

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. “Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.”. Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-positivista procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquilha (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquilha percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (México), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validade e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática jurídica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guilherme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). [...]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gavião Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. [...]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. [...]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espírito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. [...]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. [...]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasileiro, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

MODELLI DI RAZIONALITÀ LEGISLATIVA: DALLA DOGMATICA GIURIDICA ALLA MOTIVAZIONE DELLE LEGGI

MODELLI DI RAZIONALITÀ LEGISLATIVA: DALLA DOGMATICA GIURIDICA ALLA MOTIVAZIONE DELLE LEGGI

Francesco Ferraro

Resumo

L'idea di una necessaria motivazione delle leggi, che sta prendendo sempre più piede, presuppone un criterio normativo di razionalità legislativa. Per reperire tale criterio, è probabilmente opportuno partire dalla tesi del “legislatore razionale” presente nella dogmatica giuridica. In questa relazione si esamineranno due esposizioni particolarmente dettagliate di tale tesi, quelle di Carlos Nino e di Leczek Nowak. Pur offrendo un accostamento interessante alla razionalità legislativa e nonostante siano entrambe, probabilmente, ricostruzioni fedeli della tesi dogmatica in questione, entrambe le esposizioni sono sotto- o sovra-inclusive e non possono offrire, da sole, un criterio adeguato di razionalità legislativa ai fini della motivazione delle leggi e necessitano integrazioni e precisazioni.

Palavras-chave: Motivazione delle leggi, Legislatore razionale, Dogmatica giuridica, Legisprudenza

Abstract/Resumen/Résumé

L'idea di una necessaria motivazione delle leggi, che sta prendendo sempre più piede, presuppone un criterio normativo di razionalità legislativa. Per reperire tale criterio, è probabilmente opportuno partire dalla tesi del “legislatore razionale” presente nella dogmatica giuridica. In questa relazione si esamineranno due esposizioni particolarmente dettagliate di tale tesi, quelle di Carlos Nino e di Leczek Nowak. Pur offrendo un accostamento interessante alla razionalità legislativa e nonostante siano entrambe, probabilmente, ricostruzioni fedeli della tesi dogmatica in questione, entrambe le esposizioni sono sotto- o sovra-inclusive e non possono offrire, da sole, un criterio adeguato di razionalità legislativa ai fini della motivazione delle leggi e necessitano integrazioni e precisazioni.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Motivazione delle leggi, Legislatore razionale, Dogmatica giuridica, Legisprudenza

Modelli di razionalità legislativa: dalla dogmatica giuridica alla motivazione delle leggi

Francesco Ferraro¹

Il presente intervento è incentrato sull'analisi di uno dei presupposti della motivazione delle leggi: quello della razionalità dell'azione legislativa². Seguendo Giacomo Gavazzi, s'intende qui "motivazione delle leggi" in "[...] quel senso molto stretto cui ci si riferisce quando per esempio si parla di motivazione di una sentenza o di un provvedimento amministrativo, cioè come discorso strumentale, preparatorio e giustificativo di quello imperativo della decisione o della prescrizione, come esposizione delle ragioni [...] che vengono o possono venire portate a giustificazione della prescrizione"³. Si seguirà, in particolare, l'idea che, per approdare a un modello plausibile di razionalità legislativa, si può ragionare a partire dal mito (o tesi, o ipotesi) del legislatore razionale presente nella dogmatica giuridica. L'idea ha una sua plausibilità, supponendo che, se la cultura giuridica moderna include (spesso acriticamente) tale assunto dogmatico, esso evidentemente è utile a certi fini e permette ai giuristi di compiere operazioni che, altrimenti, non potrebbero giustificare. Occorrerà, però, spostarsi successivamente dal piano del mito dogmatico a un modello di legislatore razionale in base al quale valutare l'operato dei legislatori reali. Del resto, la richiesta di motivazione delle leggi è anzitutto una richiesta di razionalità, intesa a controllare che i legislatori in carne e ossa "facciano bene il loro lavoro": nei confronti delle leggi, dunque, si verifica una "pretesa di giustificabilità"⁴.

Alcuni modelli sono già stati proposti per la valutazione della qualità e della razionalità del dibattito parlamentare, all'interno dei quali sono distinti diversi piani di analisi, corrispondenti a diversi tipi di razionalità⁵. In questa sede, invece, ci si limiterà a esaminare l'assunzione della

¹ Ricercatore a tempo determinato, Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria". Francesco.ferraro@unimi.it

² Un'altra condizione, che non può essere approfondita in questa sede, è quella dell'unità degli scopi della legge ed è vincolata al modo d'intendere il legislatore stesso (come entità individuale fittizia o metaforica, gruppo d'individui caratterizzato da scopi e/o intenzioni collettive, o altro).

³ G. GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, in «Il Politico», 39 (1974), pp. 173-193, cit. a p. 177.

⁴ Cfr. D. OLIVER-LALANA, «Migliori e peggiori argomentazioni legislative – Come valutare la giustificazione parlamentare delle leggi», contributo in volume, in corso di pubblicazione.

⁵ Cfr. per es. M. ATIENZA, «Reasoning and legislation», in L. Wintgens (ed.), *The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence*, Routledge, London-New York 2005, 297-317; ID., *Contribución a una teoría de la legislación*, Teknos, Madrid 1997; G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y la nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2005; D. OLIVER-LALANA, «Rational Lawmaking

razionalità legislativa nella dogmatica e, in particolare, se ne analizzeranno due ricostruzioni, ossia quella di Carlos Santiago Nino e quella di Leszek Nowak. L'analisi, comunque, sarà orientata a reperire nell'assunzione dogmatica criteri utili per un modello di razionalità che possa servire alla motivazione legislativa. Come si vedrà, il legislatore razionale nella dogmatica non può essere assunto integralmente e senza modificazioni come modello di razionalità per il legislatore reale: i criteri di razionalità sarebbero sovra-inclusivi o sotto-inclusivi.

1. Il “buon legislatore” e il mito dogmatico della razionalità legislativa

In un saggio su *La motivazione delle leggi*⁶, Gavazzi – pensando evidentemente al positivismo giuridico come *teoria*, secondo la tripartizione di Bobbio⁷ – affermava che i giuspositivisti avevano concesso molto alla vecchia idea giusnaturalistica della necessaria *razionalità* del diritto, mitigando il loro volontarismo e abbracciando i dogmi della completezza e della coerenza dell'ordinamento. Completezza e coerenza – ideali razionalistici, sebbene di un razionalismo “modesto” e “formale” – potevano essere predicate o dell'ordinamento o dell'azione del legislatore. Per Gavazzi, nel primo caso si può parlare di dogma in senso stretto; nel secondo, si tratta di due proprietà che contribuiscono a tratteggiare quella figura che Bobbio ha chiamato del “buon legislatore”⁸.

La razionalità è senz'altro un attributo del buon legislatore, ma ovviamente i significati comunemente accettati di “razionalità” sono molteplici. Per quanto riguarda la completezza, la sua relazione con la razionalità legislativa può non apparire immediata. Quanto alla seconda caratteristica, Gavazzi non specifica ulteriormente che cosa si debba intendere per “coerenza”, ma con buona

and Legislative Reasoning in Parliamentary Debates», in L. Wintgens, D. Oliver-Lalana, *The Rationality and Justification of Legislation. Essays in Legisprudence*, Springer, Dordrecht 2013.

⁶ G. GAVAZZI, *La motivazione delle leggi*, cit., p. 176.

⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra*, Nuova edizione, Giappichelli, Torino 1979, pp. 279-285.

⁸ Cfr. N. BOBBIO, *Le bon législateur*, in *Le raisonnement juridique: actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale: Bruxelles, 30 aout-3 septembre 1971*, Emile Bruylant, Bruxelles 1971, pp. 243-248. Bobbio, peraltro, distingue tra “attributi essenziali” e “attributi non essenziali” del buon legislatore (i primi sono presupposti dogmaticamente, i secondi sono presunti fino a prova contraria). Quanto alla razionalità legislativa, Bobbio la concepisce strettamente come razionalità rispetto alla scelta migliore dei mezzi riguardo allo scopo prefisso per la legge (separandola, quindi, da altri attributi come coerenza e completezza). Cfr. anche G. CARCATERRA, *Ragionare per esclusione nel diritto. Riflessioni su un tema di Bobbio*, in A. Punzi (a cura di), *Metodo, linguaggio, scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio (1909-2004)*, Giuffrè, Milano 2007.

probabilità si riferisce, com'è usuale, all'assenza di antinomie: il legislatore razionale non emana leggi contraddittorie. La tesi o ipotesi del legislatore razionale permane nella dogmatica giuridica come eredità del metodo dei giuristi tedeschi del XIX secolo. Il passaggio dalla completezza e la coerenza come caratteristiche dell'ordinamento al mito del legislatore razionale può essere spiegato in questi termini: si sostiene che il diritto oggettivo non sia intrinsecamente completo e coerente, bensì che esso sia tale in quanto così lo ha voluto il legislatore. Tuttavia, a questi criteri minimi di razionalità modesta e formale individuati da Gavazzi se ne aggiungono, all'interno della tesi o ipotesi dogmatica in questione, anche altri, ben più esigenti e sostanziali: «[...] inoltre, il legislatore sarebbe giusto, preciso, imperituro, finalista, onnisciente, etc. fino al punto di somigliare a una divinità»⁹. Álvaro Núñez Vaquero osserva, correttamente, che tale tesi o ipotesi è tipica del giuspositivismo teorico in quanto strettamente vincolata con il volontarismo e che essa è indirettamente riferibile al giuspositivismo ideologico. Per accantonare quest'ultimo aspetto, anche conosciuto come legalismo etico, sarebbe sufficiente sottrarre alle qualità presupposte nel legislatore razionale quella della giustizia. Tutte le altre, invece, non sarebbero semplicemente riferibili alla figura generica del “buon legislatore”, ma rientrerebbero appieno in quella più specifica del legislatore razionale. Ebbene, secondo Núñez Vaquero l'ascrizione di caratteristiche di razionalità al legislatore può assumere una veste descrittiva o una prescrittiva. Come tesi descrittiva, essa è chiaramente falsa, sia perché il diritto oggettivo appare caratterizzato da lacune e antinomie, sia perché i legislatori reali non sono ovviamente immortali né onniscienti. Se assunta come vera, la tesi costituisce un mascheramento ideologico di operazioni che i giuristi compiono d'accordo con le loro preferenze etico-politiche. Invece, se presa come “finzione prescrittiva”, quella del legislatore razionale appare come una norma metodologica per la dogmatica: si deve immaginare che il legislatore sia razionale, in quanto ciò permetterebbe di trovare una risposta giuridicamente corretta in ogni caso con il solo ausilio degli enunciati normativi già disponibili (convertendo, pertanto, l'ordinamento in un sistema chiuso, capace di auto-integrarsi senza ricorrere a materiali normativi extra-giuridici)¹⁰.

Del resto, come osserva Carlos Nino, le teorie della dogmatica servono principalmente a questo: non a riassumere le norme del diritto positivo, bensì a permettere di inferire da esso regole e principi che non si considerano ancora presenti nel sistema giuridico (considerando il legislatore come suo principale produttore). Una teoria dogmatica è utile se, in questo senso, è feconda. Inoltre, questo autore considera tutte le teorie dogmatiche come dottrine normative travestite da tesi descrittive, spingendosi dunque al di là della distinzione tracciata da Núñez Vaquero tra forma descrittiva e

⁹ Á. NÚÑEZ VAQUERO, *Dogmática jurídica*, in «Eunomía», 6 (2014), pp. 245-260, cit. a p. 251.

¹⁰ Cfr. Á. NÚÑEZ VAQUERO, *Dogmática jurídica*, cit., p. 252.

prescrittiva (a proposito della tesi o ipotesi del legislatore razionale). Tutte le teorie dogmatiche, in certa misura, costituirebbero per Nino una finzione ideologica¹¹. Nel caso della tesi o ipotesi del legislatore razionale, anche Nino sottolinea che tale modello è estremamente distante dalla realtà del legislatore – o meglio, dei legislatori – in carne ed ossa. Esso, infatti, presuppone che il legislatore sia: 1) singolare; 2) imperituro; 3) unico (nel senso di emanare tutte le norme dell'ordinamento); 4) cosciente (nel senso di conoscere tutte le norme che emana); 5) finalista (ossia, si propone uno scopo per ogni norma che emana); 6) onnisciente; 7) onnipotente (nel senso che la sua volontà permane vigente a meno di non essere limitata o revocata da un altro atto della sua stessa volontà); 8) giusto; 9) coerente; 10) onnicomprensivo (nel senso di non lasciare alcun caso privo di regolazione); 11) economico (ossia non ridondante); 12) operativo (vale a dire che le norme che emana sono sempre applicabili); 13) preciso (fatte salve le limitazioni del linguaggio ordinario che utilizza)¹². È abbastanza ovvio, nota l'autore argentino, che ognuno di questi punti è contraddetto dalla realtà dei legislatori concreti. Il legislatore (contro i punti 1, 2 e 3) è plurale, sia nel senso di essere normalmente costituito da più individui riuniti in un organo collegiale, sia nel senso che tali individui cambiano (e muoiono) ed emanano norme diverse in momenti diversi. Spesso, poi, i legislatori (al plurale, appunto) conoscono poco o per nulla i dettagli delle leggi promulgate (punto 4). Per quanto riguarda il fine delle leggi (punto 5), Nino segue Alf Ross nel sostenere che esse spesso non sono emanate con alcun proposito¹³, «salvo interessi personali, partitici o politici»¹⁴. I legislatori non sono, ovviamente, onniscienti (non possono prevedere tutti i casi futuri di applicazione delle norme) e la loro volontà è limitata sincronicamente dagli altri legislatori e diacronicamente dai legislatori futuri, oltreché da fattori esterni che possono ridurre l'efficacia delle norme (punti 6 e 7). Essi possono essere considerati giusti o ingiusti a seconda dei criteri valutativi adottati dall'osservatore (punto 8); spesso si contraddicono (o sono contraddetti dai legislatori futuri), spesso lasciano situazioni giuridiche senza regolazione oppure sono ridondanti (punti 9, 10 e 11). A volte emanano norme inapplicabili (punto 12). Infine, l'uso del linguaggio naturale espone sempre all'indeterminatezza le espressioni della volontà legislativa (punto 13)¹⁵.

Come si vede, Nino non esita a elencare come componenti della teoria del legislatore razionale anche caratteristiche che possono considerarsi, in senso lato, tipiche del mito (più generale) del “buon legislatore”. Egli si spinge, dunque, ben oltre la completezza e la coerenza, che Gavazzi giudicava

¹¹ Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., pp. 77-78.

¹² Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., p. 86.

¹³ C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., p. 87.

¹⁴ Cfr. A. ROSS, *On Law and Justice*, Steven & Sons, London 1958, pp. 146-147.

¹⁵ Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., pp. 86-87.

criteri di razionalità modesti e formali. Ciò si deve, evidentemente, all'osservazione delle operazioni che i giuristi compiono, di fatto, con l'ausilio di tale tesi o ipotesi, ma anche a come Nino concepisce la tesi o ipotesi in questione: a suo parere, il "legislatore razionale" costituisce un *termine teorico*¹⁶, privo di riferimento semantico (fattuale), seguendo anche in questo Ross e la sua teoria riguardante termini come "diritto soggettivo" e "proprietà". È noto, infatti, che per il filosofo danese questi termini, pur essendo privi di riferimento a entità empiriche, costituivano utilissimi strumenti tecnici di presentazione, in grado di abbreviare il riferimento a una complessa realtà normativa e permettendo di costruire un "ponte" (ancorché fittizio o puramente linguistico) tra fatti condizionanti e conseguenze giuridiche¹⁷. Tuttavia, può sembrare bizzarro che il termine "legislatore razionale", che sinora si è detto designare una teoria, una tesi o un'ipotesi, sia ora ascritto da Nino alla famiglia dei termini teorici. In realtà, quello che l'autore argentino intende è spiegato più avanti: non sarebbe "legislatore razionale" un termine teorico, bensì lo stesso termine "legislatore" dev'essere considerato tale. Il legislatore a cui i giuristi fanno riferimento non sarebbe affatto un individuo in carne ed ossa, né un'assemblea d'individui concreti, ma invece sarebbe un'entità puramente linguistica, utilissima a svolgere alcune funzioni¹⁸. Tra queste, spiega Nino, troviamo quella di rispondere all'esigenza di conciliare l'adesione ("dogmatica", appunto) al diritto positivo vigente con il suo adeguamento agli standard valutativi vigenti (con cui l'autore intende, evidentemente, criteri extra-giuridici di moralità condivisa). Un'altra funzione, ancora più importante, è quella di attribuire ogni norma valida a una precisa volontà per cui è stata emanata. Secondo Nino,

[...] l'idea di supporre un'unica volontà permanente dietro un ordinamento giuridico è un'idea sommamente comoda. Tale volontà è vincolata per un verso ai propositi dei legislatori che promulgarono la legge, però li trascende e permette di adattare il diritto alle mutevoli circostanze fattuali e ai nuovi standard valutativi. [...] quella volontà, sebbene a volte si sbaglia, perlomeno non si contraddice, secondo la dogmatica; ciò va molto oltre quello che i fatti possano confermare¹⁹.

In particolare, riguardo alla seconda delle esigenze in equilibrio segnalate da Nino – quella di adattare il diritto non solo alle mutevoli circostanze, ma anche ai criteri valutativi esistenti – l'autore argentino cita e adotta la tesi del polacco Leszek Nowak, secondo cui il metodo della dogmatica giuridica si caratterizza per il tentativo costante di "ottimizzare" la legge, interpretando i testi

¹⁶ Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., pp. 57-58 e 88.

¹⁷ Cfr. A. ROSS, *Tû- Tû*, in «Harvard Law Review», 70, 5 (1957), pp. 812-825.

¹⁸ Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., pp. 99-101.

¹⁹ Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., p. 89.

normativi e ricostruendo le norme nella maniera che meglio si adegui ai dettami delle dottrine etico-politiche dominanti²⁰. Rispetto a Nowak, però, che riferisce l'attribuzione dogmatica di razionalità ai legislatori reali, Nino sottolinea invece che, evidentemente, il legislatore razionale dev'essere una finzione: la razionalità non è predicata di esseri umani in carne ed ossa – che potrebbero effettivamente legiferare in modo razionale, sebbene al dogmatico non interessi provare che ciò di fatto sia avvenuto – bensì di un'entità puramente linguistica, immaginaria²¹. Essa, come si è detto, presenta caratteri (come, per esempio, la permanenza indefinita nel tempo e l'onniscienza) che non possono realisticamente essere attribuiti a nessun individuo reale, né a un collegio o assemblea d'individui reali.

L'analisi di Nino dell'assunzione dogmatica della razionalità del legislatore ha il pregio di portare alla luce che, nella locuzione “legislatore razionale”, il termine “razionale” è riferito a una molteplicità di caratteristiche diverse che si spingono ben oltre la coerenza e la completezza che il legislatore vorrebbe conferire all'ordinamento giuridico. Inoltre, Nino apre la via, opportunamente, all'analisi del legislatore come finzione linguistica. Infine, lo studioso argentino sottolinea, altrettanto opportunamente, l'origine ideologica (in senso neutro) dell'assunzione dogmatica in questione. Il giurista adatta il diritto a esigenze etico-politiche, riferendosi a un ordinamento giuridico ottimo, per il quale ha bisogno di presupporre un autore altrettanto ottimo. Finge, così, di rinvenire nell'ordinamento vigente caratteristiche proprie di quello ideale, che non sarebbero palesi a prima vista²². In tal modo, la teoria del legislatore razionale permette di conservare il presupposto ideologico di tutta la dogmatica, consistente nell'accettazione acritica dell'ordine giuridico positivo: i giuristi fingono di non mettere in discussione l'ordinamento così come prodotto, in primo luogo, dal legislatore, occultando le operazioni innovative e produttive di nuove norme dietro la finzione di rinvenire ciò che, nel diritto positivo, c'era già. Tutte le teorie dogmatiche, per Nino, svolgono tale funzione²³.

Tuttavia, l'analisi di Nino mostra anche alcuni limiti e punti poco chiari. Per esempio, riguardo al problema in esame della razionalità legislativa – e tralasciando altri aspetti, come quelli riguardanti la natura fittizia del legislatore in generale e del legislatore razionale in particolare – non chiarisce fino in fondo se quella del legislatore razionale sia una tesi, o un'ipotesi, o una finzione, oppure se

²⁰ Cfr. L. NOWAK, *De la rationalité du législateur comme élément de l'interprétation juridique*, in «Logique et Analyse», 12, 45 (1969), pp. 65-86, partic. p. 82.

²¹ Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., p. 91.

²² Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., pp. 91-92.

²³ Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., pp. 77-78.

combini i caratteri di tutte e tre contemporaneamente, o se possa presentarsi in più di una forma distinta, oppure ancora se debba essere considerata qualcos'altro. Occorre sicuramente chiarire quali funzioni specifiche e particolari svolga il costrutto teorico in questione – oltre alla funzione generica e generale, propria di tutte le tesi dogmatiche, di modificare il diritto positivo fingendo di scoprirne le norme – per comprendere come dev'essere considerato. Inoltre, al di là dei pregi e difetti intrinseci della ricostruzione, occorre chiedersi se la caratterizzazione dogmatica del legislatore razionale, così come presentata da Nino, possa offrire un modello di razionalità rispetto al quale confrontare l'azione dei legislatori reali e se possa, quindi, fornire un criterio al quale la motivazione delle leggi dovrebbe conformarsi. In questo senso, il modello dogmatico di legislatore razionale proposto presenta requisiti che difficilmente possono essere semplicemente ricondotti al solo presupposto di razionalità (e che, quindi, rendono eccessivamente esigente il modello stesso). Infatti, comunque si voglia intendere la razionalità, essa difficilmente include l'essere singolare e imperituro. Questi due caratteri, probabilmente, sono attribuibili al legislatore in generale, più che al legislatore razionale in particolare. Il carattere dell'onniscienza, poi, sembra eccedere di molto anche i criteri di razionalità più stringenti. Infine, la presupposizione di giustizia dell'operato del legislatore, che sconfinava dal positivismo giuridico come teoria al positivismo giuridico come ideologia, sembra spingersi molto oltre la semplice attribuzione di razionalità, a meno di non abbracciare qualche forma di intellettualismo etico per cui l'ingiustizia e l'immoralità sono sempre il frutto dell'ignoranza e dell'irrazionalità.

2. *Il legislatore razionale: ipotesi o dogma?*

Nino stesso elenca alcune delle regole interpretative che si fondano sul mito del legislatore razionale, qualificato come teoria normativa che si presenta sotto falsa apparenza descrittiva. Senza pretesa di esaustività, egli presenta proposizioni riguardanti il diritto positivo fondate su quel mito, ognuna abbinata a una regola generale d'interpretazione con una serie di sottoregole inferibili da essa. Queste proposizioni ideali affermano che l'ordinamento giuridico non presenta contraddizioni; che è operativo; che non ha lacune; che è preciso; che è dinamico; che è finalista. Alcune delle regole e sottoregole possono entrare in conflitto tra loro²⁴. Nowak, invece, svolge un'analisi dello stesso mito della razionalità legislativa che ne individua funzioni più precise e limitate. Innanzitutto, lo studioso polacco parte dal requisito minimo di razionalità della coerenza: «per tutte le norme N , N' : se N è valida in un momento t e successivamente, in t' , entra in vigore una norma N' logicamente

²⁴ Cfr. C.S. NINO, *Consideraciones*, cit., pp. 92-99.

incompatibile con N , allora N non è valida a partire da t' »²⁵. Per Nowak, tale criterio è basato sull'assunzione che una norma, che ordina a una certa classe di soggetti di creare un certo stato di cose in certe condizioni, è valida se e solo se il legislatore *vuole* che i destinatari effettivamente creino tale stato di cose nelle condizioni presenti. Dunque, si assume che il legislatore non produca norme contraddittorie; questa, però, non è una tesi fondata sui fatti, ma corrisponde a un modello ideale di legislatore ed è una condizione della razionalità legislativa. Quest'assunzione non richiede, del resto, alcun supporto da parte di un'eventuale indagine psicologica sui membri dell'assemblea legislativa. Si accetta, semplicemente, che essa sia utilizzata dai giuristi per fondare conclusioni sul contenuto dell'ordinamento. Ebbene, per Nowak la razionalità legislativa non è affatto un'ipotesi, soggetta a verifica e falsificabile, ma è un dogma della scienza giuridica, che non a caso è detta “dogmatica”. Ciò risulta ancora più chiaro se si confronta la scienza giuridica con un'altra scienza umana, ossia quella economica. In economia, si costruiscono teorie a partire dall'assunzione che gli agenti economici siano razionali; tali teorie permettono di spiegarne il comportamento e di fare previsioni. Qualora, però, le previsioni siano smentite, si considera che gli agenti non stiano verificando l'ipotesi di comportamento razionale; dunque, la teoria costruita su di essa si considera non più applicabile a quel dato insieme di fenomeni. Il giurista, invece – per il suo ruolo sociale – non può ammettere che un problema giuridico, a causa dell'irrazionalità del legislatore, sia insolubile. Pertanto, quella del legislatore razionale non è un'ipotesi in senso stretto, ma un principio “quasi-ipotetico”, non passibile di falsificazione e di natura non psicologica (o altrimenti empirica), bensì metodologica²⁶. Sul punto, dunque, anche lo studioso polacco nota l'origine ideologica del mito del legislatore razionale.

Riguardo alla caratterizzazione specifica di tale razionalità legislativa, ossia a quali criteri essa possa essere ricondotta, Nowak ricostruisce come, di fatto, i giuristi sembrano concepire il dogma o quasi-ipotesi in questione. A suo parere, la razionalità della legislazione può essere ricondotta principalmente alla capacità delle norme di conseguire certi stati di fatto, influenzando sul comportamento di coloro a cui si indirizzano. La formulazione standard di una norma giuridica che Nowak prende in considerazione è la seguente: “le persone caratterizzate dalla proprietà A debbono creare lo stato di cose p nelle condizioni q ”, abbreviabile così: $!(p/A, q)$. Le norme tautologiche sono quelle sempre soddisfatte, a prescindere dal comportamento dei destinatari, allorquando p sia espresso con una tautologia (per esempio, come nel comando “fuma o non fumare!”). Le norme contro-tautologiche, invece, non sono mai soddisfatte, a prescindere dal comportamento dei destinatari (per

²⁵ L. NOWAK, *A Concept of Rational Legislator*, in *Polish Contributions to the Theory and Philosophy of Law*, a cura di Z. Ziemiński, Rodopi, Amsterdam 1987, pp. 137-145, cit. a p. 137.

²⁶ Cfr. L. NOWAK, *A Concept of Rational Legislator*, cit., p. 138; ID., *De la rationalité du législateur*, cit., pp. 82-83.

esempio, come nel comando “fuma e non fumare!”). Invece, tutte le norme logicamente indeterminate, che non appartengono a nessuna delle due specie appena menzionate, dipendono dal comportamento dei destinatari per la realizzazione dello stato di cose prescritto. Una volta assunto un certo sistema di conoscenza empirica K , si può immaginare una serie di situazioni in cui si confrontano due stati di cose: quello in cui, assunto K , “!($p/A, q$)” è stata emanata e quello in cui, assunto K , “!($p/A, q$)” non è stata emanata. Laddove la probabilità di realizzazione di p da parte delle persone A è massima (pari a 1) sia nel primo caso, sia nel secondo, allora la norma è interamente *ridondante*²⁷. Invece, laddove la probabilità di realizzazione di p da parte delle persone A è minima (pari a 0) sia nel primo caso, sia nel secondo, allora la norma è interamente *inefficace*. (Nowak usa l’aggettivo “*inefficient*”, “inefficiente”, ma secondo gli usi attualmente più diffusi egli si sta riferendo alla mancanza di efficacia)²⁸. Tra ridondanza completa e inefficacia completa si danno diversi casi intermedi. Per esempio, se la probabilità di realizzare p da parte di A è massima nel secondo caso (norma non emanata) e minima nel primo caso (norma emanata), allora chiaramente la norma è anti-efficace al massimo grado. Al contrario, se la probabilità di realizzazione è massima qualora la norma sia stata emanata e minima qualora non lo sia, allora la norma è efficace al massimo grado. Ovviamente, si possono concepire infiniti altri casi intermedi. Ora, la nozione di legislazione razionale esprime, secondo lo studioso polacco, due intuizioni riguardo all’efficacia delle norme: 1) l’idea che l’emanazione di una norma aumenti la probabilità che le persone cui s’indirizza creino lo stato di cose comandato (soddisfazione della norma); 2) l’idea che la probabilità di soddisfazione della norma non possa comunque mai essere troppo bassa. Dunque, la norma “!($p/A, q$)” è empiricamente adeguata se e solo se la probabilità (assumendo la conoscenza K) che le persone A realizzino p non è più bassa di una costante c ed è più alta che nella situazione in cui la norma non sia stata emanata. Invece, “!($p/A, q$)” è empiricamente inadeguata (*failed*) se e solo se la probabilità (assumendo K) che le persone A realizzino p è uguale o inferiore a una costante c' ed è più bassa che nella situazione in cui la norma non sia stata emanata. Le costanti c e c' dipendono da valutazioni dello stesso legislatore: in alcuni casi e per alcuni scopi, vale la pena emanare una norma solo se la

²⁷ Sebbene si sia preferito tradurre “*redundant*” con “ridondante”, è chiaro che qui Nowak non fa riferimento alla ridondanza linguistica, nel senso di ripetizione superflua relativamente alle esigenze comunicative del parlante nel contesto dato (cfr. S. Zorzetto, *Repetita iuvant? Sulle ridondanze nel diritto*, Giuffrè, Milano 2016, p. 1). Ciò che Nowak intende qui è una norma superflua, non ripetitiva rispetto ad altre norme già emanate (la norma può essere superflua anche qualora non ve ne siano altre che già regolino la stessa condotta).

²⁸ Infatti, “efficienza” e i suoi derivati sono usati negli studi di diritto ed economia per riferirsi a tre distinte nozioni: efficienza produttiva, efficienza paretiana ed efficienza di Kaldor-Hicks, tutte e tre diverse dall’adeguatezza delle norme nel raggiungere gli scopi che si propone chi le emana. Cfr. G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», a. XLVI, 1 (2016), pp. 207-223 e partic. pp. 217-222.

probabilità di realizzazione supera una soglia alta; altre volte, gli scopi sono reputati di valore così alto che, dal punto di vista del legislatore, anche un piccolo incremento nella probabilità di realizzazione è sufficiente per giustificare l'emanazione di una norma. Infine, possono dirsi "empiricamente ridondanti" le norme per cui, assumendo K , le probabilità di realizzazione di p da parte di A sono uguali sia se la norma è emanata, sia se non lo è.

D'accordo con queste stipulazioni, le condizioni per cui si può dire che il legislatore è razionale sono tre: 1) il legislatore non emana norme tautologiche o contro-tautologiche; 2) il legislatore non emana norme empiricamente inadeguate o ridondanti sulla base della conoscenza disponibile; 3) il legislatore emana norme logicamente indeterminate ed empiricamente adeguate, che comandano gli stati di cose che preferisce²⁹.

Nowak afferma che, assunta la razionalità del legislatore così come sopra caratterizzata, i giuristi la applicano tacitamente come preconditione per ragionare circa la validità delle norme in un ordinamento razionale. Se "la norma $!(p/A, q)$ è valida nel sistema giuridico $S(L)$ " vuol dire che il legislatore L comanda ai destinatari caratterizzati da A di creare lo stato di cose p nella situazione q , allora si danno cinque condizioni di base di razionalità dell'ordinamento. 1) Se L è un legislatore razionale e ha emesso la norma $!(p/A, q)$ prima del momento t e non la ha derogata fino a t , allora la norma $!(p/A, q)$ è valida nel sistema $S(L)$ in t . 2) Se L è un legislatore razionale e la norma N era valida in $S(L)$ in t e L ha emesso un'altra norma N' , incompatibile con N , in un momento successivo t' , allora N non è valida in $S(L)$ in t' . 3) Se L è un legislatore razionale e la norma N , che stabilisce la sanzione per la norma N' , è valida in $S(L)$ in t , allora anche la norma N' è valida in $S(L)$ in t . 4) Se L è un legislatore razionale e la norma N è valida in $S(L)$, allora anche ogni norma N' che sia una conseguenza logica di N è valida in $S(L)$. 5) Se L è un legislatore razionale e la norma N è valida in $S(L)$ in t , allora anche ogni norma N' che sia una conseguenza strumentale di N è valida in $S(L)$ ³⁰.

Come si è detto, dunque, il modello proposto dallo studioso polacco scioglie i dubbi sulla natura del "mito" del legislatore razionale, concependolo chiaramente come dogma o quasi-ipotesi dottrinale³¹. Inoltre, rispetto al modello proposto da Nino, la razionalità legislativa non sembra richiedere l'onniscienza del legislatore; si assume solo un determinato sistema di conoscenze, quello contemporaneo all'emanazione della legge. Infine, il modello proposto da Nowak è meno esigente di

²⁹ Cfr. L. NOWAK, *A Concept of Rational Legislator*, cit., pp. 138-141.

³⁰ Cfr. L. NOWAK, *A Concept of Rational Legislator*, cit., p. 141.

³¹ Già Bobbio, del resto, aveva identificato alcuni attributi del "buon legislatore", tra i quali quello della razionalità strumentale e quello della coerenza, come attributi essenziali riconosciuti sulla base di una presunzione assoluta, non passibile di essere falsificata da prove contrarie. Cfr. *supra*, nota 8.

quello di Nino anche perché non presuppone la giustizia del legislatore, ossia la conformità delle norme da egli prodotte ai criteri morali diffusi nella società e/o abbracciati dalla comunità dei giuristi o dal singolo giurista interprete. Semplicemente, la razionalità legislativa è strettamente strumentale all'efficacia delle norme emanate nel conseguire gli stati di cose desiderati.

È il caso di notare che, in Nowak, l'efficacia – o meglio, la nozione di efficacia implicata dalla razionalità legislativa – è concepita in termini particolarmente stringenti. Generalmente, nella dottrina si utilizza “efficacia” (di una norma) per riferirsi a due stati di cose diversi. In primo luogo, s'intende con “efficacia” la capacità della norma di produrre effetti giuridici, come la qualificazione di una fattispecie, l'acquisto o la perdita di un diritto, l'irrogazione di una sanzione, etc.³² In secondo luogo, con “efficacia” s'intende che una norma realizza gli scopi per cui è posta o utilizzata, ossia che sono prodotti gli effetti intesi da chi la pone o la utilizza³³ (accezione “sociologica” di efficacia)³⁴.

In base alla teoria della razionalità legislativa sopra esposta, sembra che Nowak si concentri soprattutto sull'efficacia in senso sociologico, sebbene probabilmente consideri l'efficacia nel senso di produttività di effetti giuridici come una precondizione dell'efficacia sociologica, oltreché ovviamente come implicata dalla non-ridondanza. Lo studioso polacco, poi, riconduce l'efficacia della norma alla sua soddisfazione e, più specificamente, a un certo grado minimo di soddisfazione, relativo alla valutazione di chi emana la norma. Dal momento che la soddisfazione richiede che la norma aumenti le probabilità di conseguimento dello stato di cose prefisso (ossia, che le possibilità che i destinatari realizzino lo stato di cose aumentino rispetto a prima che la norma fosse emanata), Nowak esclude la possibilità che una norma possa essere efficace benché i suoi destinatari non si conformino a essa. Tale possibilità si verifica quando la norma è talmente mal congegnata che i risultati auspicati sono ottenuti meglio con la sua inosservanza. In questo caso, nei termini di Nowak la norma si direbbe contro-efficace. Sorge un problema non meramente terminologico: Nowak parla genericamente di “realizzazione di stati di cose” da parte dei destinatari delle norme per valutare se una norma è efficace o meno. Egli non distingue tra la capacità di una norma di modellare effettivamente la condotta dei destinatari e la capacità della stessa norma di raggiungere certi scopi che il suo autore (in questo caso, il legislatore) si è prefisso. Mentre quest'ultima può propriamente essere detta “efficacia”, per la prima sarebbe meglio parlare di “effettività”. Per “effettività” di una norma si deve intendere il fatto che essa sia osservata dalla generalità dei consociati (effettività

³² Cfr. R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 257-258. Per Guastini, un secondo senso di “efficacia” è quello di applicabilità.

³³ Cfr. G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, cit., pp. 213-214.

³⁴ Cfr. per es. V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 92.

primaria) o applicata dagli organi deputati (effettività secondaria)³⁵. Anche per l'effettività come osservanza – nella quale si può includere pure l'effettività secondaria, che si riferisce all'osservanza da parte degli organi d'applicazione – l'autore polacco non considera la possibilità che i destinatari modellino la loro condotta in modo conforme a quanto prescritto dalla norma, però senza che ciò sia dovuto alla norma stessa, poiché (per esempio) essa è sconosciuta. Probabilmente, questo tipo di effettività "accidentale" sarebbe esclusa dal modello di legislatore razionale poiché renderebbe inutile la norma stessa (che, come si è detto, se è stata emanata in modo razionale ed è quindi empiricamente adeguata aumenta necessariamente le probabilità che si realizzi lo stato di cose prescritto).

Anche per l'effettività come osservanza – nella quale si può includere pure l'effettività secondaria, che si riferisce all'osservanza da parte degli organi d'applicazione – l'autore polacco non considera la possibilità che i destinatari modellino la loro condotta in modo conforme a quanto prescritto dalla norma, però senza che ciò sia dovuto alla norma stessa, poiché (per esempio) essa è sconosciuta. Probabilmente, questo tipo di effettività "accidentale" sarebbe esclusa dal modello di legislatore razionale poiché renderebbe inutile la norma stessa (che, come si è detto, se è stata emanata in modo razionale ed è quindi empiricamente adeguata aumenta necessariamente le probabilità che si realizzi lo stato di cose prescritto).

Come si vede, il modello di razionalità legislativa proposto da Nowak, pur presentando il vantaggio di escludere parametri come la giustizia o l'onniscienza del legislatore dai requisiti della sua razionalità, si espone alle critiche come modello eccessivamente minimalista. Parlare genericamente di "realizzazione di stati di cose" come scopo delle norme conduce a confondere effettività ed efficacia, ossia a confondere la conformità della condotta dei consociati a quanto prescritto dalla norma e l'utilità della stessa condotta prescritta a raggiungere fini ulteriori, in vista dei quali la norma è stata emanata. Ebbene, è difficile considerare come legislazione razionale la produzione di norme che sono effettive (nel senso di essere generalmente osservate dai destinatari) ma inefficaci (nel senso di essere inadeguate a raggiungere gli scopi per cui sono state prodotte). Pur ricordando che, come nel caso di Nino, Nowak sta offrendo una descrizione degli elementi di un dogma dottrinale e che, quindi, egli non sta necessariamente esponendo la propria idea di come dovrebbe comportarsi un legislatore razionale, è comunque assai dubbio che i giuristi presuppongano un'idea così minimale di razionalità legislativa. Se dalla descrizione della quasi-ipotesi dogmatica si

³⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 334 e 449-452; G. TUZET, *Efficacia, effettività, efficienza*, cit., pp. 208-210.

passa al tentativo di offrire un modello di razionalità con cui confrontare la produzione di leggi, il complesso di criteri offerto dallo studioso polacco appare a maggior ragione carente.

Inoltre, questo modello appare troppo minimale anche sotto un altro profilo: Nowak non considera la possibilità che le leggi possano raggiungere gli scopi prefissi, ma a costi troppo alti o con rischi ed effetti collaterali tali da superare i benefici attesi. È difficile considerare razionale una legislazione che non tenga in conto gli effetti globali delle norme al di fuori degli scopi desiderati e che non presupponga un bilanciamento, per quanto tentativo, tra i benefici attesi e i costi prevedibili. Una norma, come mezzo per raggiungere uno o più scopi, può avere un impatto negativo sul raggiungimento di altri scopi. A ben vedere, anche qui il difetto del modello consiste nel non distinguere adeguatamente tra mezzi e scopi: una cosa è la capacità d'influenzare la condotta dei destinatari (il mezzo), altra cosa è la capacità di realizzare, attraverso tale influenza, certi stati di cose desiderati (lo scopo). Quand'anche il modello di Nowak rispecchiasse fedelmente, in questo caso, la quasi-ipotesi dogmatica, esso sarebbe sicuramente inadeguato a offrire un criterio di razionalità quale quello richiesto dalla motivazione legislativa.

Infine, si è detto che l'onniscienza attribuita da Nino al mito del legislatore razionale è un criterio di razionalità eccessivo; tuttavia, in qualche modo occorre specificare quale sia il livello, la completezza e la profondità delle conoscenze che sono richieste per parlare di legislazione razionale. Per quanto si possa ammettere che al legislatore razionale non si debba chiedere l'onniscienza, si deve anche concedere che non si può considerare razionale un legislatore che produca norme senza un livello adeguato di conoscenza di dati empirici rilevanti. Inoltre: qual è il complesso di conoscenze da considerare come criterio di razionalità? Si tratta delle conoscenze accessibili al legislatore in un dato momento – ossia, nella fase di preparazione della legge – oppure di quelle accessibili a un osservatore esterno, come la comunità dei giuristi, in un momento successivo alla promulgazione? Nowak, come si è visto, considera elemento essenziale l'assunzione di un certo sistema di conoscenza empirica *K*, però non specifica ulteriormente i caratteri di tale sistema.

3. Conclusioni

I modelli proposti da Nino e da Nowak del mito dogmatico del legislatore razionale possono essere valutati sia riguardo alla loro fedeltà ricostruttiva, sia riguardo alla loro utilità nell'offrire un paradigma normativo per giudicare della razionalità dei legislatori reali. Il primo problema è al di

fuori dello scopo di questa relazione³⁶. Il secondo problema, come si diceva, è di fondamentale rilevanza per la richiesta di motivazione legislativa. Ebbene, riguardo a quest'ultima questione la razionalità presupposta dal mito del legislatore razionale nella dogmatica sembra inadeguata a fornire il paradigma normativo richiesto. Se si adotta la ricostruzione offerta da Carlos Nino, come si è detto, entrano in gioco criteri che difficilmente possono essere considerati di pura razionalità. Alcuni (come la singolarità e l'immortalità) possono essere ammessi se si adotta una certa visione del legislatore come entità fittizia, magari necessaria al linguaggio giuridico. Altri criteri, invece, come quello della giustizia, non hanno a che fare con la razionalità, bensì con le posizioni morali dell'interprete o, al massimo, con i valori condivisi all'interno della comunità giuridica. Si pensi, poi, al criterio della non-ridondanza linguistica (economicità). Secondo alcuni, la ridondanza normativa è un difetto dei sistemi giuridici, al pari delle lacune e delle antinomie³⁷. Tuttavia, le ridondanze nel diritto possono spesso risultare utili, alla luce delle molteplici funzioni del linguaggio giuridico³⁸. Dunque, non è affatto detto che il legislatore ridondante sia, per ciò stesso, irrazionale. Quanto a un criterio come l'onniscienza, esso appare, ovviamente e semplicemente, del tutto irrealistico e inapplicabile alla possibile motivazione della legge. A causa di un eccesso di requisiti, o di requisiti troppo stringenti, il modello offerto da Nino risulta quindi sotto-inclusivo rispetto ai casi che potrebbero essere considerati di legislazione razionale.

Quanto alla ricostruzione offerta da Nowak, si sono sottolineati alcuni punti che la rendono più inclusiva rispetto a quella di Nino, ma si è anche visto che essa risulta sovra-inclusiva, in quanto troppo poco esigente. La razionalità dell'azione legislativa non può ridursi all'ottenimento di certi obiettivi, senza tenere in nessun conto i costi (in senso lato) necessari per raggiungerli. Ancora più problematica è la mancata distinzione tra effettività delle norme (ossia, la loro osservanza) ed efficacia (rispetto al conseguimento di certi fini). Tra i punti dubbi, poi, si è segnalato quello delle caratteristiche del sistema di conoscenza empirica *K*, riguardo al quale si valuta la razionalità del legislatore. Nowak non chiarisce, tra le altre cose, se *K* si riferisce alle conoscenze accessibili al legislatore (al momento di legiferare) o a quelle disponibili a osservatori esterni, eventualmente in un

³⁶ A tale riguardo, probabilmente, non si può avere una risposta univoca, dovendosi fare riferimento alle diverse culture giuridiche e alle espressioni del dogma nelle argomentazioni dei giuristi.

³⁷ C. ALCHOURRÓN, E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, 5a reimpression, Buenos Aires, Astrea 2006, pp. 124-127. Cfr. anche S. ZORZETTO, *Repetita iuvant?*, cit., p. 25. Già Bobbio, comunque, identificava la regola della non-ridondanza come uno degli attributi del buon legislatore, a metà strada tra gli attributi essenziali e quelli passibili di smentita empirica ("ma più vicina ai primi che ai secondi"): cfr. N. BOBBIO, *Le bon législateur*, cit., p. 244.

³⁸ Cfr. S. ZORZETTO, *Repetita iuvant?*, cit., partic. pp. 133-140.

momento successivo. Questa distinzione è almeno presente in Jerzy Wróblewski, che ha distinto tra razionalità *interna* ed *esterna* riguardo alla decisione giudiziale³⁹: trasferita alla decisione legislativa, la razionalità interna è relativa alla conoscenza e ai valori del soggetto agente, mentre quella esterna è relativa alla conoscenza e ai valori di un osservatore esterno⁴⁰. Wróblewski, comunque, costruisce un modello di legislazione razionale che si distacca dalla quasi-ipotesi dogmatica del legislatore razionale ed è inteso a offrire criteri normativi di razionalità (esterna) ai legislatori reali⁴¹. Per quanto riguarda, invece, l'estensione e l'approfondimento delle conoscenze disponibili per il legislatore (il sistema *K*), Nowak non stabilisce un livello minimo. Probabilmente, da questo punto di vista si potrebbe integrare l'analisi con l'applicazione del concetto di “razionalità limitata” (*bounded rationality*) all'opera del legislatore, così come teorizzato da Luc Wintgens: il quale ammette la necessità di presupporre che il legislatore sia un agente razionale, ma realisticamente propone di considerarlo dotato di razionalità limitata a causa di vincoli temporali (che rendono impossibile raccogliere tutte le informazioni necessarie), di risorse ristrette, dell'interferenza di emozioni e di altri fattori⁴².

³⁹ J. WRÓBLEWSKI, *Legal Decision and Its Justification*, in «Logique et Analyse», 53-54, 1971, pp. 409-419.

⁴⁰ J. WRÓBLEWSKI, *A Model of Rational Law-making*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 65, 2, 1979, 187-201, partic. p. 188.

⁴¹ J. WRÓBLEWSKI, *A Model of Rational Law-making*, cit., p. 196.

⁴² Cfr. L. WINTGENS, «The Rational Legislator Revisited. Bounded Rationality and Legisprudence», in L.J. Wintgens, A.D. Oliver-Lalana (eds.), *The Rationality and Justification of Legislation*, cit., pp. 1-31.