi sono, invece, i sistemi secondari (gli insiemi delle norme sulla giurisdizione), in quanto i giudici hanno sempre il dovere di rigettare la domanda dell'attore nel caso in cui l'attore chieda al giudice che il convenuto venga condannato per la commissione o l'omissione di un comportamento non qualificato⁷⁵.

Secondo gli eretici, questo dovere è stabilito da una norma (del sistema secondario) che appartiene, contingentemente, ad ogni ordinamento giuridico contemporaneo.

Secondo Conte, invece, i sistemi secondari sono necessariamente completi (e, quindi, i sistemi normativi sono necessariamente chiusi) giacché: (i) gli insiemi di norme sulla giurisdizione sono composti di sole norme imperative e (ii) il linguaggio prescrittivo presenta una peculiare caratteristica semiotica – la theticità⁷⁶. Si è anche detto che la prima delle due tesi, probabilmente, si fonda sulla confusione (testimoniata dalla assunzione che l'enunciato *sub* 7 sia una tautologia – cfr. *supra* § 3.1) tra norme e proposizioni normative. La tesi (ii), invece, merita di essere riconsiderata alla luce di un'importante distinzione (che Conte, pur non prendendo in considerazione nei due articoli dedicati al tema delle lacune, studierà in modo approfondito in alcuni lavori successivi): quella tra norme regolative e norme costitutive.

⁷⁵ Secondo Conte 1962: 157 ss., la tesi secondo la quale i comportamenti non qualificati sono da considerarsi pragmaticamente equivalenti a quelli qualificati come indifferenti (facoltativi) può intendersi come un "nome" impiegato convenzionalmente dai giuristi per fare riferimento al dovere dei giudici di condannare solo per le commissioni di comportamenti vietati (e per le omissioni di comportamenti obbligatori).

⁷⁶ Conte 1968: 44-53.

4. Sistemi normativi, norme regolative, norme costitutive e completezza

A partire dai lavori di von Wright⁷⁷ e Searle⁷⁸, si suole distinguere tra due diversi tipi di norme: (i) quelle regolative, che regolano forme di comportamento ontologicamente preesistenti alle, e logicamente indipendenti dalle, norme stesse e (ii) quelle costitutive, che non si limitano a regolare forme di comportamento ma, piuttosto, ne creano o definiscono di nuove costituendo, appunto, un'attività che è (onto)logicamente dipendente dalle regole in questione⁷⁹.

Un'ampia tipologia delle norme costitutive è stata sviluppata, in alcuni lavori degli anni Ottanta, da Conte e Azzoni⁸⁰. Innanzi tutto, i due autori distinguono tra norme eidetico-costitutive e norme anankastico-costitutive. Le norme *eidetico-costitutive*, da un punto di vista ontologico, sono condizione necessaria (*ex ante*, di concepibilità e, *ex post*, di percepibilità) di ciò su cui vertono e, da un punto di vista semantico, determinano l'intensione (il senso) dei termini designanti ciò su cui vertono. Le norme *anankastico-costitutive*, invece, da un punto di vista ontologico, pongono condizioni necessarie di ciò su cui esse vertono e, da un punto di vista semantico, presuppongono, da un lato, l'intensione dei termini che designano le entità sulle quali vertono e, dall'altro lato, ne delimitano l'estensione (il riferimento)⁸¹. Un esempio classico di norme eidetico-costitutive è dato dalle regole degli scacchi (e.g. "L'alfiere deve muoversi in diagonale", "Il re non può arroccare se è sotto scacco", "Una qualsiasi mossa che minacci il re avversario conta come scacco"). Esempi paradigmatici di norme anankastico-costitutive possono trovarsi, invece, in ambito giuridico (e.g. "L'atto di appello deve essere motivato", "La donazione deve essere fatta per atto pubblico").

Conte distingue ulteriormente, nell'ambito delle norme eidetico-costitutive, tra regole *deontiche*, che possono essere formulate mediante enunciati contenenti mo-

⁷⁷ Von Wright 1989 (1963): 43 ss.

⁷⁸ Searle 1965. Lo stesso Searle individua in un articolo di Rawls – *Two Concepts of Rules* (pubblicato nel 1955) – l'origine della distinzione tra questi due tipi di norma. Lorini, Żelaniec 2018: 10 attribuiscono il merito di aver introdotto la nozione di norma costitutiva, invece, all'autore polacco – attivo nella prima metà del secolo passato – Czesław Znamierowski.

⁷⁹ Searle 1969: 33 ss. Cfr. anche Searle 1965: 223: «I distinguish between two sorts of rules: some regulate antecedently existing forms of behaviour; for example, the rules of etiquette regulate interpersonal relationships, but these relationships exist independently of the rules of etiquette. Some rules on the other hand do not merely regulate but create or define new forms of behaviour. The rules of football, for example, do not merely regulate the game of football but as it were create the possibility of or define that activity». Cfr. anche Carcaterra 1974: 61: «Mentre le proposizioni prescrittive tendono a produrre un evento esercitando una pressione sul comportamento di qualcuno, le norme di cui ci occupiamo producono l'effetto, che è il loro scopo e il loro contenuto, realizzandolo da sé: lo costituiscono – ecco la loro caratteristica – nel momento stesso del loro entrare in vigore. Le chiameremo perciò norme costitutive».

⁸⁰ Conte 1985a, Conte 1985b e Azzoni 1988.

⁸¹ Conte 2007b: 59-61.

dalità deontiche (“L’alfiere deve muoversi in diagonale”; “Il re deve essere sottratto dallo scacco”) e regole *ontiche*, la forma logica delle quali può essere espressa attraverso enunciati condizionali “counts-as”⁸² (“Una mossa che minacci il re avversario conta come scacco”; “Una posizione nella quale nessun giocatore può realizzare uno scacco matto conta come patta”).

Infine, Conte distingue tra norme (eidetico-costitutive ontiche o deontiche) *paradigmatiche* e norme (eidetico-costitutive deontiche) *sintagmatiche*. Le prime determinano, nel loro insieme, per ogni fase del gioco, il paradigma delle possibili forme alternative di prosecuzione del gioco⁸³. Possono distinguersi vari tipi di norme paradigmatiche: negli scacchi, ad esempio, vi sono norme che determinano il modo in cui i pezzi (i “praxemi”, nel lessico di Conte) possono essere collocati (e ricollocati, mossi) sulla scacchiera, così come vi sono regole che determinano il modo in cui i pezzi possono essere eliminati o sostituiti (e.g. le regole che stabiliscono il modo in cui i pezzi possono catturarne altri, oppure le regole che definiscono i “pragmami” del gioco, come l’arroccamento o la promozione) o, ancora, norme paradigmatiche che costituiscono, attraverso definizioni, “status ludici” (e.g. lo scacco, lo scacco matto, lo stallo).

Le norme sintagmatiche, invece, *prescrivono* una determinata prosecuzione del gioco⁸⁴. Ad esempio, per seguire la norma sintagmatica secondo la quale il re deve essere sottratto dallo scacco, il giocatore deve compiere una qualche mossa che sia altresì permessa dalle norme paradigmatiche del gioco (ad esempio, muovendo il re di una casa, oppure catturando il pezzo che dà scacco – secondo le norme sulla cattura).

Una volta riportata questa tipologia delle norme costitutive, si può avanzare la seguente tesi: l’idea di Conte, secondo la quale i sistemi normativi sono, per ragioni concettuali, necessariamente chiusi (i.e. senza lacune diacritiche) è plausibile solo se riferita a sistemi normativi composti di sole norme (eidetico) costitutive. In questi (e solo per questi) sistemi vale, infatti, un’equivalenza pragmatica tra condotte non regolate e condotte qualificate (vietate) dalle regole sintagmatiche del sistema stesso.

Per illustrare meglio questa tesi, può essere utile fare alcuni esempi tratti (rinunciando a qualsiasi pretesa di originalità) dal gioco degli scacchi. Ad esempio, ci si

⁸² Per la nozione di *count-as conditional*, cfr. Searle 1995: 27-29. Cfr. anche Grossi, Jones 2013.

⁸³ Conte 2007b: 55-56.

⁸⁴ Ci si potrebbe chiedere se le norme costitutive sintagmatiche non siano, piuttosto, norme regolative che qualificano deonticamente (come vietate, obbligatorie, permesse) alcune mosse del gioco; ovvero, prescrizioni che vertono su un particolare tipo di condotte – quelle determinate dalle norme costitutive paradigmatiche. Alcuni argomenti a sfavore di questa tesi sono stati presentati da Hage 2018: 25: «it is less than felicitous to say that constitutive rules “regulate” the practice which they constitute. [...] Characteristic of a prescription is that violation is normally possible. In case of the rules of chess, violation leads to invalid moves which have no influence on the progress of the game. These rules, which define the game, cannot be violated because a violation would require that an illegal move be made in the game, while “moves” that violate the rules do not count as moves in the game».

potrebbe chiedere se negli scacchi è possibile (o, meglio, se è una mossa valida, ammessa, legale) arroccare “in verticale” (lungo la colonna “e”) con il re ed una torre ottenuta a seguito della promozione di un pedone. Nonostante all’apparenza questa mossa “bizzarra” possa apparire non regolata dal regolamento degli scacchi, ad una più attenta analisi, non costituisce affatto un caso di lacuna. Se, infatti, si assume che la regola che costituisce (definisce) l’arrocco sia la seguente:

“Si può arroccare se: (i) il re non è stato mosso; (ii) la torre coinvolta nell’arrocco non è stata mossa; (iii) il re non è sotto scacco; (iv) le case nelle quali il re transita, così come quella di destinazione finale del re, non sono minacciate da alcun pezzo avversario”,

allora l’arrocco “sulla colonna e” non è affatto una mossa non regolata ma, piuttosto, è permessa. Un’altra cosa è chiedersi – sulla base di un giudizio di valore – se gli scacchi potrebbero essere un gioco migliore se questa mossa non fosse ammessa. Probabilmente, una risposta affermativa a questa domanda è stata data dai membri della federazione internazionale degli scacchi (FIDE) incaricati della compilazione del regolamento del gioco visto che, nel 1972, la regola sull’arrocco è stata modificata specificando che il re e la torre interessata devono (oltre alle condizioni elencate sopra) trovarsi sulla medesima traversa (e non, anche, sulla medesima colonna)⁸⁵. Un’ipotesi del genere, quindi, potrebbe essere considerata come un esempio di lacuna assiologica “colmata”: il comportamento era regolato dal sistema ma, sulla base di un giudizio di valore, si è ritenuto che la qualificazione normativa non fosse adeguata.

Un altro esempio: ci si potrebbe chiedere se è consentita la presa *en passant* con l’alfiere. La risposta più intuitiva è che questa mossa, non essendo espressamente permessa per l’alfiere, è vietata⁸⁶. Gli unici comportamenti che contano come mosse del gioco sono quelli espressamente (costituiti e) permessi dalle norme paradigmatiche del gioco stesso, tutti gli altri (muovere una torre in diagonale, indossare una cravatta rossa, etc.), semplicemente, non sono mosse del gioco.

Quest’ultimo esempio mette in evidenza una caratteristica peculiare degli insiemi composti di sole norme (eidetico) costitutive: in questi sistemi, infatti, vi è un’equivalenza pragmatica tra le mosse vietate dalle regole (sintagmatiche) e i comportamenti non qualificati affatto. Arroccare se il re è sotto scacco oppure catturare

⁸⁵ Cfr. il regolamento curato dalla FIDE, consultabile all’indirizzo <https://handbook.fide.com/chapter/E012018> e, in particolare, la regola 3.8.2.

⁸⁶ È importante notare che le qualificazioni normative imposte sopra un comportamento da una norma costitutiva sintagmatica vanno distinte da quelle imposte dalle norme regolative. Un modo per tracciare questa distinzione può consistere nell’assumere che, se la violazione di una norma regolativa comporta, normalmente, una *sanzione*, la violazione di una norma costitutiva comporta, invece, la *nullità* dell’atto che avrebbe dovuto costituirsi se la regola fosse stata rispettata. L’importanza di distinguere concettualmente tra sanzione e nullità era già stata avvertita, ad esempio, da Hart 1994: 33 ss.

un pezzo *en passant* con l'alfiere sono due comportamenti (due "mosse") che hanno le stesse conseguenze pratiche: compiere uno o l'altro durante una partita significa *non giocare più* a scacchi. Questi due comportamenti non possiedono quella caratteristica che è propria delle sole mosse permesse dalle norme eidetico-costitutive (paradigmatiche e sintagmatiche): ovvero quella di passare da una posizione di gioco valida ad un'altra posizione altrettanto valida⁸⁷. Nei sistemi composti di sole norme eidetico-costitutive, dunque vi possono certamente essere lacune critiche (vi sono comportamenti che non sono da essi – costituiti e – regolati) ma non vi possono essere lacune diacritiche (è sufficiente sapere che un comportamento non è una mossa del gioco per sapere che è un comportamento "vietato" in e per quel gioco). Nel lessico di Conte, questi sistemi sono (non necessariamente completi, ma) necessariamente chiusi.

Queste osservazioni non valgono, però, se si prendono in considerazione sistemi normativi (come gli ordinamenti giuridici) composti *anche* da norme regolative che vertono su – qualificando deonticamente – fatti (bruti o istituzionali) ontologicamente preesistenti e logicamente indipendenti dalle regole stesse. Sapere che un comportamento non è qualificato da qualche norma regolativa significa semplicemente... sapere che quel comportamento non è regolato. La presunta equivalenza pragmatica tra comportamenti permessi e non qualificati sussiste solo se nell'ordinamento vi è una norma (del sistema secondario) che obbliga i giudici a rigettare la domanda dell'attore in un caso di lacuna. Se una norma del genere appartiene o meno ad un dato sistema è – e resta – una questione contingente. Non può, dunque, neppure concludersi che i sistemi secondari siano, per ragioni concettuali, necessariamente completi.

5. Conclusioni

Nella prima parte di questo lavoro si è dimostrato – riportando le argomentazioni esposte da Alchourrón e Bulygin – che i sistemi normativi non sono necessariamente completi e, comunque, che questa presunta necessaria completezza non può essere fondata sulla "verità necessaria" espressa dal principio di proibizione.

⁸⁷ L'equivalenza pragmatica tra vietato e non qualificato è, probabilmente, conseguenza di una caratteristica che viene attribuita tipicamente ai giochi formali (dei quali l'insieme delle regole degli scacchi è un esempio): il fatto che questi ultimi sono "self-contained" – ovvero, per essi ogni comportamento diverso dalle mosse costituite dalle regole paradigmatiche del sistema è *strettamente* irrilevante. Cfr. Haugeland 1985: 50: «formal systems are self-contained; the outside world (anything not included in the current position) is strictly irrelevant. For instance, it makes no difference to a chess game, as such, if the chess set is stolen property or if the building is on fire or if the fate of nations hangs on the outcome – the same moves are legal in the same positions, period». Per una sintetica definizione di 'sistema formale', vedi *ultra*, nota 89.

Nel seguito, ho analizzato la tesi secondo la quale il principio in questione può essere reinterpretato in un diverso senso che, forse, spiegherebbe perché numerosi giuristi e teorici del diritto hanno sostenuto (o sostengono) che i sistemi normativi sono necessariamente privi di lacune. Secondo alcuni autori, infatti, il principio di proibizione esprime la norma (del sistema secondario) secondo la quale i giudici sono tenuti a rigettare qualsiasi domanda con la quale l'attore chiede che il convenuto faccia o ometta un comportamento non qualificato in alcun modo dal sistema (primario). I sistemi normativi sarebbero, dunque, necessariamente completi "per metonimia" – i.e. gli insiemi di norme sulla giurisdizione di ogni sistema normativo sono necessariamente completi.

Si è visto, però, che anche questa tesi va respinta. Affinché i giudici abbiano l'obbligo di rigettare la domanda dell'attore in caso di lacuna è necessario che (nel sistema secondario) vi sia una norma che imponga tale dovere. Se una norma del genere esista o meno è una questione contingente (dipende dal fatto che sia stata emanata dall'autorità normativa oppure che venga seguita come norma consuetudinaria).

Infine, ho sostenuto che la tesi della necessaria chiusura può, forse, valere per un solo tipo di sistema normativo, ovvero per gli insiemi composti di sole norme costitutive eidetiche. Solo in questi insiemi, infatti, un comportamento non regolato (costituito) dalle regole paradigmatiche del sistema è pragmaticamente equivalente ad un comportamento regolato (vietato) dalle norme costitutive sintagmatiche del sistema stesso.

Incidentalmente, ci si potrebbe chiedere se gli insiemi delle norme di *competenza* che caratterizzano ogni ordinamento normativo – assumendo (ancorché non sia del tutto pacifico) che possano essere ricostruiti come insiemi di norme costitutive – siano necessariamente chiusi. Una risposta affermativa a questa domanda potrebbe rafforzare la tesi secondo la quale, negli ordinamenti giuridici liberali, per gli organi pubblici vale necessariamente un principio "opposto" a quello di proibizione, ovvero il c.d. principio di legalità (secondo il quale agli organi pubblici è implicitamente vietato compiere qualsiasi atto che non sia loro espressamente permesso)⁸⁸. Questa tesi si fonda, però, su un presupposto problematico: si può, infatti, dubitare che le norme di competenza possano essere ricostruite come norme costitutive *eidetiche*⁸⁹. Più in generale, vi sono buone ragioni per dubitare che questa particolare categoria di regole trovi spazio negli ordinamenti normativi *giuridici* (un primo indizio di ciò

⁸⁸ Cfr. Guastini 2011: 145.

⁸⁹ Più in generale, è dubbio che negli ordinamenti giuridici possano trovarsi esempi di norme eidetico-costitutive. È, infatti, forse più corretto sostenere che le norme costitutive che appartengono ad un sistema normativo giuridico siano norme costitutive *ananastiche*. Questa tesi è stata avanzata, ad esempio, da Silvi 2014: 460.

Si potrebbe, nonostante tutto, ipotizzare che un esempio di norma *giuridica* eidetico-costitutiva vi sia: la norma fondamentale – la *Grundnorm* kelseniana – di ogni ordinamento. Questa ipotesi non verrà, però, approfondita in questa sede.

è dato dal fatto che tutti gli esempi di regole eidetico-costitutive che solitamente vengono proposti riguardano il regolamento degli scacchi, ovvero un gioco che può essere ricostruito come un sistema puramente formale⁹⁰).

Nonostante, dunque, alcune considerazioni relative alle regole dei giochi possono essere illuminanti per l'analisi del discorso normativo (e, in particolare, giuridico)⁹¹ non si può assimilare completamente un insieme di norme come il regolamento di un gioco puramente formale ad un sistema normativo complesso come un ordinamento giuridico. La differenza centrale fra questi due insiemi di norme è che, se il regolamento di un gioco formale – come gli scacchi – qualifica *esclusivamente* comportamenti (fatti istituzionali) che sono costituiti dalle norme costitutive (paradigmatiche) del sistema, un ordinamento giuridico, invece, tipicamente qualifica anche comportamenti (fatti bruti o fatti istituzionali) che preesistono alle norme del sistema stesso.

In conclusione, l'analisi logica del discorso normativo ci porta a concludere che gli ordinamenti giuridici non sono (neppure “per metonimia”) necessariamente completi. Un'altra questione (sulla quale vi è un genuino disaccordo tra ortodossi ed eretici) è quella relativa alla *opportunità* che i sistemi normativi contengano una norma di chiusura che obblighi i giudici a rigettare la domanda dell'attore in caso di lacuna. Questa è, chiaramente, una questione politica alla quale l'analisi logica non può dare alcuna risposta conclusiva.

Bibliografia

- Alchourrón, C.E. (1969). *Logic of Norms and Logic of Normative Propositions*, «Logique et Analyse», XII, 242-268.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1984). *Permission and Permissive Norms*, in W. Krawietz, H. Schleski, G. Winkler, A. Schramm (Hrsg.), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 349-371.
- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (2005). *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, trad. it. a cura di P. Chiassoni, G.B. Ratti, Torino, Giappichelli.
- Atienza, M., Ruiz Manero, J. (1998). *A Theory of Legal Sentences*, trad. ing. di R. Zimmerling, New York, Springer.

⁹⁰ Un sistema può dirsi puramente formale se rispetta questi requisiti: (i) è un sistema di regole che riguardano la definizione e la manipolazione di simboli (o *token*); (ii) è digitale; (iii) è indipendente da qualsiasi materiale o supporto fisico nel quale può essere implementato. Cfr. Haugeland 1985: 48.

⁹¹ Cfr. Carcattera 1974: 95.

- Atria, F. (2005a). *Sobre las lagunas*, in F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J.R. Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 15-28.
- Atria, F. (2005b). *Réplica: entre jueces y activistas disfrazados de jueces*, in F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J.R. Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 159-184.
- Azzoni, G. (1988). *Il concetto di condizione nella tipologia delle regole*, Padova, Cedam.
- Bayón, J.C. (2009). *Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas*, in E. Bulygin, M. Atienza, J.C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 27-74.
- Bayón, J.C. (2010). *Permisos, lagunas y discrecionalidad judicial: respuesta a Bulygin*, «DOXA», 33, 307-317.
- Bobbio, N. (1975). *Aspetti del positivismo giuridico*, in N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 101-126.
- Bulygin, E. (2005). *En defensa de El Dorado. Respuesta a Fernando Atria*, in F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J.R. Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 73-86.
- Bulygin, E. (2010). *Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición*, «DOXA» 33, 283-296.
- Carcattera, G. (1974). *Le norme costitutive*, Milano, Giuffrè.
- Chiassoni, P. (1997). *Lacune nel diritto. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII, 2, 321-363.
- Chiassoni, P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino.
- Conte, A.G. (1962) *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, Giappichelli.
- Conte, A.G. (1968). *Completezza e chiusura*, in *Scritti in memoria di Widar Cesarini Sforza*, Milano, Giuffrè; riedito in A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*, Torino, Giappichelli, 1989.
- Conte, A.G. (1970). *Studio per una teoria della validità*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 47, 331-354.
- Conte, A.G. (1977). *Aspetti della semantica del linguaggio deontico*, in G. Di Bernardo (a cura di), *Logica deontica e semantica*, Bologna, Il Mulino, 147-175; riedito in A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo I. Studi 1965-1981*, Torino, Giappichelli, 1989, 173-191.

- Conte, A.G. (1985a). *Materiali per una tipologia delle regole*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 15, 345-368.
- Conte, A.G. (1985b). *Regole eidetico-costitutive*, «Nuova civiltà delle macchine», 3, 26-33.
- Conte, A.G. (1988). *Minima deontica*, «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 65, 427-475.
- Conte, A.G. (1990). *Validità atthetica*, in S. Castignone (a cura di), *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 163-176.
- Conte, A.G. (1994). *Performativo vs. normativo*, in U. Scarpelli, P. Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, LED, 247-263; riedito in A.G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo II. Studi 1982-1994*, Torino, Giappichelli, 1995, 591-607.
- Conte, A.G. (2007a). *Ambiguità semantica vs. ambivalenza pragmatica*, in L. Passerini Glazel (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 91-102.
- Conte, A.G. (2007b). *Regola eidetico-costitutiva vs. regola anankastico-costitutiva*, in L. Passerini Glazel (a cura di), *Ricerche di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 48-68.
- Di Lucia, P. (2003). *Normatività: diritto, linguaggio, azione*, Torino, Giappichelli.
- Di Lucia, P., Passerini Glazel, L. (2020). *Amedeo G. Conte filosofo della validità*, «Rivista di filosofia del diritto», IX, 1, 11-26.
- Grossi, D., Jones, A.J.I. (2013). *Constitutive Norms and Count-as Conditionals*, in D. Gabbay, J. Horty, X. Parent, R. van der Meyden, L. van der Torre (eds.), *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*, College Publications, 407-441.
- Guastini, R. (2011). *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.
- Hage, J. (2018). *Two Concepts of Constitutive Rules*, «Argumenta», 4, 21-39.
- Hart, H.L.A. (1994) *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press; II ed. (With a Postscript edited by P.A. Bulloch and J. Raz).
- Haugeland J. (1985). *Artificial Intelligence: the Very Idea*, Cambridge (Mass.), MIT Press.
- Hedenius, I. (1941). *On Law and Morals*, «The Journal of Philosophy», 56, 3, 117-125.
- Hohfeld, W.N. (1917). *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Juridical Reasoning*, «The Yale Law Journal», 26, 8, 710-770.
- Kelsen, H. (1945). *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945.
- Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*, English translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by M. Knight, Clark (NJ), The Lawbook Exchange.

- Lorini, G., Żełaniec, W. (2018). *The Backround of Constitutive Rules. Introduction*, «Argumenta», 4, 9-19.
- Moreso, J.J. (2005). *A brilliant disguise: entre fuentes y lagunas*, in F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J.R. Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 185-204.
- Navarro, P.E. (2011). *Normas permisivas y clausura de los sistemas normativos*, «Isonomía», 34, 110-139.
- Navarro, P.E. (2019). *Tipos de permisos y discreción judicial. Un análisis de la controversia*, «Analisi e diritto», 1/2019, 89-111.
- Ratti, G.B. (2009). *Norme, principi e logica*, Roma, Aracne.
- Rawls, J. (1955). *Two Concepts of Rules*, «Philosophical Review», 64, 3-32.
- Rodríguez, J.L. (2003). *Naturaleza y lógica de las proposiciones normativas. Contribución en homenaje a G.H. von Wright*, «DOXA» 26, 87-108.
- Ruiz Manero, J. (2005). *Algunas concepciones del derecho y sus lagunas*, in F. Atria, E. Bulygin, J.J. Moreso, P.E. Navarro, J.L. Rodríguez, J.R. Manero, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 103-126.
- Ruiz Manero, J. (2010). *Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho*, «DOXA», 33, 297-306.
- Ruiz Manero, J. (2018). *Diez observaciones y un cuadro final sobre permisos y normas permisivas*, «Revus», 36, 43-51.
- Schauer, F. (1993). *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon.
- Searle, J.R. (1965). *What Is a Speech Act?*, in M. Black (ed.), *Philosophy in America*, London, Allen and Unwin, 221-239.
- Searle, J.R. (1969). *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Silvi, M.Q. (2014). *Diritto, giochi, regole costitutive*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLIV, 2, 455-484.
- Stenius, E. (1963), *Principles of a Logic of Normative Systems*, «Acta Philosophica Fennica», 16, 247-260.
- von Wright, G.H. (1951). *Deontic Logic*, «Mind», 60, 1-15.
- von Wright, G.H. (1989). *Norma e azione. Un'analisi logica*, trad. it. di A. Emiliani, Bologna, Il Mulino.

Edizioni ETS
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di dicembre 2020