

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

Giorgio Pino \*

## *Sommario*

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

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

## *Abstract*

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

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

---

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

## 1. Premessa

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

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

---

<sup>1</sup> Ferrajoli 2016.

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

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

Procederò nel modo seguente. Innanzitutto, prima di esporre i miei punti di dissenso teorico rispetto ad alcune tesi sostenute da Ferrajoli in *La logica del diritto*, proverò a segnalare alcuni punti sui quali invece mi trovo d'accordo con la critica di Ferrajoli a Kelsen – anche se in alcuni casi si tratterà di un accordo solo precario (§ 2). Passerò poi ad esaminare alcune tesi di Ferrajoli sulle quali ritengo si possano sollevare alcune, non marginali, perplessità (§ 3). Concluderò infine con una notazione blandamente provocatoria sul ruolo che Ferrajoli assegna alla scienza giuridica (§ 4).

## 2. Accordi (precari)

Inizio dunque da due punti su cui mi trovo totalmente d'accordo con Ferrajoli, per poi passare ad altri due punti su cui il mio accordo è solo parziale.

1) Un primo punto di accordo con Ferrajoli riguarda la sua critica alla attenzione eccessiva (che poi diventerà addirittura esclusiva) che Kelsen dedica all'aspetto dinamico dell'ordinamento giuridico: cosa che porta Kelsen a trascurare, e infine a pretermettere del tutto, l'aspetto statico dell'ordinamento giuridico<sup>4</sup>. Ora, è evidente che gli ordinamenti giuridici hanno una importante (e talvolta perfino predominante) dimensione dinamica<sup>5</sup>; ma è altrettanto evidente che il diritto, nella misura in cui ha una strutturazione gerarchica, include anche una dimensione statica; questo è vero per qualunque diritto, mi pare, ma è ancora più vero e visibile per il diritto dello Stato costituzionale, in cui anche la validità della legge ha una dimensione non più solo dinamica (cioè formale-procedurale) ma anche statica (cioè contenutistica).

I sistemi giuridici sono dunque sistemi normativi misti, statici e dinamici, in cui queste due dimensioni si intersecano e si sovrappongono in modi niente affatto banali<sup>6</sup>. L'accordo su questo punto, tuttavia, pone le basi per una critica che muoverò a Ferrajoli in conclusione di questo saggio (§ 4).

---

Luigi Ferrajoli. Rinvio in particolare a Pino 2010a; Pino 2011; Pino 2014. Alcuni degli argomenti che espongo qui di seguito hanno già fatto capolino in alcuni di questi lavori, *ratione materiae*.

<sup>4</sup> Ferrajoli 2016: cap. VI. Kelsen, a dire il vero, non esclude che i sistemi giuridici possano avere anche una componente statica, ma considera questo aspetto come del tutto secondario rispetto a quello dinamico, e nell'ultima fase della sua produzione scientifica lo elide del tutto.

<sup>5</sup> Alcuni aspetti anche paradossali della natura dinamica del diritto sono stati magistralmente portati alla luce da Bruno Celano: v. in particolare Celano 2002; Celano 2006.

<sup>6</sup> Nella teoria del diritto più recente questa tematica è stata riformulata come riflessione sui diversi tipi di gerarchie normative (in particolare le gerarchie "strutturali", "materiali" e "assiologiche"): gerarchie che operano contemporaneamente all'interno degli ordinamenti giuridici, e si intersecano in vari modi. In proposito, tra gli studi più recenti, Guastini 2010: 241-254; Ferrer, Rodríguez 2011; Pino 2016a: cap. VII.

2) Un secondo punto di accordo riguarda la critica, che Ferrajoli muove a Kelsen, di indentificare e confondere la “norma” e l’“atto normativo”<sup>7</sup>: due nozioni che invece sono ontologicamente distinte (confonderli è un vero e proprio errore categoriale), e alle quali corrispondono due diverse nozioni di validità – rispettivamente, la validità “materiale”, o “sostanziale”, e la validità “formale”. Su questo punto sembrerebbe esserci poco da aggiungere, visto che la distinzione tra atto normativo e norma è ormai definitivamente acquisita quantomeno alla teoria del diritto di indirizzo analitico, ed è normalmente utilizzata anche dai giuristi dotati di una purché minima consapevolezza metodologica<sup>8</sup>. Anche in questo caso, tuttavia, il mio accordo con Ferrajoli è la base per un successivo dissenso. Si può infatti obiettare a Ferrajoli di non aver sfruttato appieno, e neanche in maniera del tutto lineare, le implicazioni dello schema teorico norma-atto normativo (§ 3.3).

3) Un terzo punto di accordo (e qui in verità l’accordo diventa meno netto rispetto a quello di cui ai punti precedenti) riguarda la critica di Ferrajoli al modo in cui Kelsen concepisce i diritti soggettivi<sup>9</sup>. Quella di Kelsen è, come è noto, una concezione doppiamente riduzionista dei diritti soggettivi: Kelsen lega il diritto soggettivo per un verso al concetto di obbligo (il diritto soggettivo sarebbe semplicemente il riflesso di un obbligo altrui), e per altro verso alla possibilità di agire in giudizio (il diritto soggettivo consisterebbe nella possibilità di attivare un meccanismo giudiziario che porta all’applicazione di una sanzione: diritto soggettivo “in senso tecnico”)<sup>10</sup>. Con la conseguenza che i diritti per i quali non siano chiaramente previsti obblighi corrispondenti, e/o che non siano tutelabili in sede giudiziaria, semplicemente non esistono come diritti. Ferrajoli, per parte sua, ha superato questo duplice riduzionismo scindendo il diritto sia dalla sua garanzia “primaria” (l’obbligo corrispondente al diritto), sia dalla sua garanzia “secondaria” (la possibilità di attivare una tutela giudiziaria del diritto)<sup>11</sup>.

Tuttavia, almeno per quanto riguarda la nozione di garanzia primaria, ci si può domandare quanto Ferrajoli si sia realmente allontanato dal modello kelseniano. Anche Ferrajoli, infatti, insiste sul fatto che tra il diritto soggettivo e la sua garanzia primaria (cioè, come abbiamo appena visto, l’obbligo corrispondente al diritto) vi sia una «relazione logica»<sup>12</sup>; e se con ciò si intende dire che si tratta di una relazione concettuale, necessaria, allora si torna esattamente a Kelsen, e all’idea che a ogni diritto deve corrispondere un obbligo (e che dunque, in mancanza

<sup>7</sup> Ferrajoli 2016: 89-96.

<sup>8</sup> Per una introduzione elementare a queste nozioni, cfr. quantomeno Pino 2016a: capp. I e V.

<sup>9</sup> Ferrajoli 2016: 36 ss.

<sup>10</sup> Cfr. ad es. Kelsen 1966: 150-153.

<sup>11</sup> Ferrajoli 2016: cap. III. Si tratta di una distinzione che Ferrajoli ha articolato a partire quantomeno a partire da Ferrajoli 2001.

<sup>12</sup> Ferrajoli 2016: 54.

di obbligo, semplicemente *non c'è il diritto*<sup>13</sup>). Si noti peraltro che qui non è utile richiamare la natura nomodinamica del diritto, come fa Ferrajoli, per affermare che mentre il diritto è già esistente in virtù di una norma che lo proclama, può contingentemente non essere stata ancora prodotta la norma che contiene l'obbligo corrispondente; questo perché, se tra diritto e obbligo (o garanzia primaria) sussiste una relazione logico-definitoria, allora diritto e obbligo non vengono istituiti da due norme distinte (una delle quali potrebbe, in ipotesi, mancare a causa della natura nomodinamica del diritto); piuttosto, diritto e obbligo sono istituiti *da una stessa e unica norma*: se una norma mi attribuisce il diritto di non essere torturato, *quella stessa norma* crea anche l'obbligo di non torturarmi. Altra e (concettualmente) separata questione è se poi tale obbligo sia sanzionato penalmente, o se esistano strumenti giuridici per prevenire gli atti di tortura, per risarcire le vittime, ecc. (le garanzie secondarie del diritto): queste cose dovranno effettivamente essere istituite da norme ulteriori rispetto a quella che istituisce il diritto a non essere torturati (e il correlativo obbligo di non torturare). Quindi non si può sostenere che ad ogni diritto corrisponde concettualmente un obbligo (la garanzia primaria), e allo stesso tempo sostenere che la garanzia primaria può anche non essere stata istituita.

Ferrajoli si è certamente accorto di questa difficoltà, perché ad un certo punto afferma (modificando il modo in cui in precedenza aveva trattato questo punto)<sup>14</sup> che nel caso dei diritti fondamentali la garanzia primaria è un obbligo *del legislatore*: obbligo che esiste *ab origine* come riflesso logico della proclamazione costituzionale di un diritto fondamentale, e il cui contenuto è di provvedere alla produzione di una disciplina legislativa che renda esercitabile il diritto (ivi inclusa l'introduzione delle garanzie secondarie). Questo salva la coerenza logico-concettuale della costruzione di Ferrajoli, appunto perché così si ribadisce che almeno un obbligo segue automaticamente, logicamente, dal diritto; ma palesemente così si finisce per degradare i diritti fondamentali a mere "norme programmatiche", la cui attuazione è interamente rimessa al legislatore<sup>15</sup>. Di contro, negli Stati costituzionali è prassi del tutto comune che i diritti fondamentali siano usati direttamente dalle corti, anche senza una apposita *interpositio legislatoris*: questa pratica, che può essere perfino considerata come uno dei tratti distintivi del costituzionalismo contemporaneo<sup>16</sup>,

<sup>13</sup> Uno dei primi a notare questa difficoltà nella costruzione di Ferrajoli è stato, mi pare, Guastini 2001.

<sup>14</sup> Ferrajoli 2016: 55-57. Per quanto è a mia conoscenza, Ferrajoli ha emendato in tal senso la propria posizione a partire da Ferrajoli 2013: 69.

<sup>15</sup> Cfr. Ferrajoli 2010: 2793: «Nel modello del costituzionalismo giuspositivista, la riparazione delle lacune e delle antinomie nelle quali esse si manifestano non è affidata all'attivismo interpretativo dei giudici, *ma solo alla legislazione*, e perciò alla politica per quanto riguarda le lacune» (corsivo aggiunto); v. anche Ferrajoli 2016: 149.

<sup>16</sup> V. in proposito Guastini 1998; Pino 2017: cap. I.

resta sostanzialmente inspiegata nel modello di Ferrajoli – se non come un abuso di potere da parte della giurisdizione.

4) Un quarto punto di accordo, anche questo solo parziale, riguarda la critica che Ferrajoli muove alla tesi di Kelsen secondo cui ogni norma giuridica (quantomeno se formulata in forma completa) include una sanzione, o meglio l'obbligo di applicare una sanzione (e questo è lo specifico “dover essere” che secondo Kelsen è contenuto dalle norme giuridiche)<sup>17</sup>. Ferrajoli qui ha buon gioco a mostrare che le norme sanzionatrici rappresentano solo un tipo di norme giuridiche, accanto al quale si possono trovare tipi di norme con caratteristiche diverse (ad esempio le norme costitutive, o le norme permissive), e il cui ruolo all'interno degli ordinamenti giuridici è ormai pacificamente riconosciuto in sede teorico-giuridica, quantomeno da Hart in poi. Quello che non trovo condivisibile, però, è che Ferrajoli sembra identificare completamente il modello (kelseniano) della norma sanzionatrice con l'idea della struttura condizionale della norma giuridica<sup>18</sup>: ossia con l'idea, quest'ultima non specificamente kelseniana, che è possibile riformulare ogni norma giuridica (con poche marginali eccezioni<sup>19</sup>) nella forma standard di un enunciato ipotetico o condizionale, per cui se si danno certi fatti (fattispecie) allora segue una certa conseguenza giuridica<sup>20</sup>. In particolare, Ferrajoli sembra qui sostenere per un verso che in base al modello dello schema condizionale la conseguenza giuridica sia *sempre* una sanzione, e per altro verso che ci sono norme giuridiche che non sono riducibili allo schema condizionale (in particolare quelle che Ferrajoli chiama norme “tetiche”: tetico-deontiche e tetico-costitutive).

Credo che entrambe queste tesi siano sbagliate. Lo schema condizionale non implica affatto che la conseguenza giuridica sia esclusivamente una sanzione: la conseguenza giuridica può tranquillamente consistere nella produzione di effetti giuridici, nell'attribuzione di uno status, nel conferimento di un diritto, o in altre cose ancora. E ogni norma (tranne poche marginali eccezioni) è riformulabile nello schema condizionale, anche quelle che Ferrajoli indica come esempi di norme tetico-deontiche e tetico-costitutive: si pensi al caso dei «divieti penali» (che Ferrajoli indica come esempi di norme tetico-deontiche), in cui lo schema condizionale che lega una fattispecie a una conseguenza giuridica spesso è agevolmente visibile nella formulazione testuale stessa delle relative disposizioni<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Ferrajoli 2016: capp. I e II.

<sup>18</sup> Ferrajoli 2016: 13 ss.

<sup>19</sup> Le eccezioni consistono essenzialmente nelle norme individuali in senso ampio, ossia le norme destinate ad applicarsi ad un singolo caso: così intesa, questa categoria include anche, ad esempio, le norme di abrogazione espressa e le norme che istituiscono organi.

<sup>20</sup> Rinvio in proposito a Pino 2016a: cap. II.

<sup>21</sup> Sui “divieti penali” come esempi di norme tetico-deontiche v. Ferrajoli 2016: 23. Ma si veda, ad esempio, la formulazione testuale dell'art. 575 del codice penale: «Chiunque cagiona la morte di un uomo [fattispecie, ndr] è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno [conseguenza, ndr]».

### 3. Disaccordi

Passo ora alle tesi *di Ferrajoli* sulle quali il mio disaccordo è più radicale. La prima è, forse, solo una questione di parole, e come tale ha un rilievo piuttosto modesto (§ 3.1). Seguono tre aporie che mi pare di poter individuare nella teoria di Ferrajoli (§§ 3.2-3.4); userò “aporia”, qui, nello stesso senso in cui lo usa Ferrajoli, vale a dire ad includere contraddizioni, incongruenze, tesi inadeguate rispetto alle finalità esplicative della teoria, ecc.<sup>22</sup>.

#### 3.1. «Democrazia»

La prima questione riguarda la nozione di democrazia. Nell'opera di Luigi Ferrajoli, e ovviamente anche in questo libro<sup>23</sup>, la nozione di democrazia riceve un trattamento decisamente inflazionistico. Ferrajoli elabora infatti una definizione “quadridimensionale” di democrazia, che include la democrazia politica, la democrazia civile, la democrazia sociale e la democrazia liberale. Queste quattro dimensioni (le prime due attinenti alla “forma” della democrazia, le altre due alla sua “sostanza”) corrispondono poi ad altrettante categorie di diritti fondamentali: diritti politici, diritti civili, diritti sociali e diritti di libertà. La costruzione è perfettamente simmetrica, e dotata di notevole eleganza. Resta tuttavia la sensazione che in questo caso *l'esprit de géométrie* dell'autore<sup>24</sup> faccia premio sull'accuratezza dell'uso delle categorie concettuali coinvolte. Provo a spiegarmi.

In primo luogo non è molto chiaro, per lo meno a me, se nell'economia del *concetto* di democrazia qualcuna delle quattro dimensioni individuate da Ferrajoli debba essere considerata come prioritaria rispetto alle altre. A me pare di sì: in particolare, mi sembra che le componenti formali, e in particolare quelle attinenti ai diritti politici, siano del tutto necessarie per definire un sistema come democratico. Un sistema del tutto privo di diritti sociali potrebbe essere, forse, *poco* democratico, ma un sistema del tutto privo di diritti politici non è *per nulla* democratico (e per converso, molti sistemi politici assai poco democratici hanno, o hanno avuto, eccellenti sistemi di welfare). Se questo è vero, allora la definizione di democrazia dovrebbe essere liberata dalla costruzione perfettamente simmetrica delineata da Ferrajoli, per tenere conto del diverso peso (e del diverso ruolo) che le diverse componenti hanno al fine di definire un sistema come democratico: forse ne risulterebbe un quadro meno “pulito” ed elegante, ma certamente dotato di maggiore capacità esplicativa.

<sup>22</sup> Ferrajoli 2016: vi.

<sup>23</sup> Ferrajoli 2016: 230 ss.

<sup>24</sup> Per Ferrajoli, l'eleganza estetica è uno dei criteri alla luce dei quali elaborare e valutare una costruzione teorica: v. Ferrajoli 2016: 193-194.

In secondo luogo, oltre ad essere quadridimensionale la nozione di democrazia elaborata da Ferrajoli è anche onnicomprensiva: incorpora in sé tutti i diritti fondamentali. Anche questo aspetto della definizione di Ferrajoli genera qualche perplessità. È certamente vero che molti diritti sono strettamente connessi alla democrazia: oltre al caso ovvio dei diritti politici in senso stretto (diritto di voto, diritto di formare partiti politici, e di aderirvi, ecc.), vari diritti di libertà sono (anche) funzionali alla qualità della democrazia: si pensi ad esempio alla libertà di espressione, o alle libertà di associazione e di riunione, a certe forme di protezione della riservatezza (che in senso ampio si possono ricondurre alla segretezza del voto), e di protezione contro certe discriminazioni (in particolare le discriminazioni sulla base di opinioni politiche)<sup>25</sup>; inoltre, vari diritti sociali contribuiscono (anche) al miglior esercizio dei diritti democratici: individui istruiti, in buona salute, dotati di un lavoro e di una casa, verosimilmente eserciteranno i propri diritti democratici in maniera più libera e consapevole di quanto non farebbero individui privi di una adeguata garanzia per questi bisogni vitali.

Tuttavia, suona un po' forzato ricondurre *interamente* alla nozione di democrazia i diritti sopra menzionati, almeno se intendiamo la nozione di democrazia come un particolare modo di adottare decisioni che attengono alla sfera collettiva<sup>26</sup>. Intanto, molte modalità di esercizio dei diritti di libertà possono non avere nulla a che vedere con la democrazia (scrivere una poesia, fondare un circolo degli scacchi...). Anche i diritti sociali, nonostante la loro connessione con la democrazia sopra indicata, non sembrano tutelare *direttamente* la democrazia: l'interesse direttamente tutelato da questi diritti è qualcosa di diverso (la salute, l'istruzione, ecc.), e se è vero che la tutela di questi interessi può avere importanti ricadute sulla democrazia, è anche vero che può avere importanti ricadute anche su altri beni, come l'ordine pubblico (in una società mediamente istruita e con una buona redistribuzione della ricchezza è probabile che certe forme di criminalità siano meno presenti) e magari anche l'efficienza del mercato (l'esercizio dei diritti legati all'iniziativa economica privata o il godimento della proprietà risentono certamente del grado di istruzione e dello stato di salute del titolare del diritto). Per non dire, ovviamente, che gli interessi protetti dai diritti sociali (salute, casa, lavoro) hanno normalmente un preponderante valore *intrinseco*, e non solo un valore *strumentale*. E infine, i diritti attinenti all'esercizio di poteri di autonomia privata (diritti civili, che per Ferrajoli

<sup>25</sup> Si veda Pintore 2013, sulla distinzione tra diritti *costitutivi* del metodo democratico (i diritti politici in senso stretto), diritti *presupposti* da esso (alcuni diritti di libertà, che contribuiscono alla qualità di una democrazia connotata in senso liberale), e diritti *irrelati* ad esso (come alcuni diritti sociali, che rappresentano il presupposto fattuale di una democrazia).

<sup>26</sup> Non è necessario che la "collettività" alla quale fa riferimento questa definizione coincida con la comunità statale: si può certamente riferire la democrazia ad altri soggetti collettivi, come la fabbrica, la scuola, o una associazione. Ma qui il discorso di Ferrajoli si riferisce chiaramente ad una dimensione statale e ordinamentale.



caratterizzano la “dimensione civile” della democrazia) non sembrano in realtà avere molto a che fare con la democrazia come solitamente intesa.

Certo, “democrazia” è termine dotato di elevata connotazione positiva; dunque per un verso può sembrare naturale convogliare all'interno di questo concetto altre cose che sono anch'esse dotate di valore positivo, fino al punto da far apparire tutte queste cose (diritti, procedure, eguaglianza...) come diverse dimensioni di uno stesso valore unitario; e per altro verso può essere attraente, e retoricamente efficace, sfruttare la carica legittimante di questo concetto per mettere al riparo di esso le cose più svariate, presentandole appunto come aspetti della democrazia. Per parte mia, però, riterrèi preferibile riconoscere che il nostro universo etico-politico, così come il “contenuto etico sostanziale” degli Stati costituzionali, ha una caratterizzazione spiccatamente pluralistica<sup>27</sup>: ciò vuol dire che i valori etico-politici, così come i valori incorporati dagli Stati costituzionali contemporanei, possono ben essere molteplici e differenziati; e che questi valori talvolta intrattengono complessi rapporti di intersezione e di rafforzamento reciproco, e talvolta semplicemente confliggono. Così, democrazia e diritti fanno parte entrambi del nostro pantheon costituzionale: talvolta integrandosi, e talvolta limitandosi reciprocamente.

Si noti peraltro che Ferrajoli sembra pensare che una concezione solo formale della democrazia equivalga all'idea dell'onnipotenza del legislatore<sup>28</sup>. Ma questo è un *non sequitur*: come ho appena cercato di mostrare, si può tranquillamente adottare una concezione formale della democrazia, e ritenere che le decisioni adottate democraticamente siano limitate dal necessario rispetto di altri beni (estranei a, o non perfettamente coincidenti con, il valore della democrazia). Una cosa è affermare che le decisioni vadano prese a maggioranza da organi elettivi ecc., altra cosa è affermare che in tal modo si possa prendere *qualunque* decisione.

Fin qui ne ho fatto una questione di parole, o poco più. L'espansione ipertrofica del concetto di democrazia solleva però almeno due aspetti più sostanziali, che sono i seguenti: 1) la gerarchizzazione e funzionalizzazione dei diritti fondamentali, e 2) l'irenisimo costituzionale.

1) I diritti fondamentali hanno di solito un contenuto molto ampio e indeterminato, possono essere esercitati in modi molto diversi, e possono essere rilevanti nei contesti più diversi: si pensi all'estrema varietà di contesti e di condotte riconducibili alla libertà di manifestazione del pensiero, alla libertà religiosa, al diritto alla salute, e così via. Ora, se i diritti fondamentali vengono tutti ricondotti al valore della democrazia, da ciò deriva una sorta di gerarchizzazione *all'interno* di ciascun diritto fondamentale: nel senso che di ciascun diritto fondamentale dovranno es-

<sup>27</sup> L'espressione “contenuto etico sostanziale”, per denotare l'insieme dei valori, principi, diritti, incorporati dagli Stati costituzionali contemporanei, è ripresa da Celano 2013. Sul pluralismo dei valori costituzionali, Bin 2007; Barberis 2017: cap. II.

<sup>28</sup> Ferrajoli 2016: 228-229.

sere privilegiate le modalità di esercizio che rimandano al valore della democrazia, mentre le altre modalità di esercizio, non direttamente ricollegate al valore della democrazia, saranno tutt'al più di valore secondario. Così, ad esempio, a fronte della pluralità di condotte sussumibili sotto la libertà di manifestazione del pensiero, quelle non ricollegabili al valore della democrazia (scrivere poesie d'amore, girare film comici, partecipare a dibattiti letterari...) dovrebbero essere considerate quantomeno recessive e secondarie, meno "fondamentali", rispetto a quelle collegabili alla democrazia (propaganda politica, comizi, diffusione di opinioni politiche, ecc.). Inoltre, questo quadro richiede che i diritti siano esercitati in modi compatibili con la, se non addirittura utili alla, democrazia (e questa è forse la ragione per cui Ferrajoli include anche i diritti di autonomia civile, cioè principalmente i diritti di iniziativa economica, nel concetto di democrazia).

2) Ricondere all'unico valore della democrazia tutti i diritti fondamentali veicola un'immagine secondo cui il contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale è in definitiva un quadro armonico, irenico, le cui varie componenti si integrano tutte perfettamente: formano semplicemente diverse "dimensioni" dell'unico valore fondante (la democrazia). Questa immagine rischia di essere fuorviante. È vero che, per molti versi, diritti e democrazia si integrano e si rafforzano reciprocamente; ma è anche vero che per altri versi entrano in conflitto e si limitano reciprocamente. Si può anzi ipotizzare che la scommessa dello Stato costituzionale contemporaneo consista proprio nell'incorporare plurimi valori, e diluire il potere (la sovranità) in molteplici centri e circuiti, che talvolta collaboreranno, e talvolta entreranno in reciproca tensione: penso in particolare al potere legislativo, la cui fonte di legittimazione proviene dalla democrazia, e al potere giudiziario (giudici comuni e giustizia costituzionale, nelle loro diverse competenze), la cui fonte di legittimazione proviene dal ruolo di garanzia dei diritti *anche nei confronti del legislatore*.

Dunque, nella misura in cui la costruzione della democrazia elaborata da Ferrajoli porta a configurare il panorama normativo dello Stato costituzionale come armonicamente gerarchizzato, e funzionalizzato, al meta-valore della democrazia, sembra non rendere giustizia della natura profondamente pluralistica, e potenzialmente conflittuale, del contenuto etico sostanziale dello Stato costituzionale<sup>29</sup>.

### 3.2. *Diritti fondamentali*

Un po' più serie sono alcune perplessità che derivano dalla teoria dei diritti fondamentali di Ferrajoli. Come è noto, Ferrajoli definisce i diritti fondamentali

---

<sup>29</sup> L'alternativa a quanto rilevato nel testo è di considerare "democrazia" semplicemente come la somma dei diritti fondamentali. Questo eviterebbe il rischio di gerarchizzare e funzionalizzare i diritti fondamentali in relazione al valore della democrazia, ma al costo di privare "democrazia" di un autonomo significato: sarebbe solo una sorta di concetto-contenitore (la somma dei diritti fondamentali).

come «tutti quei diritti che spettano universalmente a “tutti” o in quanto “persone naturali”, o in quanto “cittadini”, o in quanto persone naturali “capaci d’agire” o in quanto “cittadini capaci d’agire”»<sup>30</sup>. Ferrajoli afferma che questa è una definizione puramente teorica (nel senso di: appartenente al discorso della teoria del diritto, e non invece a quello della filosofia politica, della dogmatica giuridica, o della sociologia del diritto), e in quanto tale è una definizione formale e non assiologicamente connotata<sup>31</sup>. Ora, a me pare che questa definizione non sia né formale né assiologicamente adiafora. Non è formale perché, in base a questa definizione, per stabilire se un diritto è fondamentale occorre guardare al contenuto del diritto stesso, e più precisamente a quell’aspetto del contenuto che consiste nell’individuazione del titolare del diritto (solo diritti che spettano a certe categorie di titolari possono essere diritti fondamentali). E non è assiologicamente adiafora perché in base a questa definizione il concetto stesso di diritto fondamentale rinvia palesemente al valore dell’eguaglianza: il carattere fondamentale di un diritto dipende dal fatto di spettare “a tutti” (quantomeno all’interno delle categorie di titolari sopra indicate).

Come che sia, a mio parere una definizione teorica e formale di diritto fondamentale non può non includere un riferimento al tipo di fonte da cui promana il diritto, e ovviamente al rango gerarchico di essa: così, un diritto è fondamentale se è attribuito da una norma appartenente ai livelli più elevati delle fonti del diritto (tipicamente una costituzione)<sup>32</sup>. Questo dato mi pare ovvio: sia perché è del tutto congruente con la struttura gerarchica dell’ordinamento, alla quale sono collegati numerosi effetti rilevanti (tipicamente, le norme “superiori” sono più importanti e più “protette” rispetto alle norme inferiori); sia perché si sposa bene con il senso comune dei giuristi, e forse anche con il senso comune *tout court*, in base al quale i diritti fondamentali sono innanzitutto i diritti costituzionali<sup>33</sup>.

Di contro, nella definizione di diritto fondamentale offerta da Ferrajoli manca qualunque riferimento al rango gerarchico della fonte del diritto. Come abbiamo visto, per Ferrajoli lo status di “fondamentale” dipende dal contenuto del diritto (con specifico riferimento alle categorie dei titolari), non dalla fonte che lo proclama. E questo produce conseguenze paradossali, aporetiche appunto.

Infatti, è del tutto compatibile con la definizione di Ferrajoli che un diritto fon-

<sup>30</sup> Ferrajoli 2007: 726.

<sup>31</sup> Ferrajoli 2016: 60-61.

<sup>32</sup> Ho sviluppato una definizione di diritto fondamentale lungo le linee indicate nel testo in Pino 2010, e in Pino 2017.

<sup>33</sup> Non intendo dire che il senso comune dei giuristi, o anche il senso comune *tout court*, non possano essere afflitti da qualche crampo concettuale: è ovvio che la teoria del diritto può ben svolgere un ruolo correttivo e terapeutico nei confronti dei discorsi dei giuristi. Tuttavia, se una costruzione teorica fa giustizia del senso comune, questo è un suo punto di forza e *coeteris paribus* sarà preferibile alle alternative. Inoltre il senso comune è solo un punto di partenza per un’indagine teorica: quest’ultima spesso si dovrà incaricare di spiegare perché certe cose fanno parte del senso comune, di analizzarle e smontarle.

damentale sia attribuito (esclusivamente) da una legge, semplicemente a condizione che questa legge attribuisca diritti a “tutti” (persone, o cittadini ecc.); ma di fatto moltissime leggi attribuiscono diritti a “tutti”, e dunque questi diritti dovrebbero essere automaticamente considerati diritti fondamentali: si pensi al diritto di precedenza che il codice della strada attribuisce a chi si trova ad un incrocio provenendo da destra, o al diritto del pedone di passare sulle strisce; ma faremmo davvero un po’ di fatica a considerare questi come diritti fondamentali. E peraltro si tratterebbe di diritti fondamentali ben strani, visto che – in quanto di fonte legislativa – sono pienamente nella disponibilità del legislatore.

Per converso, stando alla definizione di Ferrajoli, molti diritti contenuti in costituzione non dovrebbero essere considerati come diritti fondamentali, perché non sono attribuiti a “tutti”, ma a sottoclassi di soggetti rispetto alle classi concentriche di titolari individuate dalla definizione di Ferrajoli: si pensi ad esempio ai diritti che la costituzione attribuisce ai lavoratori (art. 36), o alle lavoratrici, o alle lavoratrici madri (art. 37), o agli studenti capaci e meritevoli (art. 34), o ai genitori (art. 30), o al cittadino inabile (art. 38); si pensi ai diritti di elettorato attivo e passivo che, non essendo riconosciuti a “tutti”, e nemmeno a tutti i capaci di agire<sup>34</sup>, non dovrebbero essere considerati diritti fondamentali. E peraltro la titolarità di alcuni diritti pacificamente considerati come fondamentali è più circoscritta di quanto appaia dalla definizione di Ferrajoli: tipicamente, i detenuti sono privati di molti diritti fondamentali (innanzitutto la libertà di circolazione), pur rientrando in tutte le categorie di possibili titolari di diritti fondamentali indicate da Ferrajoli<sup>35</sup>.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, e forse Ferrajoli potrebbe emendare la sua definizione inserendo via via apposite qualificazioni alla categoria dei titolari. Ma a mio parere questa sarebbe una strada sbagliata, infruttuosa: la definizione di diritto fondamentale sarebbe solo resa più macchinosa, e sempre più lontana da quell’afflato di “universalità” che Ferrajoli vorrebbe associare all’idea di diritto fondamentale<sup>36</sup>: una volta tenute in debito conto tutte le necessarie qualificazioni, sarebbe davvero difficile continuare a dire che i diritti fondamentali sono i diritti “di tutti”. Il vero problema, invece, è che la definizione di Ferrajoli appoggia tutto il peso della “fondamentalità” sul punto sbagliato: sui titolari anziché sulla fonte del diritto.

<sup>34</sup> In Italia, come è noto, l’elettorato attivo per il Senato è attribuito solo ai cittadini che abbiano compiuto venticinque anni di età; l’elettorato passivo è attribuito solo ai cittadini che abbiano compiuto venticinque anni (per la Camera) o quaranta anni (per il Senato).

<sup>35</sup> In Italia, solo i detenuti per condanne superiori a cinque anni di reclusione perdono la capacità di agire.

<sup>36</sup> Ferrajoli 2016: 228: i diritti fondamentali, «consistendo, in forza della loro forma universale, in altrettanti poteri o contro-poteri *di tutti*, consentono di parlare di “potere del popolo”...» (corsivo nell’originale).

### 3.3. *Validità sostanziale*

Una seconda possibile fonte di aporie riguarda la nozione di validità sostanziale stipulata da Ferrajoli. In base a tale nozione, un atto normativo è valido in senso sostanziale se esiste «*almeno un significato* associato all'enunciato espresso dall'atto normativo che sia coerente con *tutte* le norme sostanziali ad esso sopraordinate»; specularmente, l'atto normativo sarà invalido in senso sostanziale «*se nessun significato* normativo associabile all'atto è compatibile con le norme sostanziali sulla sua produzione»<sup>37</sup>.

Purtroppo, impostare in questi termini la nozione di validità sostanziale mette capo ad alcuni esiti davvero incongrui<sup>38</sup>. Infatti, un singolo atto normativo di solito contiene centinaia se non migliaia di enunciati: si pensi al codice civile, che è un singolo atto normativo composto da circa 3.000 articoli, ciascuno dei quali composto normalmente da più enunciati; ebbene, in base alla definizione di Ferrajoli è sufficiente che *ad almeno uno* di questi enunciati sia possibile attribuire *almeno un significato* conforme alle norme superiori, per attribuire validità sostanziale *all'intero* codice civile. Portando il ragionamento all'estremo, in base alla definizione di Ferrajoli un atto normativo stipato di norme invalide, ma contenente un'unica norma valida, dovrebbe essere considerato valido. È evidente che qualcosa non va. Dove sta il problema? A mio modo di vedere, nella definizione di validità sostanziale offerta da Ferrajoli di problemi ce ne sono principalmente tre.

Un primo problema consiste nel fatto che, nel costruire il suo quadro concettuale, Ferrajoli include le nozioni di “atto normativo” e “norma” (e giustamente rimprovera a Kelsen di non aver accuratamente distinto tra queste nozioni, come abbiamo visto); ma non include un'altra nozione cruciale, la nozione di “disposizione”: vale a dire un enunciato, una stringa di segni dotata di unità sintattico-grammaticale, presente in un atto normativo<sup>39</sup>. Nelle ipotesi più semplici, la disposizione è un frammento linguistico interno all'atto normativo nel suo complesso, ed è l'unità-base del procedimento interpretativo; interpretando una disposizione (contenuta in un atto normativo), gli interpreti le ascrivono significato e così individuano la norma in essa contenuta. Nelle ipotesi meno semplici, il passaggio dalla disposizione alla

<sup>37</sup> Ferrajoli 2016: 70 (corsivi nell'originale). Questa nozione è articolata in maggior dettaglio in Ferrajoli 2007: 530 ss.

<sup>38</sup> Si noti che in Ferrajoli 1989: 349-356, 915-922, la nozione di validità sostanziale era costruita in maniera lievemente diversa e a mio parere più corretta. Più in generale, comunque, resta un grande merito di Ferrajoli, e un enorme debito di tutti noi nei suoi confronti, l'aver insistito su questa dimensione sostanziale che la validità assume specialmente nel contesto dello Stato costituzionale.

<sup>39</sup> A dire il vero, si ha spesso l'impressione che Ferrajoli usi “atto normativo” per designare indifferentemente sia l'atto nel suo complesso, ad esempio una legge, sia gli enunciati che lo compongono (v. ad es. Ferrajoli 2016: 92-93). Se così fosse, però, Ferrajoli commetterebbe una violazione della “regola di designazione” – la regola che impone di non chiamare cose diverse con lo stesso nome – analoga a quella che ripetutamente rimprovera a Kelsen (Ferrajoli 2016: 90).

norma può richiedere attività più “costruttive”, come ad esempio “cucire insieme” più disposizioni (il c.d. combinato disposto), o al contrario “spacchettare” una disposizione che è formulata in maniera assai articolata e che dunque a ben vedere contiene più norme cumulativamente<sup>40</sup>.

Bene. Una volta tenuta in considerazione la nozione di disposizione, emerge un secondo problema, e cioè che Ferrajoli riferisce la nozione di validità sostanziale all'*atto normativo*: nella definizione di Ferrajoli, se all'atto normativo sono riconducibili significati conformi alle norme superiori, allora tale atto è valido (in senso sostanziale); una volta che si sia appurato che un enunciato contenuto nell'atto è conforme alle norme superiori, allora la validità sostanziale si estende a tutto l'atto. Tuttavia, se l'unità-base del processo interpretativo sono le disposizioni (gli enunciati), e se una norma è il significato di una o più disposizioni, allora sembrerebbe più corretto riferire la validità sostanziale (non all'atto normativo nella sua interezza, né alle singole disposizioni di cui si compone, ma) alle *norme* ricavabili dall'interpretazione dell'atto (*rectius*: delle disposizioni di cui si compone), e delle quali si sia appurata la conformità con le norme superiori. Di conseguenza, sembra più corretto affermare che *uno stesso atto normativo* può esprimere *contemporaneamente* norme valide e norme invalide: ciò accade esattamente quando, all'interno dello stesso atto normativo, le disposizioni  $D_1$ ,  $D_2$ , e  $D_3$  contengono norme valide mentre la disposizione  $D_4$  contiene una norma invalida. L'invalidità delle singole norme potrà eventualmente ripercuotersi sulle specifiche porzioni dell'atto normativo che esprimono quelle norme, ma non necessariamente sull'atto normativo nel suo complesso. Ferrajoli invece fa slittare la nozione di validità sostanziale sull'intero atto normativo, e questo produce gli esiti aporetici visti in apertura di questo paragrafo. Di contro, che l'approccio più corretto sia quello indicato nel testo emerge anche dalla prassi (direi condivisibile, nel metodo e nel merito) delle sentenze di annullamento della Corte costituzionale, che colpiscono solo le parti dell'atto normativo che esprimono norme incostituzionali (cioè solo  $D_4$ , nell'esempio fatto poco sopra), e non necessariamente l'atto normativo nel suo complesso.

Il terzo problema è il seguente. Ho detto poco sopra che *uno stesso atto normativo* può esprimere contemporaneamente norme valide e norme invalide. Ma in realtà anche *una stessa disposizione* può esprimere *contemporaneamente*, e *alternativamente*, norme valide e norme invalide: se la norma è il significato di una disposizione, allora – data la pluralità di tecniche interpretative disponibili, e i margini inevitabili di indeterminatezza del linguaggio giuridico – ad una stessa disposizione sarà talvolta possibile attribuire qualche significato che è conforme alle norme superiori, e contemporaneamente (e alternativamente) qualche altro significato che è in contrasto con le norme superiori. Ora, si ricordi che secondo Ferrajoli la validità sostanziale dipende dalla possibilità di attribuire all'atto normativo (*rectius*: alle

<sup>40</sup> In proposito, rinvio a Pino 2016a: 24-26.

singole disposizioni di cui si compone) almeno un significato conforme alle norme superiori. Il terzo problema dunque è: perché mai si dovrebbe considerare come valida una disposizione che in ipotesi esprime *sia* norme valide *sia* norme invalide? Da un punto di vista teorico, ne viene fuori una costruzione un po' incongrua. Già suona un po' forzato affermare che una disposizione (o un atto normativo) è valida se contiene norme valide in senso sostanziale: perché come ho detto la categoria concettuale che si conviene agli atti normativi è la validità formale e non la validità sostanziale. Ma è ancora più strano affermare che una disposizione (o un atto normativo) è valida se esprime *almeno una* norma valida in senso sostanziale, potendo in ipotesi esprimere contemporaneamente anche norme invalide.

Credo dunque che sarebbe più lineare distinguere attentamente le categorie concettuali rilevanti, e conseguentemente riservare la categoria della validità formale agli atti normativi (e per estensione alle disposizioni in essi contenute), e la categoria della validità sostanziale alle norme<sup>41</sup>. Queste due dimensioni della validità sono concettualmente indipendenti: una norma valida (in senso sostanziale) può essere contenuta in un atto invalido (in senso formale), e viceversa una norma invalida (in senso sostanziale) può essere contenuta in un atto valido (in senso formale). E ovviamente la distinzione concettuale tra queste due dimensioni della validità non impedisce che nel diritto positivo esse interagiscano in vari modi (il modo più ovvio: l'invalidità sostanziale di una norma di solito – anche se non necessariamente – “travolge” la porzione di atto normativo in cui è contenuta, determinandone l'annullamento).

Il punto è, a ben vedere, che la definizione di validità sostanziale offerta da Ferrajoli è costruita in modo da incorporare una direttiva metodologica dell'interpretazione: essa infatti implica che il giurista debba sempre interpretare gli atti normativi in modo da renderli conformi alle norme superiori; se l'interprete ha a disposizione un significato conforme a costituzione, questo “sana” la disposizione, e forse l'intero atto normativo, che così potranno essere considerati senz'altro validi<sup>42</sup>.

Se questa direttiva metodologica sia condivisibile o no, è questione che secondo me non può essere decisa in astratto, come invece inevitabilmente accade se la si incorpora dentro una definizione di “validità”: in alcuni casi l'interpretazione conforme è opportuna, in altri meno (ad esempio, a mio parere, in diritto pena-

<sup>41</sup> Un equivoco analogo mi pare essere presente anche in Guastini 2010: 255-256; Guastini 2011: 254, dove si legge: «Una norma, disposizione, o fonte [...] si dice *materialmente valida* quando non sia incompatibile con le norme – ad essa materialmente sovraordinate – che ne limitano o predeterminano il possibile contenuto» (corsivo nell'originale).

<sup>42</sup> Per una chiara presa di posizione in questo senso, v. Ferrajoli 2007: 540, dove, dopo aver dato la propria definizione di validità sostanziale, Ferrajoli aggiunge: «Che è come dire che l'interprete è tenuto da un ovvio *principium iuris tantum*, se non vuole riconoscere l'invalidità della decisione, a ricercarne e a fornirne interpretazioni corrette: coerenti con i principi stabiliti dalla costituzione ove si tratti di leggi, e con le leggi sostanziali ove si tratti di decisioni di altro tipo».

le)<sup>43</sup>; in alcuni casi è certamente più “economico” salvare l’atto normativo tramite l’interpretazione conforme, mentre in altri l’interpretazione conforme può creare incertezza del diritto e mantenere in vigore un atto che può comunque esprimere norme invalide. Ma quello che mi interessa sottolineare in questo momento è che costruire in questo modo la definizione di validità sostanziale genera, nuovamente, effetti aporetici: ad esempio, come si potrebbe spiegare la situazione in cui la Corte costituzionale annulla una legge, o perfino una singola disposizione, che può esprimere sia norme valide sia norme invalide?<sup>44</sup> Utilizzando le categorie concettuali di Ferrajoli si dovrebbe dire che la Corte ha annullato un atto valido, ma questo non sembra rendere conto in maniera molto perspicua di ciò che accade in questi casi.

### 3.4. *Diritto, logica, verità*

Ferrajoli sottolinea ripetutamente, e non solo in questo libro, il ruolo della logica nel diritto: sia con riguardo ai processi di produzione del diritto, nei quali la logica fa emergere la necessità che i livelli normativi inferiori siano conformi ai livelli normativi superiori (e l’eventuale incompatibilità logica può essere fatta valere in sede di giudizio di costituzionalità); sia con riguardo ai processi di applicazione del diritto, che possono essere ricondotti allo schema logico della sussunzione. In entrambi i casi, la logica alla quale Ferrajoli sembra far riferimento è essenzialmente quella deduttiva, che da premesse assunte come vere<sup>45</sup> permette di derivare una conclusione necessariamente vera (e inoltre include i principi di non contraddizione e del terzo escluso).

A mio modo di vedere, l’aspetto aporetico di questa impostazione è che nel ragionamento giuridico la logica deduttiva è una specie di mosca cocchiera: svolge quel ruolo tutto sommato marginale che i teorici dell’argomentazione giuridica denominano “giustificazione interna”, e che consiste nel guidare il passaggio dalle premesse alla conclusione del ragionamento giuridico. Questo non vuol dire che il controllo della correttezza logica della giustificazione interna non sia importante: errori logici possono certamente annidarsi pure in quel passaggio. Ma il grosso del lavoro, come Ferrajoli sa perfettamente<sup>46</sup>, viene fatto in un’altra

<sup>43</sup> Per un approfondimento di questa tesi, v. Pino 2016b.

<sup>44</sup> Nel diritto positivo italiano, questo accade tipicamente quando una disposizione è passibile di un’interpretazione compatibile con la Costituzione e allo stesso tempo di un’interpretazione in contrasto con essa (quantomeno agli occhi della Corte costituzionale), e si è sviluppata una giurisprudenza consolidata che utilizza la norma in contrasto con la Costituzione. In questi casi la Corte costituzionale, preso atto di un “diritto vivente” contrario a Costituzione, risolve la situazione dichiarando *tout court* l’incostituzionalità della relativa disposizione, che pure avrebbe potuto esprimere una norma valida.

<sup>45</sup> Si ricordi che Ferrajoli qualifica con valori di verità non solo la premessa “fattuale” del ragionamento giuridico, ma anche quella normativa: v. *infra*, nt. 49.

<sup>46</sup> Ferrajoli 2016: 205.



fase, cioè nella costruzione della premessa normativa e della premessa fattuale del ragionamento giuridico (la giustificazione “esterna”). Questo è il campo dell’interpretazione e dell’argomentazione giuridica, oltre che del ragionamento probatorio: campo che può anche essere ricostruito alla luce di una “logica”, ma non certo nel senso della logica deduttiva. La maggior parte dei ragionamenti che vengono messi in campo nella costruzione delle premesse non sono logicamente stringenti, ma solo probabili: appartengono alla grande famiglia delle inferenze induttive (analogia, abduzione, generalizzazione, ecc.). Quindi, enfatizzare il ruolo della logica (deduttiva) nel ragionamento giuridico sembra un po’ come puntare il faro in una direzione sbagliata: qualcosa illuminerà, ma non quello che vorremmo veramente vedere.

Stessa enfasi a mio parere eccessiva sul ruolo della logica (deduttiva) la ritroviamo a proposito dei giudizi di legittimità/validità sostanziale; qui Ferrajoli dice che tutto si riduce ad un «semplice accertamento»<sup>47</sup> della coerenza logica tra norma costituzionale e norma legislativa. Ma nella realtà raramente le cose sono così semplici: molto spesso il controllo di costituzionalità richiede una complicata ricostruzione delle premesse (spesso la norma-parametro risulta dall’intersezione e combinazione di più norme costituzionali), e una valutazione del rapporto tra la norma-parametro e la norma-oggetto che va ben oltre l’accertamento della compatibilità logica; più spesso si tratterà di fare valutazioni di congruenza, o di ragionevolezza, o di rapporti mezzi-fini; spesso, una norma di legge non entra direttamente in conflitto con un diritto costituzionale, ma piuttosto ne ostacola l’esercizio<sup>48</sup>. E queste valutazioni non sembrano riconducibili puramente e semplicemente al criterio logico di non contraddizione. Ad esempio, l’art. 21 cost., che tra le altre cose contiene un divieto di censura, sarebbe direttamente violato da una legge che introducesse qualche forma di censura; e questo contrasto sarebbe chiaramente mostrato dalla logica deduttiva. Ma che dire di una legge che consentisse forme di monopolio dei mezzi di comunicazione di massa? L’incompatibilità tra questa legge e la libertà di manifestazione del pensiero non può essere portata alla luce, mi pare, con un ragionamento puramente logico-deduttivo – se non inserendo nelle premesse valutazioni probabilistiche, valutazioni teleologiche e quant’altro, ma così allontanandosi un bel po’ dal ragionamento puramente deduttivo.

In sintesi, non intendo negare che la logica deduttiva abbia un ruolo da giocare nel ragionamento giuridico (ampiamente inteso). Ma mi sembra importante sottolineare che i rapporti contenutistici, “statici”, tra i diversi livelli normativi dell’ordinamento non si riducono solo a rapporti di pura derivazione deduttiva né a rapporti di semplice non contraddizione logica. Far coincidere l’invalidità sostanziale con la

<sup>47</sup> Ferrajoli 2016: 153.

<sup>48</sup> Sulle nozioni di “impedimento” e “ostacolo” all’esercizio di un diritto v. Alexy 2012: 216 ss.; Pintore 2016; Pino 2017: 161-162.

pura contraddizione logica significa ridurre, e non di poco, la normatività dei diritti costituzionali.

Osservazioni non del tutto dissimili possono essere fatte a proposito di un altro concetto che Ferrajoli usa generosamente, che è quello di “verità”<sup>49</sup>. Secondo Ferrajoli, sia la premessa maggiore (normativa) sia la premessa minore (fattuale) del ragionamento giuridico possono essere valutate in termini di verità: verità giuridica nel primo caso, verità fattuale nel secondo.

Ora, so bene che per Ferrajoli si tratta comunque, in entrambi i casi, di una verità “opinabile”, che lascia spazio al dubbio e alla controversia, e non certo una verità assoluta. Tuttavia non capisco cosa si guadagni ad usare qui il concetto di verità, e specialmente con riferimento alla premessa maggiore (la verità giuridica). Due brevi osservazioni al riguardo.

1) Parlare di verità nel contesto della premessa maggiore (“verità giuridica”) genera effetti contro-intuitivi (aporetici): infatti, non essendoci un criterio oggettivo e definitivo in base al quale giudicare della verità delle interpretazioni proposte dai giuristi, in molti casi si dovrebbe dire che più tesi interpretative sono tutte vere, oppure che alcune sono più vere di altre. Forse sarebbe più opportuno impiegare, in questo contesto, altri criteri di valutazione meno ingombranti della verità (correttezza, plausibilità, accettabilità, ecc.).

2) Parlare di verità giuridica ha un effetto di legittimazione dell’attività interpretativa, restituisce un’immagine del giurista come spassionato ricercatore del vero, dà un’aura di oggettività ad una materia (l’interpretazione giuridica) che è invece intensamente valutativa e decisoria. Forse sarebbe più opportuno adottare un armamentario concettuale e terminologico più idoneo a far emergere questa componente – e la responsabilità “politica” che ne deriva – anziché uno che la nasconde dietro un’apparenza di oggettività. Ferrajoli, ovviamente, è del tutto consapevole del carattere inevitabilmente valutativo e decisorio dell’attività interpretativa. Credo che il suo insistere sulla “verità”, qui, abbia (nuovamente) il significato di una direttiva metodologica: il significato, cioè, di richiamare il giurista (e soprattutto il giudice) ad una specie di ideale etico regolativo. Come dire: visto che tu giudice eserciti un potere in fin dei conti discrezionale, cerca di utilizzarlo nella maniera più oggettiva possibile, “come se” cercassi la verità. Ma questa, nobile, aspirazione contrasta con il carattere valutativo che lo stesso Ferrajoli riconosce espressamente all’attività interpretativa.

---

<sup>49</sup> Ferrajoli 2016: 162-163, 202-203.

#### 4. Una postilla sulla scienza giuridica

Concludo con una breve nota sulla questione della scienza giuridica (intesa come dottrina). Su questo punto le critiche di Ferrajoli a Kelsen sono forse un po' ingenerose: Ferrajoli infatti rimprovera a Kelsen di proporre un ideale di scienza giuridica puramente descrittiva, che è del tutto avulso dalla realtà, ed è peraltro irrealizzabile. Di contro, secondo Ferrajoli la scienza giuridica è intrinsecamente valutativa: sia perché il suo lavoro è interpretare (e l'interpretazione è attività valutativa, come abbiamo appena visto), sia perché la struttura a gradi dell'ordinamento richiede che il giurista faccia delle valutazioni, alla luce dei valori interni all'ordinamento, sulla coerenza e completezza dei gradi normativi inferiori rispetto ai gradi superiori<sup>50</sup>.

La critica di Ferrajoli mi sembra ingenerosa perché mi sembra imputare a Kelsen l'idea che il giurista debba fare *solo* descrizione scientifica (per come la intende Kelsen) del diritto. Ma Kelsen non dice questo. Kelsen dice che i giuristi fanno tante cose, una delle quali è contribuire al processo di applicazione del diritto indicando possibili interpretazioni delle norme da applicare (esattamente come accade a proposito del "ruolo progettuale" della scienza giuridica di cui parla Ferrajoli<sup>51</sup>); ma – secondo Kelsen – se i giuristi vogliono fare *scienza*, se vogliono produrre *una conoscenza genuinamente scientifica* del diritto positivo, allora devono semplicemente descrivere i significati potenzialmente attribuibili a un atto normativo, senza sceglierne alcuno. Personalmente credo che anche questa impresa scientifica sia destinata all'insuccesso<sup>52</sup>. Ma sarebbe poco caritatevole attribuire a Kelsen l'idea che il giurista debba *solo* descrivere il diritto, per la semplice ragione che per Kelsen il giurista non è *solo* uno scienziato, ed è del tutto legittimo che non lo sia<sup>53</sup>.

Ciò detto torniamo brevemente, e conclusivamente, a Ferrajoli. Abbiamo visto che la struttura gerarchica ("multilivello") e parzialmente statica dell'ordinamento giuridico richiede, secondo Ferrajoli, che il giurista svolga un ruolo critico e progettuale nei confronti del diritto positivo: il giurista deve denunciare antinomie e lacune del diritto inferiore rispetto alle norme superiori, e forse anche indicare linee di sviluppo del diritto inferiore che siano coerenti con il diritto superiore. Applicato allo Stato costituzionale, questo porta a fare del giurista una sorta di "partigiano della costituzione", pronto a denunciare le leggi incostituzionali e le inadempienze legislative rispetto ai principi costituzionali.

<sup>50</sup> Ferrajoli 2016: 200 ss.

<sup>51</sup> Ferrajoli 2016: 207.

<sup>52</sup> Rinvio in proposito a Pino 2013, dove critico l'analoga idea di "interpretazione cognitiva" difesa da Riccardo Guastini.

<sup>53</sup> Cfr. Kelsen 1966: 389: «uno scrittore che, annotando una sentenza, definisce come l'unica "giusta" (*richtig*) una ben precisa interpretazione tra le molte possibili, non esercita una funzione giuridico-scientifica, bensì giuridico-politica. Cerca di influire sulla produzione del diritto, il che non può naturalmente essergli rimproverato: tuttavia non gli è lecito far ciò in nome della scienza».

Tutto questo suona molto bene, almeno quando le norme superiori sono i principi costituzionali degli stati costituzionali contemporanei, principi ai quali siamo tutti molto affezionati. Ma che ne è del giurista (della sua etica del ruolo, della sua deontologia) se le norme superiori sono, o sono ispirate a, principi moralmente aberranti? Già, perché non solo lo Stato costituzionale ma *tutti* gli ordinamenti giuridici hanno una struttura gerarchica parzialmente statica, come lo stesso Ferrajoli riconosce<sup>54</sup>; e come abbiamo visto per Ferrajoli è proprio questa struttura gerarchica a richiedere che il giurista adotti un punto di vista critico e progettuale. Lo Stato costituzionale ha introdotto un livello normativo superiore alla legge, ma a parte il fatto che anche un regime totalitario potrebbe dotarsi di una costituzione superiore alla legge, resta il fatto che anche l'ordinamento giuridico dello stato legislativo è parzialmente statico: sotto la legge, e subordinati ad essa, ci sono infatti quantomeno gli strati normativi degli atti amministrativi e dei provvedimenti giurisdizionali<sup>55</sup>. Dunque, secondo il modello di scienza giuridica di Ferrajoli, il giurista dello stato legislativo (eventualmente anche dello stato fascista) dovrebbe mettere in campo il proprio ruolo critico e progettuale al fine di vigilare sulla puntuale e completa attuazione della legislazione (fascista, in ipotesi) sul piano amministrativo e giudiziario; e ciò sarebbe richiesto dalla struttura logica (multilivello) dell'ordinamento giuridico in quanto sistema normativo in parte statico. Il giurista ferrajoliano diventa così (e non può non diventare, per motivi logici ed epistemologici) una sorta di quinta colonna del regime politico che pone le norme che contingentemente si trovano ai livelli superiori dell'ordinamento giuridico.

Se queste mie osservazioni sono fondate, allora la teoria della scienza giuridica di Ferrajoli si risolve, in definitiva, in una sorta di positivismo ideologico preterintenzionale. E in questo Ferrajoli finisce per ritrovarsi, suo malgrado, a fianco a Kelsen<sup>56</sup>.

## Bibliografia

- Alexy, R. (2012). *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Bologna, il Mulino.  
 Barberis, M. (2017). *Non c'è sicurezza senza libertà. Il fallimento delle politiche anti-terrorismo*, Bologna, il Mulino.  
 Bin, R. (2007). *Che cos'è la Costituzione?*, «Quaderni costituzionali», 1, 11-52.

<sup>54</sup> Ferrajoli 2016: 128: «è anche difficile concepire un sistema di diritto positivo solamente dinamico»; p. 129: «la distinzione tra dimensione dinamica (e formale) e dimensione statica (e sostanziale) è rintracciabile, come loro tratto distintivo, in tutti i sistemi di diritto positivo».

<sup>55</sup> Ferrajoli 2016: 131: «la prima, elementare articolazione multilivello si produce, nello stato legislativo di diritto, nel rapporto tra legislazione da un lato e giurisdizione e amministrazione dall'altro».

<sup>56</sup> Sul positivismo ideologico, o quasi-positivismo, di Kelsen, v. quantomeno Ross 2009; Celano 1999: cap. VI.

- Celano, B. (1999). *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, il Mulino.
- (2002). *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*, Milano, Giuffrè, 101-142.
- (2006). *Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa (non) può fare la filosofia al riguardo*, «Diritto & Questioni pubbliche», 6, 83-96.
- (2013). *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza.
- (2001). *Diritti fondamentali*, in Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 3-40.
- (2007). *Principia iuris*, vol. 1, Roma-Bari, Laterza.
- (2010). *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2771-2816.
- (2013). *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- (2016). *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza.
- Ferrer, J. Rodríguez, J.L. (2011). *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons.
- Guastini, R. (1998). *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, «Ragion pratica», 11, 185-206.
- (2001). *Tre problemi di definizione*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 43-48.
- (2010). *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- (2011). *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli.
- Kelsen, H. (1966). *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi.
- Pino, G. (2010a). *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, «Filosofia politica», 2, 287-306.
- (2010b). *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- (2011). *Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, «Giurisprudenza costituzionale», 56, 1, 965-997.
- (2013). *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, «Rivista di filosofia del diritto», 1, 77-102.
- (2014). *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, «Diritto & Questioni pubbliche», 14, 56-110.
- (2016a). *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, Edizioni ETS.

- (2016b). *Legalità penale e Rule of Law*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, il Mulino, 177-233.
- (2017). *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, il Mulino.
- Pintore, A. (2013). *Democrazia e diritto*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 464 ss.
- (2016). *Note intorno all'attuazione dei diritti*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 21, 1-22.
- Ross, A. (2009). *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* (1961), in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 80-95.