

Alexy, sorazmernost in zatrjevanje pravilnosti

Kritični uvod

1 UVOD

Namen tega uvodnega zapisa je dokaj preprost. Najprej bom skušal poustvariti bistvene dele Alexyjevega pojmovanja načela sorazmernosti. Nato bom podal nekaj pojasnil o več posledicah oziroma podmenah tega pojmovanja, ki so posebej pomembne vsaj za moj sklepni del, v katerem bom poskušal opozoriti na eno izmed slabosti Alexyjevega pojmovanja. To bo tudi najpomembnejši del mojega prispevka. Čeprav imamo pred seboj eno najbolj izčiščenih pojmovanj načela sorazmernosti (in temeljnih pravic), ki so danes na voljo, menim, da bi moral njegov avtor ponuditi precej močnejše argumente, da bi nas prepričal.

Naj zaradi bralca, ki z Alexyjevo metodo morda ni seznanjen, takoj opozorim na eno njenih vodilnih idej: filozofija prava se ne more omejiti na vrednotno nezaznamovano opisovanje, ampak mora voditi k normativnemu izgrajevanju in utemeljevanju, ki se uresničujeta v oblikovanju (idealnih) konstitutivnih pravil, lastnih praktični racionalnosti in/ali racionalnemu diskurzu *tout court*.¹

2 KRATKA pREDSTAVITEV

Po Alexyju so temeljne pravice trimestni predikati, ki vzpostavljajo določeno razmerje med njihovimi upravičenci, naslovljenci in okoliščinami.² Poleg tega naj bi bile temeljne pravice *nujno* odvisne od sorazmernosti. Ta odvisnost naj bi obstajala v vseh mogočih svetovih, tj. ne glede na pozitivno pravo, saj naj bi izhajala že iz same *narave* temeljnih pravic. Teh naj ne bi smeli pojmovati kot »dokončne ukaze« (nem. *definitive Gebote*) oziroma »pravila« (nem. *Regeln*), ampak kot »zahteve ali ukaze po optimizaciji« (nem. *Optimierungsgebote*) - oziroma »načela« (nem. *Prinzipien*), ki pravnim oblastem, predvsem pa ustavnim sodnikom, predpisujejo *maksimiranje* končnih ciljev pravnega reda ob upoštevanju pravnih in dejanskih možnosti.³

1 Alexy (2008).

2 Alexy (2012a: 229 in naslednje).

3 Alexy (2012a: III pogl.).

Pravilom je mogoče zadostiti le v smislu »vse ali nič«, uporabi pa se jih s podrejanjem dejanskih okoliščin, tj. s subsumpcijo. Nasprotno je načelom mogoče zadostiti v večji ali manjši meri, uporabi pa se jih s *tehtanjem* (nem. *Abwägung*). Tehtanje pomeni vrednostno utemeljevanje po načelu oziroma *presoji sorazmernosti* (nem. *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).⁴

Presoja sorazmernosti tvorijo trije koraki, njen vsakokratni splošni namen pa je poiskati *Pareto optimum*.⁵ V prvem koraku se - s presojo *tehnične* racionalnosti, kot je tista, ki *sredstva* povezuje s *cilji* - odloči o *primernosti* nekega dejanja oziroma ukrepa (nem. *Geeignetheit*) glede na načela pravnega reda.⁶ V drugem koraku se z iskanjem t. i. *nujnosti* dejanja (nem. *Erforderlichkeit*) »preizkusi«, ali obstajajo tudi drugi ukrepi, s katerimi bi bilo mogoče določeno načelo P_1 optimizirati enako učinkovito, a na tak način, ki bi bil manj invaziven glede drugega načela P_2 , za katerega se domneva, da je s P_1 v nasprotju.⁷ V tretjem in zadnjem koraku - ta zadeva *sorazmernost* oziroma *tehtanje v ožjem pomenu* (nem. *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne*) -, se opravi najbolj občutljiva operacija celotnega postopka: tu telo odločanja določi relativno vrednost obravnavanih načel. Naj to zaradi zapletenosti podrobneje obrazložim.

Nasprotja med načeli se razrešujejo z določitvijo *pogojne prednosti* (nem. *bedingte Vorrangrelation*), ki ustreza naslednji *propoziciji*: »Načelo P_1 prevlada nad načelom P_2 v pogojih C « ($P_1 \text{ } P \text{ } P_2 \text{ v } C$). Takšna hierarhija se določi v skladu z »zakonom tehtanja«, po katerem je stopnja sprejemljive nezadovoljitve načela P_2 odvisna od pomembnosti zadovoljitve načela P_1 . Mimogrede: po Alexyju zakon tehtanja ni zgolj poljubni del določene *ustavnosodne prakse*, ampak je t. i. *neizrečeni gradnik* (torej predpostavka) katerekoli *ustavnosodne prakse*. Obstaja sicer več načinov uporabe takšnega zakona, vendar naj bi bil najboljši ta, ki ga ponazarja slavni utežni obrazec (nem. *Gewichtsformel*), ki ga je izumil prav Alexy. Gre za matematično enačbo z naslednjo zgradbo:

$$= \frac{I_i \bullet W_i}{I_j \bullet W_j} \bullet R$$

W_i in W_j označujeta *abstraktno težo* obravnavanih načel, I_i in I_j označujeta *stopnjo (ne)zadovoljitve* nasprotujočih si načel v konkretnem primeru, R_i in R_j pa *stopnjo gotovosti izkustvenih ocen*. Vsem tem spremenljivkam se pripišejo številske vrednosti, ki sledijo *triadični lestvici* (z vrednostmi: 2^0 , 2^1 , 2^2 za W ter I ; 2^0 , 2^{-1} , 2^{-2} za R) oziroma *dvojni triadični lestvici* (z vrednostmi od 2^0 do 2^8 in

4 Alexy (2012a: 152 in naslednje).

5 Alexy (2012a: spremna beseda).

6 Alexy (2012a: 621 in naslednje).

7 Invazivnosti ni mogoče nikoli opredeliti v absolutnem smislu, temveč vedno kot relativno v razmerju do sklopa empiričnih vedenj in vrednostnih domnev.

od 2^0 do 2^{-8}). V številskih vrednostih se nedvoumno izrazi, ali je kršitev načela blaga, srednje močna ali močna; ali so izkustvene ocene gotove, verjetne ali popolnoma napačne in tako dalje.⁸

Posebej moramo biti pozorni, da si ne razlagamo narobe *logičnega statusa* enačbe: spremenljivke v enačbi *nadomeščajo propozicije* (z drugimi besedami: spremenljivke so propozicijske, ne predikatne). Zato jih je treba utemeljiti z racionalnim utemeljevanjem - kar je breme, ki se mu sodnik nikoli ne more izogniti. Dodatne elemente racionalnosti je po Alexyjevem mnenju mogoče zaznati tudi v *deontološki naravi predmetov* enačbe (gre za načela, in ne za vrednote ali interese) in v dejstvu, da mora sodnik napraviti aritmetični izračun (Alexy meni, da bi bil le norec pripravljen trditi, da aritmetika ni racionalna, sam pa menim, da je to odvisno od konteksta in torej od okoliščin uporabe: če bi kdo z aritmetiko skušal razrešiti etični problem, bi se to meni zdelo nerazumno).

Kot je razvidno iz njegove razprave, objavljene v tokratni številki *Revusa*, Alexy skuša potrditi tezo o tem, da so ustavna načela nujno povezana s sorazmernostjo (kot jo pojmuje on), pri tem pa se zateče k dvema ločenima argumentoma: prvi je tisti o *dvojni naravi pravic* (A), drugi pa je argument o *zatrjevanju pravilnosti* (B).⁹ Na kratko ju predstavimo:

(A) *Dvojna narava pravic*. Temeljne pravice brez dvoma spadajo v *pozitivno pravo*, vendar s tem podatkom še ne razložimo njihove zapletene narave. Poleg *realne* razsežnosti, ki je posledica njihove pozitivizacije, imajo temeljne pravice tudi *idealno* razsežnost - kar bi med drugim potrdili tudi objektivni nameni ustavodajalca.¹⁰

Na splošno Alexy poudarja, da je pravo sestavljeno iz treh elementov: (i) oblastne razglasitve (nem. *autoritative Gesetztheit*), (ii) družbene učinkovitosti (nem. *soziale Wirksamkeit*) in (iii) vsebinske pravilnosti (nem. *materiale Richtigkeit*). Drugače od pravnega pozitivizma, ki priznava le prva dva elementa, pripoznavajo nepozitivistični nauki - in tak je tudi njegov - še pomembnost tretjega elementa.

Temeljne pravice so moralni, univerzalni in abstraktni predpisi, ki imajo prednost pred drugimi normami sistema. Dejstvo, da imajo *tudi* oblastno razsežnost, pa ni ovira za njihovo »dvojno državljanstvo« in torej tudi ne za njihovo pripadnost objektivni transcendentni etiki.

Povečini je odvisnost *ustavnih določb, načel in sorazmernosti* vprašanje *dejstev* (njihova povezanost se kaže na ravni neposrednega empiričnega opazovanja). Vendar naj bi takšna odvisnost obstajala tudi tam, kjer je ni mogoče empirično zaznati, saj gre pač za *nujno* in *apriorno* vez. Če prav razumem, pa

8 Lestvice številskih vrednosti, uporabljene pri utežnem obrazcu, so diskretne in ne zvezne.

9 Alexy (2014: 61)

10 Alexy (2014: 61).

ima v teh primerih ta vez zgolj »potencialno« naravo. Kot namreč poudarja sam Alexy, naj bi bilo povsem mogoče, da del ustavnih določb ne izraža načel, ampak absolutno zavezujoča pravila; če pa so ta dvoumna, nedoločna ali »odprta za vrednotenje«, se lahko zgodi, da pridejo v poštev tudi načela.

(B) *Zatrjevanje pravilnosti* (nem. *Anspruch auf Richtigkeit*). Na eni strani naj bi bil preizkus ustavnosti nujno povezan z zatrjevanjem pravilnosti prava, utemeljenim na tezi, da vsak pravni predpis že sam po sebi zatrjuje svojo *moralno* pravilnost. Na drugi strani pa zatrjevanje pravilnosti zahteva kar najbolj racionalno odločitev.

Zato moramo ob predpostavki, da najbolj racionalno obliko uporabe načel najdemo v presoji sorazmernosti, opravljeni po utežnem obrazcu, ugotoviti, da so temeljne pravice odvisne od sorazmernosti.¹¹ V nadaljevanju bom skušal ta argument ovreči.

3 NEKAJ POJASNIL

Preden se posvetim kritiki, želim podati nekaj pojasnil glede posameznih delov Alexyjeve teorije, ki se mi zdijo posebej pomembni za njeno bolj poglobljeno razumevanje, a so pogosto ali zanemarjeni ali pa napačno razumljeni. Nadaljujem s strnjenim prikazom.

3.1 Predpostavljani pojem propozicije

Spremenljivke, ki sestavljajo utežni obrazec, po Alexyju nadomeščajo propozicije. Pri tem se je mogoče vprašati, kaj so zanj »propozicije«. Zdi se mi, da jih razume kot abstraktne entitete, porajajoče se v obliki izjav, ki jih je mogoče ovrednotiti kot resnične ali neresnične. Hkrati naj bi bila resničnost predikat, ki je neločljivo povezan z razsežnostjo utemeljevanja. (To je teza, ki je mojemu mnenju problematična že sama po sebi.)¹² Neko propozicijo zato lahko opredelimo za resnično, če in samo če je utemeljena. To, da je propozicija navadno sprejeta, pa torej še ni zadostni pogoj za njeno resničnost - čeprav je seveda lahko dober indic za podporo takšnega sklepa. Pri svojem pojmovanju propozicij se Alexy po eni strani navdihuje pri Kantu, po drugi strani pa pri »inferencialističnem« branju Fregeja.

3.2 sorazmernost ni »osamljena monada«

Poudariti je treba, da Alexyjeva teorija sorazmernosti ne stoji sama zase, ampak je sestavni del precej širše namere: gre za obrambo neke nove oblike

¹¹ Alexy (2014: 61-62).

¹² Alexy (2012b).

»razpravnega« ustavništva.¹³ Osnovni cilj te nove oblike ustavništva je v izoblikovanju temeljnih pravic kot instrumentov, s katerimi naj se po eni strani *institucionalizira praktična racionalnost* - katere poseben primer je sodna racionalnost (nem. *Sonderfallthese*) -, po drugi strani pa naj se *popravijo napake predstavnštva*, do katerih neizbežno prihaja v postopku oblikovanja zakonov bodisi zaradi nepopolnosti, ki zadevajo volilne postopke, bodisi zaradi napak, ki so lahko posledica neustreznosti nekaterih odločitev parlamenta oziroma, bolj splošno, pravodajnih oblasti v državi.

Da bi te napake odpravili, morajo tako *Bundesverfassungsgericht* kot druga ustavna sodišča na novo opredeliti same meje temeljnih pravic po načelu optimalne sorazmernosti in s ciljem zagotavljanja njihove normativnosti pa tudi veljavnosti pravnih norm in pravnega reda na splošno (kar je mogoče doseči zgolj z racionalnim utemeljevanjem). Le takrat, kadar se izkaže, da so empirične premise razlogovanja posebej šibke, naj bi utežni obrazec sodnikom »nalagal« *samoomejujoč* odnos in prepustitev odločanja parlamentu. Nasprotno pa naj bi v drugih primerih sodniki s svojim posredovanjem »sanirali« pomanjkljivosti sistema. To pomeni dvoje: (i) da naj bi bile temeljne pravice postulati objektivne morale in da naj bi - če so pravilno uporabljene - preprečevale, da sistem zapade v neznosno nepravilnost; in (ii) da naj bi bil utežni obrazec izraz nekega metatehtanja o gotovosti premis, rezultat takšnega tehtanja pa naj bi se potem izražal na ravni formalnih načel pravnega reda.

4 ZATRJEVANJE PRAVILNOSTI: OBČUTLJIVO VPRAŠANJE

Rekli smo že, da je argument zatrevane pravilnosti (skupaj z argumentoma nepravilnosti in zgradbe načel) eden tistih členov, ki po eni strani povezujejo načela s sorazmernostjo, po drugi pa pravo z moralno (glej točko 2.B). A če je ta argument dvakrat napačen - kar menim sam -, bo mogoče resno podvomiti o trdnosti teh povezav. V nadaljevanju bom predstavil argumente, ki podpirajo to mojo tezo.

Alexy meni, da se na podoben način kot trditve v razmerju do svojih naslovnikov tudi pravni predpisi (in s tem pravni redi kot celota) nujno predstavljajo skupaj z zatrditvijo *njihove pravilnosti* (četudi je ta morda implicirana).¹⁴ Seveda se pojem »pravilnost« uporablja v različnih pomenih. Tista raba, ki je

¹³ Alexy (2005).

¹⁴ Alexy (2002: 33-36). V odsotnosti takšne zatrditve sploh ne moremo govoriti o pravni normi in pravnem sistemu; če je prisotna, vendar ji ni zadoščeno, pa imamo opravka s pravno normo ali sistemom, ki je pomanjkljiv.

v tem primeru relevantna, pravilnost enači s »pravičnostjo«. Ta pa je navadno opredeljena kot *razdeljevalna* ali *izravnalna*.

Osrednji argument, ki ga Alexy uporabi pri dokazovanju veljavnosti te teze, je argument *performativnega protislovja* (nem. *performativer Widerspruch*): to je logično protislovje med tistim, kar je z nekim avtoritativnim dejanjem pravedajnih oblasti povedano (izrecno), in tistim, kar je z njim (implicitno) predpostavljeno. S preizkusom se lahko preveri, ali s tem, da k neki izjavi pristavimo vsebino, ki je nasprotna njeni implicitni predpostavki - v našem primeru naj bo ta predpostavka »zatrđitev nepravilnosti« (nem. *Anspruch auf Unrichtigkeit*), izjava pa katerakoli izjava neke pravne oblasti -, resnično pride do protislovja. To lahko preverimo z dvema miselnima preizkusoma.¹⁵

1. *Prvi miselni preizkus*. Zamislimo si ustavo hipotetične države X, ki vsebuje določbo: (1) »X je suverena, federalna in *nepravična* država«. Tu ustava državo izrecno opredeljuje kot nepravično, a bi bila takšna določba po Alexyjevem mnenju enako absurdna kot trditev (2) »Mačka je na predpražniku, a tega ne verjamem«. Po Alexyjevem mnenju naj bi bil to zadosten dokaz za sklep, da se s *kolektivnim* govornim dejanjem, s kakršnim se neka ustava sprejme, nujno zatrjuje tudi to, da je ta ustava pravična. Pri tem je treba opozoriti, da zgornja izjava po njegovem mnenju ne krši le običajnega *sloga* pisanja ustav. Tako za ustavne kot za druge norme naj bi namreč veljalo, (i) da so *nujno* predstavljane kot pravilne (to je njihov konstitutivni pogoj), (ii) da je tisti, ki norme sprejema, do tega upravičen (pogoj utemeljenosti) in (iii) da je tudi iskren (pogoj iskrenosti). Po Alexyjevem mnenju naj bi bilo povedano še bolj očitno, če smo pripravljeni priznati, da je izjava (3) »X je pravična država« redundantna izjava.¹⁶

2. *Drugi miselni preizkus*. Zamislimo si, da sodnik razsodi, s tem da izjavi (4) »Obtoženega se obsodi na dosmrtno ječo in to je narobe« oziroma (5) »Obtoženega se obsodi na dosmrtno ječo, vendar gre pri tem za napačno razlago veljavnega prava«. ¹⁷ V obeh primerih bi šlo za protislovje.

Argument o performativnih protislovjih je sijajen argument. Deloma je strukturno podoben drugim paradoksom, kot je na primer Moorov paradoks - (6) »Dežuje, a tega ne verjamem« -, saj imamo v njem opravka z impliciranimi pojmi, ki iz dane izjave izhajajo na podlagi sklepanja, ko so enkrat izrecno oblikovani, pa razkrijejo obstoj notranjega protislovja.¹⁸ Podobni so tudi t. i. *Geachevi performativi*, znani tistim, ki so seznanjeni z razpravami o naravi vrednostnih sodb.¹⁹ Namen Geacha je bil ovreči tezo, da se izrazi, kot sta »dober« in »slab«, venomer uporabljajo »performativno« za izražanje odobravanja

¹⁵ Alexy (2002: 35 in naslednje).

¹⁶ Alexy (2002: 37).

¹⁷ Alexy (2002: 38 in naslednje).

¹⁸ Moore (1993: 207 in naslednje).

¹⁹ O tem glej odlično rekonstrukcijo, ki jo podaja Schroeder (2010: 41 in naslednje).

oziroma neodobravanja (Ayer), hvale oziroma graje (Stevenson) ali za predpisovanje določenih ravnanj (Hare). Geachev nasprotni dokaz zato izpostavlja izjave, v katerih se pojavlja beseda »narobe« - z moralnim poudarkom (na primer: (7) »Drži, da je krasti narobe?«, (8) »Sprašujem se, ali je krasti narobe.«, (9) »Če je krasti narobe, je ubijati še toliko bolj.«) -, a je kljub temu očitno, da ne gre za izraze graje, ukazovanja, sramotenja in tako dalje.

Vseeno pa trdim, da v našem primeru omenjena strategija nikakor ne deluje: po mojem mnenju Alexyjeve argumente zgreši svoj cilj, saj je *dvakrat napaka*. Najprej zato, ker pomeša konstitutivna pravila trditev in predpisov; obenem pa z zavračanjem relativizacije pravilnosti na podlagi zunanjih parametrov zapade tudi v krožnost. Seveda bi bilo vsemu temu mogoče dodati še vprašanje, ki ga ne gre zanemariti, in sicer: kaj za vraga naj bi bila »kolektivna govorna dejanja«? Menim, da v teoriji govornih dejanj (angl. *speech acts*) resnično ni prostora za tovrstno pogruntavščino. A kakor že, predlagam, da zadnji problem pustimo ob strani in se posvetimo zgolj prvima dvema.

4.1 prva napaka

Menim, da je mogoče na *zamenjevanje konstitutivnih pravil trditev in predpisov* opozoriti v nekaj kratkih korakih. Po Alexyjevem mnenju je ideja, da predpisi ne zatrjujejo svoje pravičnosti, v nasprotju s samo naravo predpisnega dejanja, saj naj bi bilo »pravičnost« predpisa (to gre razumeti kot njegovo »moralno pravilnost«) treba razumeti kot enega od *konstitutivnih pogojev* predpisnega dejanja, pa tudi kot enega od *pogojev utemeljenosti*, brez katerih ne bi mogli reči, da ima tisti, ki je dejanje izvršil, za to »veljavni naslov«. Poleg tega naj bi tudi v primeru predpisa morala veljati maksima iskrenosti.

Pri oblikovanju te teze je Alexy očitno zanemaril posebnosti predpisnega dejanja. V filozofiji jezika je splošno sprejeta predpostavka, da je trditveno dejanje samo po sebi povezano s pojmom *resnice* in *prepričanja*: da bi bilo namreč mogoče šteti, da je neka trditev »pravilno oblikovano« govorno dejanje, mora biti ta resnična, utemeljena in iskrena.²⁰ Njena neresničnost bi pomenila, da gre za poseben primer zastrelke ali neuspešnosti trditve (angl. *misfire*), kar bi imelo za posledico zavrnitev njene vsebine. Če bi trditvi manjkal temelj (tj. epistemična utemeljenost), bi govorili o *zlorabi* trditvenega dejanja, saj je brez temelja mogoče zgolj hliniti, da nekaj zatrjujemo (brez »veljavnega naslova« za podajo informacije namreč sploh nismo »pristojni«). Končno pa je tudi neiskrenost oziroma laganje mogoče razumeti kot *zlorabo* običajev, ki urejajo trditvena dejanja.²¹

20 Glej, na primer, Austin (1975: 132 in naslednje); Williamson (2002: XI pogl.).

21 Penco (2008: 2).

Stvari delujejo precej drugače v primeru predpisnih dejanj. Nasprotno od tega, kar meni Alexy, predpisna dejanja sama po sebi niso povezana z zadrževanjem moralne pravilnosti, tako kot so trditvena dejanja povezana z resničnostjo. Brez težav lahko namreč predpišemo določeno ravnanje, ne da bi ob tem verjeli, da je to ravnanje moralno pravilno; takšno ravnanje bi prav lahko predstavili tudi kot »nepravilno« (čeprav to na splošno ne bi bilo najbolj modro), končno pa bi brez skrbi lahko celo lagali o moralni kakovosti našega predpisa (kar je večkrat priporočljivo). Vsi ti elementi bi - če se jih razkrije - naslovniku dali razlog, da predpisa ne upošteva - vendar zaradi tega še ne bomo mogli reči, da ni prišlo do izvršitve predpisnega dejanja.

S predpisnimi dejanji se zatrjuje nastanek obveznosti za naslovnika, sklicujoč se na oblast in pristojnost. Tako imenovani pogoji *posrečenosti* predpisnega dejanja so: (i) obstoj določenih pravil (norm o pristojnosti), ki določajo obče sprejeti postopek njegove izvršitve; (ii) pravilno izvajanje tega postopka; (iii) njegova dokončna izvedba; (iv) ustreznost organa - v smislu, da postopek izvede organ, ki ima za to ustrezno avtoriteto (kot je opozarjal že John Austin, vojak npr. ne more dati ukaza sebi nadrejenemu).²² Ob teh pogojih se mi zdi nepotrebno dodajati še druge, ki naj bi se dotikali domnevnih moralnih obveznosti govornika, kot to predlaga Alexy:²³

4.1.1. Prvič, zares nenavadno zveni teza, da vsak predpis nujno vključuje *zatrđitev ali komisivno govorno dejanje*: pomislimo na individualno in konkretno zapoved: (10) »Marija, takoj pridi sem!« Le s težavo bi nas kdo prepričal, da tovrstna zapoved sama po sebi pragmatično *vključuje* neko trditev o dejstvih ali vrednostno sodbo o moralnosti Mariji predpisanega dejanja.²⁴

4.1.2. Drugič, kot je že bilo rečeno, je namen predpisnega dejanja oziroma (če uporabimo Searlovo besedišče) njegov *ilokucijski cilj* vplivati na naslovnika, da izvrši določeno dejanje - ali pa vsaj dojame, da je naš namen in volja to, da ga izvrši. Povsem nepomembno je, ali je za dosego tega cilja treba lagati o pravičnosti vsebine predpisa. V nekaterih primerih je s pragmatičnega vidika celo priporočljivo lagati o moralni kakovosti predpisov, če hočemo, da bi jih drugi dejansko privzeli kot vzorec obnašanja. Z drugimi besedami in v nasprotju z Alexyjevim predpostavkami: pogoj (oziroma maksima) iskrenosti, ki je pri trditvenih dejanjih osrednjega pomena, v predpisovalnem govoru ne igra nobene primerljive vloge. To izhaja iz dejstva, da lahko predpisujoča oblast, ki bi bodisi želela preizkusiti ubogljivost naslovnikov bodisi jim zgolj nagajati s poseganjem

22 Sbisà (1989: 115): »Ukaz ob umanjkanju avtoritete postane zahteva, protest, morda izziv /.../«

23 Pogojno bi se lahko uklonili dodajanju pogojev, a ti ne bi mogli imeti nobene povezave z moralnimi normami. Dodali bi lahko na primer pogoj, da se mora pristojni organ zavedati oblasti, ki jo izvaja nad naslovnikom dejanja, in da mora torej verjeti, da bo naslovnik vsaj načeloma pripravljen sprejeti ukaz in da ga bo sposoben razumeti. Na splošno glej glede pogojev posrečenosti Austin (1975: 17-37).

24 Grice (1978: 118-119).

v njihove namene, zaukaže tudi dejanja, do katerih je sama moralno neopredeljena ali jih celo zavrača. Pomislite na Izakovo žrtvovanje (Geneza 22, 2-13): da bi preizkusil njegovo vero, Bog (ta je v določenem institucionalnem kontekstu vrhovna moralna oblast) ukaže Abrahamu, naj žrtvuje svojega edinega sina ...

Poglejmo še en primer. Recimo, da želim Mariji ukazati, naj pride k meni, iz golega užitka, da bi jo videl teči, in recimo, da si ona tega ne želi. Lahko bi vztrajal in svoji izjavi (10) dodal grožnjo s sankcijo: (11) »Če ne prideš, ti ne bom dal sladoleda!« Če bi menil, da bo tudi to učinkovito, bi lahko izrecno zatrdil pravilnost mojega ukaza: (12) »Kot uči Jezus, je predpisana obveznost, da prideš k meni, dobra in pravična!« Vseeno pa zatrditev pravilnosti ni nobena nujna sestavina moje izjave in jo lahko brez težav zamenjamo tudi z zatrditvijo nepravilnosti: (13) »Vem, da ni pravično, a me to prav nič ne briga, takoj priteci sem!« Zgolj kdo, ki je že povsem pozabil, kako so osnovnošolske učiteljice in starši podkrepljevali svoje ukaze, bo lahko zatrjeval, da sta izjavi (10) in (13) protislovni ali da je priredna zveza teh dveh izjav dokaz iracionalnosti. Seveda pa vedno obstaja možnost, da zapovedi ne ubogamo.

Alexy bi vsekakor lahko ta ugovor skušal zavrniti s trditvijo, da pravni predpisi (ki se pojavljajo v institucionalnih kontekstih) ne delujejo tako kot nepravna predpisna dejanja (lastna neinstitucionalnim kontekstom): prve naj bi bilo treba razumeti kot prav posebno govorna dejanja z dodatnimi konstitutivnimi pravili, ki so moralne narave, združena pa so v tem, čemur pravimo *zatrditev pravilnosti*. Kljub tej možnosti sam menim, da ni tako in da povedano ne daje učinkovitega odgovora na obravnavani problem.

Poleg očitnih ugotovitev, da so tako nepravna kot pravna predpisna dejanja pogosto oblikovana na podoben, če že ne enak način, lahko ponudim tudi precej bolj učinkovite argumente iz sodne prakse. Tudi če pustimo ob strani pravni red nacistične Nemčije - temu Alexy odreka lastnost pravnega -, je mogoče najti veljavne nasprotne primere pri sodnikih, ki delujejo v »avtentičnih« pravnih ureditvah. Ti včasih *izrecno* priznajo, da so pravne norme, ki jih uporabljajo, nepravilne. Poglejmo na primer v Združene države Amerike, ki so bile vedno razumljene kot paradigmatični primer pravnega reda. Medtem ko so zgodovinarji in pravni filozofi pojav sicer pogosto prezrli, zanimiva študija Roberta Coverta pokaže, da so se ameriški sodniki večkrat srečali z »uporabo« prava, ki so ga dojemali - in predvsem predstavljali - kot nepravilno.²⁵ To se je dogajalo predvsem v tistih zgodovinskih obdobjih, v katerih je prevladujoča pravna kultura sprejemala katero od oblik ideološkega pravnega pozitivizma.

Najznačilnejši primer so najbrž vsi tisti »pozitivistični« sodniki, ki so v 19. stoletju kaznovali pobegle sužnje in njihove pomagače v skladu s t. i. *Fugitive Slave Acts* (ti so bili sprejeti med letoma 1793 in 1850), pri tem pa so v svojih

25 Covert (1975).

obrazložitvah jasno navajali, da jim zakon »nalaga« (angl. *force*) razsodbe v prid suženjstvu, ki ga imajo sicer sami - kot ljudje in kot sodniki - za izjemno nepravičen institut.²⁶ Celo tisti, ki so napadali takšno razsojanje - misleč da bi omejenjene zakone morali razlagati kot protiustavne, da je pozitivistična drža napačna in da bi sodniki morali drugače razlagati obravnavane primere itd. - nikoli niso zanikali tega, da gre pri omenjenih sodbah za pristna predpisna dejanja in da ta kljub »zatrjevanju nepravilnosti« izražajo pravne norme.²⁷ Samo dejstvo, da danes na Zahodu pozitivistična drža ni več tako modna kot nekoč, pa ob tem gotovo ni zadosten razlog za morebitno trditev, da so se konstitutivna pravila predpisnih dejanj od takrat do danes radikalno spremenila.

4.1.3. Tretji ugovor, ki se giba v enakih okvirih kot prejšnja dva, je pred nekaj leti oblikoval John Gardner.²⁸ Če upoštevamo prvi miselni preizkus, ki ga predlaga Alexy, ugotovimo, da se zadevna ustavna določba nanaša na pojem »pravičnosti«, in ne »moralne pravilnosti«. Vendar je povsem mogoče, da je nekaj hkrati »nepravično« in »moralno pravilno«; pojmovni okvir morale se namreč ne izčrpa v pravičnosti, saj vključuje tudi vrednote, kot so človečnost, strpnost, sočutje, skrbnost in tako dalje. Če to drži, potem bi se pravo prav lahko samoopredelilo kot »nepravično«, ne da bi se s tem odpovedalo zatrjevanju svoje moralne pravilnosti - Alexyjeva primeroma izmišljena določba pa torej ne bi porodila nobenega performativnega protislovja. Neka hipotetična ustava bi resnično lahko vsebovala tudi izjavo (1), pa zato še ne bi imeli performativnega protislovja, saj bi se brez težav lahko nadaljevala tudi takole: »... zato, ker je nepravilnost cena, ki jo upravičeno zahteva izgradnja strpne, človečne in sočutne družbe«.

4.1.4. Alexy trdi, da je izjava (3) »X je pravična država« očitno redundantna (zaradi pridevnika »pravičen«). Tudi to trditev je po mojem mnenju mogoče izpodbiti. Prvič, ta pridevnik ni odveč za etične emotiviste, ki bi izjavo razlagali kot pozunanjenje iracionalne in povsem subjektivne vrednostne sodbe. Drugič, omenjeni pridevnik ni odveč niti za relativiste, ki bi izjavo razlagali kot trditev, v kateri je izraženo neko pristno prepričanje in jo je mogoče oceniti kot resnično ali neresnično na podlagi določenih nenujnih kriterijev (k tej točki se še vrnemo). Končno pa bi anarhisti to izjavo ocenili kot takšno, ki *nasprotuje* sama sebi, saj zanje pravična država sploh ni mogoča.²⁹

26 Covert navaja številne primere. Omenjam le nekatere, sledeč izboru Seboka (1991: 1835, op. 6): *Miller v. McQuerry*, 17 F. Cas. 335, 339 (C.C.D. Ohio 1853) (No. 9,583); *Norris v. Newton*, 18 F. Cas. 322, 326 (C.C.D. Ind. 1850) (No. 10,307); *Giltner v. Gorham*, 10 F. Cas. 424, 432 (C.C.D. Mich. 1848) (No. 5, 453); *Vaughan v. Williams*, 28 F. Cas. 1115, 1116 (C.C.D. Ind. 1845) (No. 16,903).

27 Glej Sebok (1991); Dworkin (1975) in (1986: 411).

28 Gardner (2012).

29 Wolff (1970).

4.1.5. Ob vsem povedanem ne smemo prezreti še ene, še zdaleč ne zanemarljive podrobnosti: in sicer tega, da je pojem »pravično« *intenzionalen predikat*. To pomeni, da iz predstavitve nekega dejanja kot »pravičnega« še ne sledi, da je takšno dejanje tudi zares pravično; tako kot iz dejstva, da mala Marija nariše samoroga, še ne sledi, da ti tudi zares obstajajo.

Skratka: Alexy ima gotovo prav, ko reče, da so tako trditvena kot predpisna dejanja prepoznavna po določenih pragmatičnih posledicah, ki se jih v danem kontekstu pripiše izvršitelju dejanja. In prav ima, ko reče, da kadar kdo brez epistemičnega ali praktičnega temelja kaj zatrdi oziroma predpiše, takrat tudi ne more prenesti veljavnega naslova za to, da se na podlagi trditve sklepa na neke druge informacije, oziroma za ravnanje na predpisani način (na strani naslovnika je upravičenost nejevere v trditev oziroma neizpolnitve predpisa). Kljub temu pa se Alexy moti, ko moralna načela (»ne laži«, »ne zlorabi zaupanja«, »drži dano besedo« ipd.) obravnava kot konstitutivne pogoje predpisnih dejanj in/ali pogoje za to, da se predpisnim dejanjem oblastnih organov pripiše utemeljenost.

4.2 druga napaka

Alexyjeva argumentacija poleg tega zagreši tudi napako krožnosti. Ta pomanjkljivost je tako očitna, da v tem primeru ne bo potreben tako natančen prikaz kot v prejšnji točki. Alexy je prepričan, da izjave, kakršna je »X je nepravilna država«, izražajo propozicije, ki so bodisi resnične bodisi neresnične v absolutnem smislu (tj. v vsakem od mogočih svetov in v vseh mogočih okoliščinah vrednotenja). Ker sledi tej tezi, zavrne tako klasični emotivizem (à la Ayer) kot etični relativizem. Zavrnitev relativizma pa ga zapelje v krožni argument, v katerem predstavi pravičnost kot sestavino, ki je del samega ocenjevanega predmeta.

Po emotivizmu Ayerjevega tipa nimajo vrednostne sodbe - na primer (14) »Mučenje je napačno«, (15) »Država X je pravična«, (16) »Ubijati otroke je moralno narobe« itd. - nobenega semantičnega pomena (ali vsebine), ampak zgolj neki simptomatični oziroma emotivni pomen. Takšno razumevanje izhaja iz sklepa, da jih nima smisla pojmovati na podlagi resničnostnih pogojev, če za njihovo preverjanje vendar ni nobenih objektivnih parametrov. Izjave od (14) do (16) naj bi bilo zato treba razumeti enako kot izraza »Buu!« ali »Hura!«.

V skladu z relativizmom pa je, drugače, vrednostne sodbe mogoče razložiti kot resničnostne funkcije, in torej kot izraze pristnih prepričanj. Zato naj bi njihova resničnost ali neresničnost ne bila nekaj absolutnega.³⁰ Njihova resničnost naj bi bila odvisna ne od trojčka možnih svetov (w), časa (t) in prostora (l), ampak od drugih nenujnih parametrov. S tem so mišljeni predvsem epistemični standardi,

30 Glej npr. dela, objavljena v Garcia-Carpintero & Kölbel (2008).

zapovedni standardi in standardi relativne morale, mednje pa lahko vključimo tudi osebne predsodke, okus in tako dalje. Skladno z relativističnim modelom torej izjava, kakršna je »X je pravična država«, izraža neko propozicijsko vsebino, ki jo je primeroma mogoče ponazoriti kot »[INT(x je nepravična država)]«, pri čemer »INT« pomeni *intenzijo*, katere (relativna) resničnost je ob danih parametrih w , l in t odvisna od izbranega standarda C.

Morebitna nesoglasja bodo mogoča le v primeru, da imamo enako *intenzijo* (tj. neke vrste *lekton*, ki ga ne glede na spreminjajoče se kontekste določa ista n-terica). Intenzija pa še ne predstavlja *celotne vsebine* izjave. To dobimo šele ob *ekstenziji*, ki jo sodoločajo parametri *okolščin vrednotenja*. V tem smislu je relativizem zaznamovan z določenim *pluralizmom parametrov vrednotenja*. Na Alexyjevem primeru se to kaže tako, da bi bila lahko neka država, ki vzpostavlja telesne kazni za kričeče otroke, *pravična* po oceni A-ja (če ta na primer sprejema standard, ki absolutno prednost namenja vrednoti spokojnosti, in sovraži otroke), *nepravična* pa po oceni B-ja (ki obožuje otroke in njihov hrup). Zato bo torej izjava »X je nepravična država« resnična za A in neresnična za B.

Zavračanje relativiziranja pravilnosti z zunanjimi parametri Alexyja privede do njene opredelitve na krožni, s tem pa napačni način. Izjava »X je pravična država« naj bi bila utemeljena, če in samo če so norme te države moralno pravilne. In od kod izhaja moralna pravilnost dejanja, ki *predpisuje* »p«? V Alexyjevem pojmovanju je ta predstavljena kot nekaj, kar je *lastno* sami normi - to pa pomeni, da smo se zavrteli v krog. V tem smislu naj bi bili predpisi podobni trditvam. Jasno je namreč, da so izjave v obliki »Op je pravilno, če in samo če Op« (na primer: »Obvezno je voliti, če in samo če je voliti obvezno«) prav tako krožne kot izjave »p je resnično, če in samo če p« (ali »Maček je na predpražniku, če in samo če je maček na predpražniku«).

Zdi se, da bolj dobrohotne razlage niso mogoče. V Alexyjevem pojmovanju namreč ni nobenega orodja za *semantični vzpon* (tj. vzpon od jezika k metajeziku), ki bi omogočal, da zgornjo izjavo razložimo z uporabo navedka: »'Obvezno je voliti' je pravilno, saj je obvezno voliti.« Nasprotno: po Alexyju sta obe obveznosti enaki in pripadata isti ravni govora.

Alessio Sardo

raziskovalni štipendist in doktorand,
Inštitut Tarello za pravno filozofijo pri Univerzi v Genovi

Iz italijanskega izvirnika prevedel
Matija Žgur.

— **Zahvala.**— Za velikodušne komentarje k predhodni različici tega besedila se zahvaljujem Mauru Barberisu, Nicoli Muffatu in Andreju Kristanu. Brez njihove pomoči ne bi prepoznal nekaterih svojih napak, kakovost končnega izdelka pa bila tako gotovo manjša. Zahvaljujem se tudi Matiji Žgurju za njegovo potrpežljivost pri prevajanju v slovenski jezik.

Seznam navedenk

- Robert ALEXY, 2002: *Begriff und Geltung des Rechts* (1992). Angl. prevod Stanley L. Paulson & B. Litschewski Paulson. *The Argument From Injustice*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2005: Balancing, Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005) 5. 572-581.
- , 2008: On the Concept and Nature of Law. *Ratio Juris* 21 (2008) 3. 281-299.
- , 2012: *Theorie der Grundrechte* (1994). Ital. prevod. *Teoria dei diritti fondamentali*. Ur. Matthias Klatt. Bologna: Il Mulino.
- , 2012b: Comments and Responses. *Institutionalized Reason. The Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press. 319-357.
- , 2014: Constitutional Rights and Proportionality. *Revus* (2014) 22. 51-65.
- John L. AUSTIN, 1975: *How to Do Things with Words* (2nd ed.). Ur. Sbisà & Urmson. Oxford: Clarendon Press.
- Robert M. COVERT, 1975: *Justice Accused. Anti-slavery and the Judicial Process*. Boston (Mass.): Yale University Press.
- Ronald DWORKIN, 1975: The Law of the Slave-Catchers. *Times Literary Supplement*. 5 Dic. 1975.
- , 1986: *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Manuel GARCIA-CARPINTERO & MAX KÖLBEL (ur.), 2008: *Relative Truth*. Oxford: Oxford University Press.
- John GARDNER, 2012: How Law Claims, What Law Claims. *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. Ur. Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press. 29-44.
- Paul GRICE, 1978: Further Notes on Logic and Conversation. *Syntax and Semantics* (1978) 9. 113-127.
- George E. MOORE, 1993: Moore's Paradox. G.E. Moore: *Selected Writings* Ur. Thomas Baldwin. London: Routledge.
- Carlo PENCO, 2008: Truth, Assertion and Charity. *Peruvian Journal of Epistemology*. 1-11.
- Marina SBISÀ, 1989: *Linguaggio, ragione, interazione. Per una pragmatica degli atti linguistici*. Bologna: Il Mulino.
- Mark SCHROEDER, 2010: *Noncognitivism in Ethics*. New York (NY): Routledge.
- Anthony J. SEBOK, 1991: Judging the Fugitive Slave Acts. *The Yale Law Journal* 100 (1991) 6. 1835-1854.
- Timothy WILLIAMSON, 2002: *Knowledge and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.
- Robert P. WOLFF, 1970: *In Defense of Anarchism*. New York (NY): Harper & Row.

Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza

Un'introduzione critica

1 PREMESSA

L'obiettivo di questo scritto è modesto. Anzitutto, cercherò di fornire una ricostruzione essenziale del principio di proporzionalità, così come teorizzato da Robert Alexy. In secondo luogo, formulerò dei chiarimenti intorno ad alcune sue implicazioni o presupposizioni particolarmente importanti, almeno ai fini del presente lavoro. Infine cercherò di evidenziare uno dei suoi punti deboli - e questa sarà la parte più rilevante del mio contributo. Senza dubbio stiamo parlando di una delle più raffinate concezioni della proporzionalità (e dei diritti fondamentali) oggi disponibili; d'altra parte, ritengo che l'Autore dovrebbe offrire argomenti ben più forti per essere convincente.

Per il lettore che non ha familiarità con il metodo di Alexy, sarà bene evidenziare da subito uno dei suoi tratti caratteristici: l'idea che la filosofia del diritto non possa limitarsi a un'analisi a-valutativa, ma debba invece condurre un'opera di costruzione e fondazione normativa, che si concreta nella formulazione delle regole costitutive (ideali) proprie della razionalità pratica e/o del discorso razionale *tout court*.¹

2 UNA BREVE RICOSTRUZIONE

Secondo Alexy, i diritti fondamentali sarebbero predicati a tre posti che istituiscono una relazione tra beneficiario/i, destinatario/i e situazione.² Fra diritti fondamentali e proporzionalità sussisterebbe una *connessione necessaria* (vera in tutti i mondi possibili), che non dipende quindi dal diritto positivo, ma dalla *natura* stessa dei diritti fondamentali. Questi andrebbero concepiti non già come "comandi definitivi" (*definitive Gebote*) - vale a dire "regole" (*Regeln*) - ma come "richieste o comandi di ottimizzazione" (*Optimierungsgebote*) - ossia "principi" (*Prinzipien*), che prescrivono alle autorità giuridiche, e anzitutto ai

1 Alexy (2008).

2 Alexy (2012: 229 ss.).

giudici costituzionali, di *massimizzare* i fini ultimi dell'ordinamento, tenendo però sempre conto delle possibilità giuridiche e fattuali.³

Le regole hanno condizioni di soddisfacimento del tipo "tutto o niente", e si applicano per sussunzione; i principi, invece, possono essere soddisfatti in gradi diversi, e si applicano attraverso il *bilanciamento* (*Abwägung*): un ragionamento assiologico condotto sui binari del *principio* (o *giudizio*) di *proporzionalità* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*).⁴

Il giudizio di proporzionalità, a sua volta, si divide in tre fasi. L'intento generale è quello di perseguire, di volta in volta, un *ottimo paretiano*.⁵ Nella prima fase si decide l'*idoneità* (*Geeignetheit*) dell'azione (o misura) rispetto ai principi dell'ordinamento, mediante un giudizio di razionalità *tecnico* di tipo *mezzo-fine*.⁶ Nella seconda fase invece, s'indaga la cosiddetta *necessità* (*Erforderlichkeit*) dell'azione, cercando di "verificare" se vi siano altre misure capaci di ottimizzare un certo principio P_1 in maniera altrettanto efficace, però meno invasiva rispetto a un secondo principio P_2 , che si assume essere in conflitto con P_1 .⁷ Nella terza e ultima fase, la *proporzionalità* (o il *bilanciamento*) *in senso stretto* (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im engeren Sinne*), si svolge l'operazione più delicata di tutto il procedimento: l'organo decisore stabilisce il valore relativo dei principi in gioco. Sarà bene analizzare più dettagliatamente questa terza fase, in ragione della sua complessità.

I conflitti fra principi vanno risolti fissando una *relazione di priorità condizionata* (*bedingte Vorrangrelation*), che corrisponde a una *proposizione* del tipo: «Il principio P_1 prevale sul principio P_2 sotto le condizioni C» [$(P_1 \text{ } P_2)$ in C]. La gerarchia è determinata secondo la "Legge del Bilanciamento", secondo cui il grado di sacrificio di un principio deve andare di pari passo con l'importanza assegnata al principio concorrente. Sia detto per inciso, secondo Alexy la Legge del Bilanciamento non è un elemento contingente, ma è quello che potremmo chiamare un *costituente inarticolato* (cioè: una presupposizione) presente all'interno di qualsiasi pratica della *constitutional adjudication*. Ci sono vari modi di applicare tale legge, tuttavia il miglior modo possibile consisterebbe nel ricorrere alla celeberrima Formula del Peso (*Gewichtsformel*), inventata dallo stesso Alexy. Si tratta di un'equazione matematica che ha la seguente struttura:

$$i,j = I_i \cdot W_j \cdot R_i$$

3 Alexy (2012: Cap. III).

4 Alexy (2012: 152 ss.).

5 Alexy (2012: Postfazione).

6 Alexy, (2012: 621 ss.).

7 L'invasività non potrà essere determinata in assoluto, ma sarà sempre relativa a un insieme di conoscenze empiriche e assunzioni valutative.

Dove 'W/ e 'Wj indicano il *peso astratto* dei principi in gioco; 'Ii' e 'Ij' indicano invece il *grado di detrimento*, o di *penetrazione*, dei principi in relazione al caso concreto; 'Ri' e 'Rj', infine, stanno per il *grado di certezza delle premesse empiriche*. A tutte queste variabili vanno assegnati dei valori numerici seguendo una *scala triadica* (con valori: 2^0 , 2^1 , 2^2 per W e I; 2^0 , 2^{-1} , 2^{-2} per R) o, alternativamente, una *scala triadica-doppia* (con valori da 2^0 a 2^8 o da 2^0 a 2^{-8}). Le magnitudini numeriche mostrano inequivocabilmente se la violazione è lieve, intermedia o intensa; se le premesse empiriche sono sicure, possibili, o non totalmente false, e così via.⁸

Bisogna prestare molta attenzione a non travisare lo *statuto logico* della formula: le variabili che la costituiscono vanno intese come *segnaposti per proposizioni* (in altre parole: le variabili sono proposizionali, non predicative); queste, a loro volta, dovranno essere giustificate attraverso un'argomentazione razionale - onere da cui il giudice non può essere mai esonerato. Secondo Alexy, ulteriori elementi di razionalità sono ravvisabili nella *natura deontologica degli oggetti* della formula (si tratta di principi, e non di valori o interessi) e nel fatto stesso che il giudice sia chiamato a compiere un calcolo aritmetico (secondo Alexy, solo un folle sarebbe disposto a negare che l'aritmetica è razionale; secondo me, invece, la questione è contestuale, e dipende piuttosto dalla circostanza di applicazione: pensare di usare l'aritmetica per risolvere un problema etico, ad esempio, sarebbe irrazionale).

Orbene, come risulta evidente nel testo pubblicato all'interno di questo stesso volume, Alexy cerca di dimostrare la tesi della connessione necessaria fra principi costituzionali e (la sua concezione della) proporzionalità ricorrendo a due argomenti diversi: il primo è quello della *doppia natura dei diritti* (A), il secondo è quello della *pretesa di correttezza* (B).⁹ Presentiamoli brevemente:

(A) *La doppia natura dei diritti*. I diritti fondamentali sono senz'altro elementi che appartengono al *diritto positivo* ma questo dato non è sufficiente a spiegarne la complessa natura. Oltre alla dimensione *reale*, data dalla positivizzazione, essi hanno anche una dimensione *ideale*: peraltro, quest'affermazione troverebbe riscontro nelle intenzioni oggettive dei padri costituenti.¹⁰

Più in generale, Alexy rileva che il diritto si compone di tre elementi: i) la promulgazione autoritativa (*autoritative Gesetztheit*); ii) l'efficacia sociale (*soziale Wirksamkeit*); iii) la correttezza sostanziale (*materiale Richtigkeit*). A differenza del giuspositivismo, una teoria non-positivista, quale la sua, riconosce anche l'importanza del terzo elemento.

I diritti fondamentali sono prescrizioni morali, universali, e astratte che hanno priorità sulle altre norme del sistema. Il fatto che abbiano quindi *anche*

⁸ Le scale triadiche usate nella formula del peso sono discrete e non continue.

⁹ Alexy (2014: 61).

¹⁰ Alexy (2014: 61).

una dimensione autoritativa non è un impedimento per una loro "doppia cittadinanza" e, quindi, per la loro appartenenza al dominio di un'etica trascendentale obiettiva.

Il più delle volte, la connessione *disposizioni costituzionali-principi-proporzionalità* è di tipo *attuale* (nel senso che si colloca sul piano dell'osservazione empirica diretta). D'altra parte, tale connessione sussisterebbe anche laddove non fosse empiricamente osservabile, poiché si tratterebbe di un vincolo *necessario* e *a priori*. Se ho inteso bene, in questi casi la connessione ha però soltanto un carattere "potenziale". Come rileva lo stesso Alexy, può ben darsi che certe disposizioni costituzionali esprimano non già principi ma regole assolutamente vincolanti; tuttavia, se tali regole sono ambigue, vaghe o "aperte alla valutazione", i principi soggiacenti possono entrare in gioco.

(B) *La pretesa di correttezza (Anspruch auf Richtigkeit)*. Il controllo di legittimità costituzionale sarebbe necessariamente legato alla pretesa di correttezza del diritto, concepita come la tesi secondo cui ogni prescrizione giuridica solleva di per sé una pretesa di correttezza *morale*. La pretesa di correttezza, a sua volta, richiede che la decisione sia il più razionale possibile.

Orbene, una volta assunto che la forma più razionale di applicare i principi sia un giudizio di proporzionalità condotto attraverso la formula del peso, segue che diritti fondamentali e proporzionalità siano connessi.¹¹ In questo scritto, cercherò di refutare questo secondo argomento.

3 ALCUNE PRECISAZIONI

Prima di procedere con la critica vera e propria, vorrei fare alcune precisazioni su certi passaggi della teoria di Alexy che mi sembrano particolarmente rilevanti per una comprensione più profonda della stessa, ma che sono stati spesso trascurati o si prestano a essere travisati. Procederò in maniera schematica:

3.1 La nozione di proposizione presupposta

Alexy ritiene che le variabili che compongono la formula del peso siano posti per proposizioni. D'altra parte, ci si potrebbe chiedere che cosa intenda Alexy per "proposizione". Ho modo di credere che, secondo il nostro Autore, una proposizione sia un'entità astratta che appare sotto forma di un enunciato valutabile in termini di verità/falsità. La verità, a sua volta, dovrebbe essere un predicato intrinsecamente connesso alla dimensione della giustificazione - tesi che è già problematica di per sé.¹² Una proposizione si può dire vera se è solo se è giustificata. Il fatto che una proposizione sia convenzionalmente accettata non

¹¹ Alexy (2014: 61-62).

¹² Alexy (2012b).

potrà dunque essere considerato come condizione sufficiente per la verità della proposizione, anche se offrirà senz'altro un buon indizio a sostegno di tale conclusione. Nel modellare la nozione di proposizione, Alexy s'ispira, da un lato, al lavoro di Kant e, dall'altro, a una lettura "inferenzialista" di Frege.

3.2 La proporzionalità non è una "monade solitaria"

E' bene ricordare che la teoria della proporzionalità di Alexy non andrebbe considerata in isolamento, dovendo essere invece inquadrata all'interno di un progetto molto più ampio: la difesa di una nuova forma di costituzionalismo "discorsivo".¹³ L'obiettivo primario di questa forma di nuovo costituzionalismo consiste nella costruzione dei diritti fondamentali come strumenti atti, da un lato, a *istituzionalizzare la razionalità pratica* - di cui quella giuridica costituirebbe un caso speciale (*Sonderfallthese*) - e, dall'altro, a *correggere i difetti della rappresentanza* che inevitabilmente si producono nel processo di formazione delle leggi, sia a causa delle imperfezioni che affliggono i processi elettorali, sia a causa degli errori che possono risultare dall'inadeguatezza di alcune decisioni del parlamento o, più in generale, delle autorità nomopoietiche dello Stato.

Per correggere questi errori, tanto il *Bundesverfassungsgericht*, quanto le altre Corti costituzionali, devono ridefinire i limiti propri dei diritti fondamentali perseguendo il principio dell'ottima proporzione, al fine di garantire la normatività degli stessi e, più in generale, la validità delle norme giuridiche e dell'ordinamento (che si raggiunge solamente con una giustificazione razionale). Solo nel caso in cui le premesse empiriche del ragionamento risultassero particolarmente deboli, la formula del peso "imporrebbe" ai giudici un atteggiamento di *self-restraint* e di deferenza nei confronti del parlamento. Negli altri casi, invece, il giudice dovrebbe intervenire per "sanare" i difetti morali del sistema. In questo modo: i) i diritti fondamentali sarebbero postulati della morale oggettiva e, se applicati correttamente, impedirebbero al sistema di cadere nell'ingiustizia intollerabile; ii) la formula del peso sarebbe espressione di un meta-bilanciamento sulla certezza delle premesse, il cui risultato si riverbererebbe a livello dei principi formali dell'ordinamento.

4 LA PRETESA DI CORRETTEZZA: UNA QUESTIONE SPINOSA

S'è detto che l'argomento della pretesa di correttezza (insieme all'argomento dell'ingiustizia, e quello della struttura dei principi) è uno degli anelli che collega, da un lato, i principi alla proporzionalità e, dall'altro, il diritto alla morale (cfr. §1, punto *sub* (B)). Se, come ho modo di credere, quest'argomento è dop-

¹³ Alexy (2005).

pivamente fallace, la solidità di questi legami potrà essere messa seriamente in discussione. Cercherò ora di addurre argomenti a sostegno della mia tesi.

Secondo Alexy le prescrizioni giuridiche (e, di conseguenza, gli ordinamenti giuridici considerati nella loro interezza), in modo analogo alle asserzioni, vanterebbero necessariamente nei confronti dei loro destinatari una *pretesa di correttezza*, per lo più implicita.¹⁴ Ovviamente, ci sono diversi usi di "correttezza": quello rilevante, in questo caso, è la correttezza intesa come "giustizia"; quest'ultimo concetto è a sua volta definito in maniera classica, in termini di *distribuzione e compensazione*.

Il principale argomento che Alexy utilizza per provare la validità di questa tesi è quello della *contraddizione performativa* (*performativer Widerspruch*): una contraddizione logica fra ciò che è (esplicitamente) detto e ciò che è (implicitamente) presupposto da un atto normativo di un'autorità nomopoietica. La prova consisterebbe nel verificare se, generando un contenuto contrario a quello della presupposizione implicita - in questo caso, ciò che potremmo chiamare una *"pretesa di scorrettezza"* (*Anspruch auf Unrichtigkeit*) - e agganciandolo all'enunciato proferito da una qualsiasi autorità giuridica, si verifici realmente una contraddizione. La dimostrazione è condotta tramite due esperimenti mentali.¹⁵

1. *Primo esperimento mentale*. Immaginiamo una Costituzione di un ipotetico Stato X che contenga la seguente disposizione: (1) «X è uno Stato sovrano, federale e *ingiusto*». Qui la Costituzione qualifica esplicitamente lo Stato X come ingiusto: ebbene, secondo Alexy tale disposizione sarebbe tanto assurda quanto un'asserzione del tipo (2) «Il gatto è sul tappeto ma io non ci credo». A detta sua, ciò dovrebbe essere sufficiente per dimostrare che l'atto linguistico *collettivo* di adozione di una costituzione sollevi necessariamente la pretesa che la Costituzione sia giusta. Si noti bene: secondo Alexy, qui non si tratta semplicemente della violazione di una convenzione, per così dire, *stilistica* su come scrivere una costituzione; le norme, costituzionali e non, i) si presentano *necessariamente* come corrette (condizione costitutiva), ii) dobbiamo presumere che chi le promulga abbia l'*entitlement* per farlo (condizione giustificativa) e iii) che questo sia anche sincero (condizione di sincerità). Sempre secondo di Alexy, il punto dovrebbe essere ancor più evidente se siamo disposti a considerare che l'enunciato (3) «X è uno stato giusto» possa essere considerato come ridondante.¹⁶

2. *Secondo esperimento mentale*. Immaginiamo che un giudice emetta una sentenza ricorrendo a un enunciato del tipo (4) «L'accusato è condannato all'ergastolo, e ciò è sbagliato» o, alternativamente, (5) «L'accusato è condannato

14 Alexy (2002: 33-36). Se la pretesa non è sollevata, non si hanno norme e sistemi giuridici; se la pretesa è sollevata, ma non soddisfatta, si hanno norme e sistemi giuridici difettosi.

15 Alexy (2002: 35 ss.).

16 Alexy (2002: 37).

all'ergastolo, ma questa è un'interpretazione sbagliata del diritto vigente».¹⁷ In entrambi i casi, ciò darebbe luogo a una contraddizione.

L'argomento della contraddizione performativa è brillante. Per certi versi, il ragionamento ha una struttura simile a quella di altri paradossi, come il *paradosso di Moore* [(6) «Piove, ma non ci credo»], ad esempio: s'identificano dei concetti impliciti che hanno un'articolazione inferenziale e che, una volta istanzati in forma espressa, manifestano la presenza di una contraddizione interna.¹⁸ Sulla stessa linea, si collocano anche i cosiddetti *performativi di Geach*, noti a chi ha una certa familiarità con il dibattito sulla natura dei giudizi di valore.¹⁹ Geach intendeva refutare la tesi secondo cui i termini "buono" e "cattivo" sarebbero sempre usati "performativamente" per esprimere approvazione o biasimo (Ayer), per lodare o condannare (Stevenson), per prescrivere un certa condotta (Hare); la dimostrazione è svolta attraverso l'identificazione di enunciati in cui compare il termine "sbagliato" - con accezione morale - (ad esempio: (7) «E' vero che rubare è sbagliato?», (8) «Mi chiedo se rubare sia sbagliato», (9) «Se rubare è sbagliato, uccidere lo è ancor più»), ma che chiaramente non sono espressioni di biasimo, comando, vitupero, ecc.

D'altro canto, ritengo che, in questo caso, la strategia non funzioni per nulla: a mio avviso, l'argomento di Alexy non centra il bersaglio, perché è *doppiamente fallace*. In primo luogo, confonde le regole costitutive dell'asserzione con quelle della prescrizione. In secondo luogo, rifiutando di relativizzare la proprietà della correttezza a parametri esterni, cade in un vizio di circolarità. Ovviamente, a tutto questo si dovrebbe aggiungere un altro problema, di certo non trascurabile: che accidenti sarebbe un "atto linguistico collettivo"? Sinceramente, non credo che nella teoria degli *Speech Acts* vi sia spazio per un'invenzione del genere. Tuttavia, propongo di lasciare da parte quest'ultimo problema, per dedicarci esclusivamente alla doppia fallacia.

4.1 La prima fallacia

Credo che la *confusione fra regole costitutive dell'asserzione e della prescrizione* possa essere dimostrata in pochi passaggi. Secondo Alexy, l'idea di una prescrizione che non avanza una pretesa di giustizia fa a pugni con la natura stessa dell'atto prescrittivo, perché la "giustizia" della prescrizione (intesa come "correttezza morale" della stessa) andrebbe considerata sia come una delle *condizioni costitutive* dell'atto, sia come una *condizione giustificativa* per il riconoscimento di un "titolo valido" a chi l'ha prodotta. Inoltre, anche nel caso della prescrizione, vigerebbe la massima della sincerità.

¹⁷ Alexy (2002: 38 ss.).

¹⁸ Moore (1993: 207 ss.).

¹⁹ Sul punto, si confronti almeno l'ottima ricostruzione offerta in Schroeder (2010: 41 ss.).

Ebbene, nel formulare questa tesi, Alexy evidentemente trascura le peculiarità dell'atto prescrittivo. In filosofia del linguaggio, è assunzione condivisa che l'asserzione abbia una relazione interna con i concetti di *verità* e *credenza*: quindi, affinché una certa asserzione possa essere considerata come atto linguistico "ben formato", dovrà essere vera, giustificata e sincera.²⁰ La falsità sarebbe un caso speciale di *misfire*, che comporterebbe il rigetto del contenuto. La mancanza di fondamento (giustificazione epistemica) corrisponderebbe invece a un *abuso* dell'asserzione, poiché, in assenza di giustificazioni, una persona può solo millantare, cioè asserire senza averne il "diritto" - mancherebbe il "titolo valido" per trasmettere l'informazione. Infine, anche l'insincerità, o la menzogna, potrebbe essere considerata come un *abuso* delle convenzioni che regolano l'asserzione.²¹

Nel caso della prescrizione, però, le cose funzionano in maniera molto diversa. Contrariamente a quanto afferma Alexy, non esiste una relazione interna fra prescrizione e pretesa di correttezza morale, analoga a quella che intercorre fra asserzione e verità. Infatti, io posso tranquillamente prescrivere una certa azione, pur senza credere che essa sia moralmente corretta; potrei addirittura presentare esplicitamente tale azione come "ingiusta" (anche se ciò, in genere, non sarebbe molto prudente). Tutti questi elementi - se scoperti - potranno offrire al destinatario ragioni per non obbedire, ma non per negare che l'atto in questione sia una prescrizione.

Un atto prescrittivo solleva la pretesa di produrre un obbligo per il destinatario, rimandando a un'idea di autorità e di competenza. Condizioni per la felicità dell'atto prescrittivo sono: i) la presenza di certe regole che fissano una procedura convenzionalmente accettata per la produzione dell'atto (norme di competenza); ii) la correttezza nell'esecuzione della procedura; iii) la completezza di tale esecuzione; iv) l'appropriatezza dell'organo, intesa come compimento della procedura da parte di un soggetto dotato di autorità - come notava già J. L. Austin, un soldato non può dare un ordine al suo superiore.²² D'altra parte, non mi sembra che sia necessario aggiungere altre condizioni che abbiano che vedere con presunti impegni morali del parlante, come invece suggerisce Alexy:²³

4.1.1. In primo luogo, suona davvero bizzarra l'affermazione che ogni prescrizione implichi necessariamente un'asserzione o un *commissive act*: si pensi

20 Confronta almeno Austin (1975: 132 ss.); Williamson (2002: Cap. XI).

21 Penco (2008: 2).

22 Sbisà (1989: 115). "Un ordine senza autorità diventa pretesa, protesta, forse sfida /.../."

23 Si potrebbe concedere l'aggiunta di ulteriori condizioni, che però non hanno nulla a che vedere con norme morali. Ad esempio: i) la condizione che l'autorità in questione sia consapevole del suo potere sul destinatario e che, quindi, creda che il destinatario, in linea di massima, sarà disposto ad accettare il comando e capace di comprenderlo; ii) un comportamento successivo appropriato da parte dell'autorità nomopoietica. Sulle condizioni di felicità in generale si veda Austin (1975: 17-37).

a un precetto individuale e concreto del tipo (10) «Marie, vieni subito qui!». Difficilmente saremmo portati a credere che tale precetto, di per sé, *implichi* pragmaticamente un'asserzione su certi fatti, o sia anche una presa di posizione intorno alla moralità dell'azione 'venire qua, che Marie dovrebbe portare a compimento.²⁴

4.1.2. In secondo luogo, come già detto, lo scopo della prescrizione, o *Illocutionary point* se vogliamo usare il lessico di Searle, è far compiere una certa azione a un certo destinatario - o, alternativamente fare riconoscere a un certo destinatario la nostra intenzione, o volontà, che egli compia una certa azione. Se per raggiungere tale scopo si deve mentire a proposito della giustizia del contenuto della prescrizione, questo è del tutto irrilevante. Anzi: in alcuni casi è pragmaticamente consigliabile mentire sul valore morale della prescrizione, per far sì che gli altri la adottino effettivamente come schema di comportamento. In altri termini, contrariamente alle presunzioni di Alexy, la massima (o condizione) di sincerità, che è centrale per l'asserzione, non presenta un analogo nel discorso prescrittivo, dove l'autorità può addirittura comandare azioni nei confronti delle quali è moralmente indifferente o persino contraria - per mettere alla prova l'obbedienza del destinatario o semplicemente per dargli fastidio, interferendo con la sua condotta. Si pensi al Sacrificio di Isacco (Genesi 22, 2-13): Dio - che è l'autorità morale suprema di un certo contesto istituzionale - per testare la fede di Abramo, gli ordina di sacrificare il suo unico figlio.

Facciamo un esempio. Poniamo che io voglia ordinare a Marie di venire subito da me per il puro diletto di vederla correre, e che lei non voglia venire da me. Potrei insistere, aggiungendo all'enunciato (10) la minaccia di una sanzione - (11) «Se non vieni, non ti darò il gelato!» - oppure, se credo che possa essere altrettanto efficace, una pretesa di correttezza esplicita - (12) «Come insegna Gesù, la prescrizione di venire qui è buona e giusta!». Tuttavia, la pretesa di correttezza non è un elemento necessario, e potrei sostituirla pacificamente con una pretesa di scorrettezza: (13) «Lo so che è ingiusto, ma non me ne frega niente, devi correre subito qui!». Solo qualcuno che ha totalmente dimenticato il modo in cui le nostre maestre delle elementari o i nostri genitori rinforzavano una prescrizione sarebbe disposto ad affermare che gli enunciati (10) e (13) siano incompatibili, o che la loro congiunzione sia prova di irrazionalità. Ovviamente rimane sempre aperta la possibilità di disobbedire.

Certo, Alexy potrebbe provare a rigettare quest'obiezione sostenendo che le prescrizioni giuridiche (che avvengono in contesti istituzionalizzati) non funzionano come quelle comuni (proprie di contesti non-istituzionalizzati): esse andrebbero quindi considerate come atti linguistici del tutto peculiari, che hanno delle regole costitutive ulteriori, di natura morale, raccolte nell'idea della *pretesa*

24 Per una strategia analoga usata contro il paradosso di Moore si veda Grice (1978).

di correttezza. Credo, tuttavia, che le cose non stiano in questi termini, e che questa maniera di replicare non sia efficace.

Oltre alla banale considerazione che prescrizioni comuni e prescrizioni giuridiche sono spesso formulate in maniera simile, se non identica, possiamo anche produrre argomenti "giurisprudenziali" senz'altro più efficaci. Lasciando da parte l'ordinamento Nazista - cui Alexy negherebbe senz'altro il titolo di diritto - non è impossibile trovare validi controesempi di giudici appartenenti a "autentici" ordinamenti giuridici che affermano *esplicitamente* di applicare norme giuridiche ingiuste. Per dirne una, si potrebbe guardare a quello che è da sempre considerato come uno degli esempi paradigmatici di ordinamento giuridico: gli Stati Uniti d'America. Il fenomeno è stato spesso trascurato dai filosofi e storici del diritto ma, come dimostra l'interessante studio di Robert Covert, molte volte dei giudici americani si sono trovati a "applicare" un diritto che loro stessi ritenevano e, soprattutto, presentavano come ingiusto.²⁵ Questo avveniva specialmente in quei periodi storici in cui la cultura giuridica dominante abbracciava qualche forma di giuspositivismo ideologico.

In questo caso, l'esempio più rappresentativo è probabilmente offerto da tutti quei giudici "giuspositivisti" che nell'Ottocento applicavano i cosiddetti *Fugitive Slave Acts* (promulgati nel 1793 e 1850) per punire sia gli schiavi che fuggivano dal loro padrone, sia tutti coloro che li aiutavano in questa impresa, pur affermando a chiare lettere, in sede di motivazione, che erano "obbligati" (*Forced*) dalla legge a decidere in favore della schiavitù, che loro stessi, come uomini e giudici, consideravano un'istituzione profondamente ingiusta.²⁶ Nemmeno chi ha criticato quest'orientamento giurisprudenziale - ritenendo che gli *Statutes* dovessero essere interpretati come anti-costituzionali, che il giuspositivismo sia un "cattivo metodo", che questi giudici avrebbero dovuto argomentare in altro modo, e via dicendo - se l'è mai sentita di negare che le decisioni in questione costituissero dei genuini atti prescrittivi, espressivi di norme giuridiche, nonostante la loro "pretesa di scorrettezza".²⁷ E il semplice fatto che oggi, in Occidente, l'argomentazione giuspositivistica non vada più di moda come un tempo non offre certo una buona ragione per ritenere che siano mutate radicalmente le regole costitutive degli atti prescrittivi.

4.1.3. Una terza obiezione che si muove sulla stessa linea delle precedenti due è stata invece formulata un paio d'anni fa da John Gardner.²⁸ Se prendiamo

²⁵ Covert (1975).

²⁶ Gli esempi riportati da Covert sono numerosi. Ne menziono alcuni, partendo dalla selezione di A.J. Sebok, 1991: 1835, nt. 6. Miller v. McQuerry, 17 F. Cas. 335, 339 (C.C.D. Ohio 1853) (No. 9,583); Norris v. Newton, 18 F. Cas. 322, 326 (C.C.D. Ind. 1850) (No. 10,307); Gilmerv. Gorham, 10 F. Cas. 424, 432 (C.C.D. Mich. 1848) (No. 5, 453); Vaughanv. Williams, 28 F. Cas. 1115, 1116 (C.C.D. Ind. 1845) (No.16,903).

²⁷ Confronta Sebok (1991); Dworkin (1975) e (1986: 411).

²⁸ Gardner (2012).

in considerazione il primo esperimento mentale proposto da Alexy, ci accorgiamo che la disposizione costituzionale in questione fa riferimento al concetto di "giustizia" e non a quello di "correttezza morale". Orbene, è assolutamente possibile che qualcosa sia, al contempo, "ingiusto" e "moralmente corretto": infatti, l'ambito della moralità non si esaurisce in quello della giustizia, comprendendo anche valori come l'umanità, la tolleranza, la pietà, la prudenza, e via dicendo. Se le cose stanno così, il diritto potrebbe ben autodefinirsi "ingiusto" senza per questo perdere la sua pretesa di correttezza morale e, di conseguenza, la disposizione ideata da Alexy non darebbe luogo ad alcuna contraddizione performativa. Infatti, l'enunciato (1) potrebbe tranquillamente essere formulato all'interno di un'ipotetica costituzione, senza dare luogo a una contraddizione performativa, tant'è che si potrebbe immaginare una sua continuazione del tipo: «... perché l'ingiustizia è il prezzo che dobbiamo giustamente pagare per una civiltà tollerante, umana e pietosa».

4.1.4. Alexy afferma che l'enunciato (3) «X è uno Stato giusto» è palesemente ridondante. Ebbene, io credo che quest'assunto sia falsificabile. In primo luogo, tale enunciato non è ridondante per l'emotivista etico, che lo considererebbe come l'esternazione di un giudizio di valore irrazionale e puramente soggettivo. In secondo luogo, non è ridondante nemmeno per il relativista, che lo considererebbe come un'asserzione, espressiva di una genuina credenza, valutabile in termini di verità o falsità relativa a certi standard contingenti (torneremo su questo punto). Infine, sarebbe addirittura un enunciato *auto-contraddittorio* per l'anarchico, che dimostra l'impossibilità di uno Stato giusto.²⁹

4.1.5. Infine, fermo restando quanto detto sinora, non dobbiamo trascurare un particolare tutt'altro che irrilevante: il termine "giusto" è un *predicato intensionale*. Questo implica che, dal fatto di presentare una certa azione come "giusta", non segue che tale azione sia davvero giusta; proprio come dal fatto che la piccola Marie disegni, o rappresenti, un unicorno, non segue che gli unicorni esistano davvero.

In estrema sintesi: Alexy ha senz'altro ragione quando afferma che sia l'asserzione, sia la prescrizione sono identificabili come tali in virtù dell'impegno a certe conseguenze pragmatiche ascrivibili all'emittente in un certo contesto; egli ha ragione anche quando afferma che, qualora chi asserisce o chi prescrive non abbia, rispettivamente, competenza epistemica o pratica egli non possa trasmettere un titolo valido per inferire certe altre informazioni, o per agire in un certo modo - cosa che implicherebbe la legittimità del non credere o del non obbedire da parte del destinatario. Tuttavia, sbaglia nel considerare principi morali ("non mentire", "non abusare della fiducia", "mantieni la parola data", e via dicendo) come condizioni costitutive della prescrizione, e/o condizioni per l'iscrizione di una titolarità inferenziale all'autorità che emette la prescrizione.

²⁹ Wolff (1970).

4.2 La seconda fallacia

L'argomentazione di Alexy presenta, inoltre, un vizio di circolarità. Tale difetto è così evidente che, in questo caso, non sarà necessaria una dimostrazione tanto articolata quanto la precedente. Alexy è convinto che enunciati del tipo «X è uno Stato ingiusto» esprimano delle proposizioni la cui verità o falsità può essere determinata in maniera assoluta (vale a dire: in ogni mondo possibile, in ogni circostanza di valutazione). Nel perseguire questa tesi, egli rigetta sia *l'emotivismo classico* (à la Ayer), sia il *relativismo etico*. D'altra parte, il rifiuto del relativismo lo conduce a un ragionamento circolare, in cui la giustizia è rappresentata come un elemento intrinseco proprio dell'oggetto della valutazione.

Secondo *l'emotivismo à la Ayer*, i giudizi di valore - enunciati come (14) «La tortura è sbagliata», (15) «Lo stato X è giusto», (16) «Uccidere i bambini è moralmente scorretto», e via dicendo - non hanno un significato (o contenuto) semantico, ma solo un significato emotivo, sintomatico: questo perché non ha senso concepirli in termini di condizioni di verità, non esistendo parametri oggettivi per la loro verifica. Enunciati come 14-16 andrebbero quindi considerati al pari di espressioni quali "Buù!" e "Urrà!".

Secondo il *relativismo*, invece, i giudizi di valore possono essere presentati come enunciati *vero-funzionali*, e quindi come espressioni di genuine credenze; tuttavia, la loro verità o falsità non potrà essere determinata in maniera assoluta.³⁰ Essa dipenderà sempre da parametri contingenti ulteriori rispetto alla tripla mondo possibile (*w*), tempo (*t*) e luogo (*l*). Mi riferisco in particolare a standard epistemici, percettivi, morali relativi, e fra questi possono figurare anche pregiudizi soggettivi, gusti personali, e via dicendo. Secondo il modello relativista, dunque, un enunciato del tipo «X è uno stato giusto» esprime un contenuto proposizionale, che si potrebbe rappresentare, ad esempio, con l'espressione «[INT(X è uno Stato ingiusto)]» - dove «INT» sta per *intensione* - la cui verità in *w*, *l*, *t*, è relativa a certi standard *C*.

Eventuali disaccordi verteranno sulla stessa *intensione* - una sorta di *lek-ton* costituito una *n-pla* fissa rispetto ai diversi contesti. Questa però non corrisponderà al *contenuto completo* del proferimento, essendo sempre richiesta un'integrazione *estensionale* tramite parametri propri della *circostanza di valutazione*. In questo senso, il relativismo è caratterizzato da un *pluralismo dei parametri di valutazione*. Riprendendo l'esempio di Alexy: un certo Stato che stabilisce pene corporali serie per i bambini che strillano potrà essere *giusto* per un certo soggetto *A*, che adotta uno standard che assegna priorità assoluta al valore della quiete, e che detesta i bambini, e *ingiusto* per un altro soggetto *B*,

30 Si vedano almeno i saggi contenuti in M. Garcia-Carpintero & M. Kölbel (2008).

che adora i bambini e i loro rumori. Di conseguenza, l'enunciato «X è uno Stato ingiusto» sarà vero per A e falso per B.

Il rifiuto di relativizzare la nozione di correttezza a un parametro esterno spinge Alexy a considerare che questa proprietà possa essere determinata in modo circolare e, quindi, fallace. L'enunciato «X è uno Stato giusto» sarà giustificato *se e solo se* le sue norme sono moralmente corrette. Ma da dove ricaviamo la correttezza morale di una certa *prescrizione* che p? Nella costruzione di Alexy, quest'elemento è presentato come qualcosa *d'intrinseco* rispetto alla norma, ma questo è del tutto circolare. Sotto questo profilo, c'è affinità tra prescrizione e asserzione: è evidente che un enunciato del tipo «Op è corretto se e solo se Op» (es. «Obbligatorio fumare è corretto se e solo se è obbligatorio fumare») è circolare tanto quanto un enunciato del tipo «p è vero se e solo se p» (es. «Il gatto è sul tappeto se e solo se il gatto è sul tappeto»).

Si badi bene, letture più caritatevoli non sembrano percorribili: nel modello di Alexy non c'è alcun dispositivo di "ascesa semantica" (da un linguaggio a un meta-linguaggio), come una forma di *disquotational truth*, per cui lo schema di equivalenza andrebbe reinterpretato come un enunciato della forma «'Op' è corretto perché Op». Al contrario, è certo che in Alexy i due obblighi siano identici e appartengano allo stesso livello di linguaggio.

Alessio Sardo

*assegnista di ricerca presso
l'Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto,
Università degli Studi di Genova*

— **Ringraziamento.** — Vorrei ringraziare Mauro Barberis, Nicola Muffato e Andrej Kristan per i generosi commenti a una versione precedente di questo scritto. Senza il loro aiuto non avrei potuto identificare alcuni miei errori e la qualità del prodotto finale sarebbe stata certamente inferiore. Ringrazio inoltre Matija Žgur per il paziente lavoro di traduzione allo Sloveno.

Bibliografia

- Robert ALEXY, 2002: *Begriff und Geltung des Rechts* (1992). Trad. ingl. a cura di Stanley L. Paulson & B. Litschewski Paulson. *The Argument From Injustice*. Oxford: Oxford University Press.
- , 2005: Balancing, Constitutional Review and Representation. *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005) 5. 572-581.
- , 2008: On the Concept and Nature of Law. *Ratio Juris* 21 (2008) 3. 281-299.
- , 2012: *Theorie der Grundrechte* (1994). Trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*. A cura di Matthias Klatt. Bologna: Il Mulino.
- , 2012b: Comments and Responses. *Institutionalized Reason. The Philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Oxford University Press. 319-357.
- , 2014: Constitutional Rights and Proportionality. *Revus* (2014) 51-65.
- John L. AUSTIN, 1975: *How to Do Things with Words* (2nd ed.). A cura di Sbisà M. Urmson. Oxford: Clarendon Press.

- Robert M. COVERT, 1975: *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process*. Boston (Mass.): Yale University Press.
- Ronald DWORKIN, 1975: The Law of the Slave-Catchers. *Times Literary Supplement*. 5 Dic. 1975.
, 1986: *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- Manuel GARCIA-CARPINTERO & Max KÖLBEL (a cura di), 2008: *Relative Truth*. Oxford: Oxford University Press.
- John GARDNER, 2012: How Law Claims, What Law Claims. *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*. A cura di Matthias Klatt. Oxford: Oxford University Press. 29-44.
- Paul GRICE, 1978: Further Notes on Logic and Conversation. *Syntax and Semantics* (1978) 9. 113-127.
- George E. MOORE, 1993: Moore's Paradox. *G.E. Moore: Selected Writings*. A cura di Thomas Baldwin. London: Routledge.
- Carlo PENCO, 2008: Truth, Assertion and Charity. *Peruvian Journal of Epistemology*. 1-11.
- Marina SBISÀ, 1989: *Linguaggio, ragione, interazione. Per una pragmatica degli atti linguistici*. Bologna: Il Mulino.
- Mark SCHROEDER, 2010: *Noncognitivism in Ethics*. New York (NY): Routledge.
- Anthony J. SEBOK, 1991: Judging the Fugitive Slave Acts. *The Yale Law Journal* 100 (1991) 6. 1835-1854.
- Timothy WILLIAMSON, 2002: *Knowledge and its Limits*. Oxford: Oxford University Press.
- Robert P. WOLFF, 1970: *In Defense of Anarchism*. New York (NY): Harper & Row.

Synopsis

Alessio Sardo

Alexy, proporzionalità e pretesa di correttezza

Un'introduzione critica

SLOV. | *Alexy, sorazmernost in zatrjevanje pravilnosti. Krični uvod.* Namen tega uvodnega zapisa je dokaj skromen. Najprej bom na kratko predstavil doktrino sorazmernosti, kot jo pojmuje Robert Alexy. Nato bom izpostavil nekaj pomembnih posledic te doktrine. Na koncu pa bom podal nekaj posameznih ugovorov proti *performativnim protislovjem*. Tako bom skušal dokazati, da v jezikovni praksi - nasprotno od tega, kar meni Alexy - predpisna dejanja ne vključujejo nujno zatrditve pravilnosti.

Ključne besede: sorazmernost, zatrjevanje pravilnosti, Alexy, govorna dejanja, norme

ITA. | L'obiettivo di questo saggio è modesto. Presenterò brevemente la dottrina della proporzionalità, così come concepita da Robert Alexy. Evidenzerò quindi alcuni aspetti rilevanti della stessa, per poi formulare una critica puntuale all'argomento della *contraddizione performativa*. In particolare cercherò di provare che, contrariamente a quanto pensa Alexy, la pratica della prescrizione non solleva alcuna pretesa di correttezza morale.

Parole chiave: proporzionalità, pretesa di correttezza, Alexy, atti linguistici, norme

ENG. | *Alexy, Proportionality and the Claim to Correctness. A Critical Introduction.* The aim of this paper is quite modest. First, I shall briefly present the doctrine of proportionality, as conceived by Robert Alexy. Second, I shall point out a few important implications of this doctrine. Third, I will provide specific objections against the *performative contradiction*: I will attempt to prove that, contrary to what Robert Alexy thinks, the linguistic practice of prescribing does not raise any claim to moral correctness.

Keywords: proportionality, claim to correctness, Alexy, speech acts, norms

Summary: 1. Premise. — 2. A Short Reconstruction. — 3. Some Clarifications. — 3.1. *The Presupposed Notion of Proposition.* — 3.2. *Proportionality Is Not a "Solitary Monad".* — 4. The Claim to Correctness: a Tricky Question. — 4.1. *The First Fallacy.* — 4.2. *The Second Fallacy.*

Alessio Sardo is a research fellow (ital. *assegnista di ricerca*) and a doctoral student at the University of Genoa. | Address: Tarello Institute for Legal Philosophy, Via Balbi 30/18, 16126 Genoa, Italy. E-mail: alessiosardo@gmail.com.