

Tre aporie nell'opera di Luigi Ferrajoli

GIORGIO PINO

1. *Premessa*

Il recente lavoro che Luigi Ferrajoli ha dedicato all'opera di Kelsen¹ 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, il 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. E il libro che qui discutiamo, 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 intrattenuto da Luigi Ferrajoli con un grande maestro della filosofia del diritto del '900.

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. A tal fine, segnalerò tre aporie che mi pare di poter individuare nella teoria di Ferrajoli²: sui diritti fondamentali, sul concetto di validità (sostanziale), e sul ricorso alle nozioni di logica e di verità nel diritto.

2. *Diritti fondamentali*

Come è noto, Ferrajoli definisce i 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”»³. 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 connotata⁴.

¹ L. Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

² Userò “aporia”, qui, nello stesso senso ampio in cui lo usa Ferrajoli, vale a dire ad includere contraddizioni, incongruenze, tesi inadeguate rispetto alle finalità esplicative della teoria, ecc. Cfr. L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., p. vi.

³ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 726.

⁴ L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., pp. 60-61.

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.

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 tale fonte: così, un diritto è fondamentale se è attribuito da una norma appartenente ai livelli più elevati delle fonti del diritto (tipicamente una costituzione)⁵. Questo dato mi pare ovvio: sia perché è del tutto congruente con la struttura gerarchica degli ordinamenti giuridici, da cui discendono 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 costituzionali⁶.

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 fondamentale 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 diritti 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 diritti attribuiti a "tutti", ma solo a sottoclassi di soggetti rispetto alle classi concentriche di titolari individuate dalla definizione ferrajoliana: 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 ai "tutti"⁷, 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 Ferrajoli⁸.

⁵ Ho sviluppato una definizione di diritto fondamentale lungo le linee indicate nel testo in *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010, e in *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino, Bologna, 2017.

⁶ Non intendo dire che il senso comunque 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.

⁷ 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).

⁸ In Italia, solo i detenuti per condanne superiori a cinque anni di reclusione perdono la capacità di agire.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, e forse Ferrajoli potrebbe emendare la sua definizione inserendo via via apposite qualificazioni alla sua categoria dei titolari dei diritti fondamentali. 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 fondamentale⁹: 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 è invece che la definizione di Ferrajoli appoggia tutto il peso della "fondamentalità" sul punto sbagliato: sui titolari anziché sulla fonte del diritto.

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»¹⁰.

Purtroppo, impostare in questi termini la nozione di validità sostanziale mette capo ad alcuni esiti davvero incongrui¹¹. 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, contenuto in un atto normativo. 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 norma può richiedere di esperire 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.

Bene. Una volta tenuta in debito conto la nozione di disposizione, emerge un secondo problema, e cioè che Ferrajoli riferisce la nozione di validità sostanziale all'*atto normativo*: nella

⁹ L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., p. 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).

¹⁰ L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., p. 70 (corsivi nell'originale). Tale nozione è articolata in maggior dettaglio in *Principia iuris*, cit., pp. 530 ss.

¹¹ Si noti che in *Diritto e ragione*, Laterza, Roma-Bari, 1989, Ferrajoli aveva costruito la nozione di validità sostanziale 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.

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 ma) alle singole *norme* ricavabili dall'atto, e di cui si sia appurata la conformità con le norme superiori. Di conseguenza, sembra più corretto affermare che uno stesso atto normativo possa esprimere contemporaneamente norme valide e norme invalide: ciò accade esattamente quando, all'interno dello stesso atto normativo, le disposizioni D₁, D₂, e D₃ contengono norme valide mentre la disposizione D₄ 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 D₄, 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 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 singole disposizioni) 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* (alternativamente) 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 la categoria concettuale che si conviene agli atti normativi è la validità formale e non quella sostanziale. Ma è ancora più strano affermare che una disposizione (o un atto normativo) è valida se contiene *almeno una* norma valida in senso sostanziale – ma anche norme invalide.

Dunque, a mio parere sarebbe più lineare distinguere concettualmente le categorie 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. 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 poi interagiscano in vari modi (il modo più ovvio: le porzioni di un atto normativo che esprimono norme invalide sono soggette ad 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 validi¹².

Se questa direttiva metodologica sia condivisibile o meno, è questione che secondo me non può essere decisa in astratto (come inevitabilmente accade se la si incorpora dentro una definizione teorica di “validità”): in alcuni casi l’interpretazione conforme è opportuna, in altri casi meno (ad esempio, a mio parere è poco opportuna in diritto penale)¹³; in alcuni casi è più “economico” salvare l’atto normativo tramite l’interpretazione conforme, 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? 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.

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 creazione del diritto, nei quali la logica fa emergere la necessità che i livelli normativi inferiori siano conformi, nei loro contenuti, 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 ricostruiti come operazioni logiche di sussunzione. In entrambi i casi, la logica alla quale Ferrajoli sembra far riferimento è essenzialmente quella deduttiva, che da premesse assunte come vere 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 annidarsi pure in quel passaggio. Ma certamente il grosso del lavoro, come Ferrajoli sa perfettamente¹⁴, viene fatto in un’altra fase, cioè nella costruzione della premessa normativa e della premessa fattuale del ragionamento giuridico (la giustificazione “esterna”). Questo è propriamente 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 un faro in una direzione sbagliata: qualcosa illuminerà, ma non quello che vorremmo veramente vedere.

¹² Per una chiara presa di posizione di Ferrajoli in questo senso, v. *Principia iuris*, cit., p. 540, dove, dopo aver dato la sua 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».

¹³ Per un approfondimento della tesi che in diritto penale alcune tecniche interpretative, tra cui l’interpretazione conforme, siano inopportune, v. G. Pino, *Legalità penale e Rule of Law*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L’ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016.

¹⁴ L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., p. 205.

Stessa enfasi a mio parere eccessiva sul ruolo della logica (deduttiva) lo ritroviamo a proposito dei giudizi di legittimità/validità sostanziale; qui Ferrajoli dice che tutto si riduce ad un «semplice accertamento»¹⁵ 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. E queste valutazioni non sembrano riconducibili puramente e semplicemente al criterio logico di non contraddizione¹⁶. Ad esempio, l'art. 21 cost., che tra le altre cose contiene un divieto di censura, sarebbe direttamente violato da una legge che introducesse forme di censura; e questo ce lo dice la 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 protetta dall'art. 21 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. Lo stesso si può dire per il diritto di voto: una cosa è una legge che semplicemente sopprime la libertà del voto, e un'altra cosa è una legge che “compromette” la libertà del voto, ad esempio perché introduce un sistema di liste bloccate, magari associato a collegi elettorali estremamente ampi.

In sintesi, dunque, non intendo negare che la logica deduttiva abbia un ruolo 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 a rapporti di pura derivazione deduttiva né a rapporti di semplice non contraddizione logica. Far coincidere l'invalidità sostanziale con la 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 piuttosto generosamente, quello di “verità”¹⁷. Secondo Ferrajoli, sia la premessa maggiore (normativa) sia la premessa minore (fattuale) del ragionamento giuridico possono essere valutate in termini di verità: verità giuridica in un caso, verità fattuale nell'altro.

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 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.

1) Parlare di verità nel contesto della premessa maggiore 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 rispetto a quello di verità (correttezza, plausibilità, accettabilità, ecc.).

2) parlare di verità ha un effetto di legittimazione verso l'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 decisoria¹⁸. Forse

¹⁵ L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., p. 153.

¹⁶ Sulle nozioni di “impedimento” e “ostacolo” all'esercizio di un diritto v. R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), il Mulino, Bologna, 2012 pp. 216 ss.; A. Pintore, *Note intorno all'attuazione dei diritti*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 21, 2016, pp. 1-22. G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., pp. 161-162.

¹⁷ L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., pp. 162-163, 202-203.

¹⁸ Ferrajoli è del tutto consapevole che l'attività interpretativa è inevitabilmente valutativa e decisoria. Credo che il suo insistere sulla “verità”, qui, abbia (nuovamente) il significato di una direttiva metodologica, di richiamare il giurista (e soprattutto il giudice) ad una specie di ideale etico regolativo. Come dire: visto che tu giudice eserciti un

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.

5. 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), 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 superiori¹⁹.

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 il “ruolo progettuale” della scienza giuridica di cui parla Ferrajoli²⁰); 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’insuccesso²¹. 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 deve essere *solo* uno scienziato.

Ciò detto torniamo brevemente, e conclusivamente, a Ferrajoli. Secondo Ferrajoli, la struttura gerarchica (“multilivello”) e parzialmente statica dell’ordinamento giuridico richiede 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 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.

Tutto questo suona molto bene, almeno quando le norme superiori sono i principi costituzionali degli stati costituzionali contemporanei ai quali siamo tutti molto affezionati. Ma che ne è del giurista (della sua etica del ruolo, della sua deontologia) quando 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 ammette²²; 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 illiberale e antidemocratico potrebbe dotarsi di una costituzione superiore alla legge, resta il fatto che anche l’ordinamento giuridico dello stato legislativo è parzialmente statico:

potere in fin dei conti discrezionale, cerca di utilizzarlo nella maniera più oggettiva possibile, “come se” cercassi la verità.

¹⁹ L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., pp. 200 ss.

²⁰ L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., p. 207.

²¹ Rinvio in proposito a G. Pino, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2013, 1, pp. 77-102, in cui critico l’analoga idea di “interpretazione cognitiva” difesa da Riccardo Guastini.

²² L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., p. 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».

sotto la legge, e subordinati ad essa, ci sono infatti quantomeno gli strati normativi degli atti amministrativi e dei provvedimenti giurisdizionali²³. 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 (eventualmente fascista) 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 è così (e non può non essere, 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 Kelsen²⁴.

²³ L. Ferrajoli, *La logica del diritto*, cit., p. 131: «da prima, elementare articolazione multilivello si produce, nello stato legislativo di diritto, nel rapporto tra legislazione da un lato e giurisdizione e amministrazione dall'altro».

²⁴ Sul positivismo ideologico, o quasi-positivismo, di Kelsen, v. quantomeno A. Ross, *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*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 80-95; B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 1999, cap. VI.