



Assiomatica del normativo

Filosofia critica del diritto
in Luigi Ferrajoli

A cura di
Paolo Di Lucia

SOMMARIO

Prefazione <i>di Paolo Di Lucia</i>	7
1. Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto <i>di Luigi Ferrajoli</i>	15
2. Una lettura storica (a proposito di Luigi Ferrajoli, <i>Principia iuris</i>) <i>di Italo Birocchi</i>	33
3. I <i>Principia iuris</i> di Luigi Ferrajoli e le norme costitutive <i>di Gaetano Carcaterra</i>	55
4. Pragmatica negativa <i>di Amedeo Giovanni Conte</i>	67
5. Assiomatica del normativo in Luigi Ferrajoli e assiomatica del linguaggio in Karl Bühler <i>di Paolo Di Lucia</i>	79
6. Scienza giuridica, negozio e popolo nei <i>Principia iuris</i> di Luigi Ferrajoli <i>di Aurelio Gentili</i>	93
7. Garantismo e dottrina pura a confronto <i>Riccardo Guastini</i>	113
8. I <i>Principia iuris</i> di Ferrajoli tra logica e ideologia <i>di Claudio Luzzati</i>	125

9.	139
Il nome delle cose. In margine a <i>Principia iuris</i> di Luigi Ferrajoli di Anna Pintore	
10.	163
Autocrazia della ragione, liberalismo dei diritti, democrazia dei garanti. Il programma normativo di Luigi Ferrajoli di Pier Paolo Portinaro	
11.	181
La teoria del diritto nei <i>Principia iuris</i> di Luigi Ferrajoli di Luis Prieto Sanchís	
12.	199
Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli di Adrián Rentería Díaz	
13.	223
Norme giuridiche e condotta umana di Francesco Riccobono	
14.	235
Intorno a <i>Principia iuris</i> . Questioni epistemologiche e questioni teoriche di Luigi Ferrajoli	
15.	293
Livelli di norme nel diritto e livelli di verità nella scienza giuridica di Luigi Ferrajoli	
16.	311
Gli Autori	
17	313
Indice dei nomi a cura di Jakub Martewicz	

PREFAZIONE

di Paolo Di Lucia

1. IL VOLUME «ASSIOMATICA DEL NORMATIVO. FILOSOFIA CRITICA DEL DIRITTO IN LUIGI FERRAJOLI»

1.1. – Il presente volume, *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, inaugura una nuova collana intitolata «Nomologica». Esso raccoglie e prosegue il dibattito sulla filosofia e la teoria del diritto di Luigi Ferrajoli, che si è svolto all'Università degli Studi di Milano nei giorni 28-29 ottobre 2008¹.

Al volume, introdotto da un saggio inedito di Ferrajoli (1. *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*²), partecipano dodici autori che discutono la vasta e complessa «intelaiatura di concetti»³, sulla quale è costruita la teoria assiomatizzata del diritto di Ferrajoli.

I cinque temi principali in discussione sono:

- (i) il rapporto tra modelli teorici del diritto ed esperienze storiche;
- (ii) lo statuto epistemologico dei concetti della teoria assiomatizzata del diritto;
- (iii) la natura dei *principia iuris*;
- (iv) il confronto fra la teoria assiomatizzata del diritto e le grandi filosofie del diritto del Novecento (dottrina pura del diritto, normativismo, realismo giuridico, neocostituzionalismo giuridico);
- (v) il rapporto tra diritto e democrazia nella teoria assiomatizzata del diritto.

¹ Al colloquio di Milano (*Diritto logica axiologia. I «Principia iuris» di Luigi Ferrajoli*) hanno preso parte: Gaetano Carcaterra, Amedeo Giovanni Conte, Paolo Di Lucia, Luigi Ferrajoli, Vincenzo Ferrari, Riccardo Guastini, Mario Jori, Luigi Lombardi Vallauri, Claudio Luzzati, Francesco Riccobono.

² Il saggio riproduce il testo di una conferenza tenuta da Luigi Ferrajoli presso l'Istituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad de México, il 29 ottobre 2007, all'indomani della pubblicazione di *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*.

³ La metafora della teoria come «intelaiatura di concetti» è di David Hilbert, *Axiomatisches Denken*, 1918. Sul metodo assiomatico cfr. Robert Blanché, *L'Axiomatique*, 1955.

Si intrecciano con questi *cinque temi* le analisi di *sei concetti* fondamentali della teoria assiomatizzata del diritto:

- (i) norma;
- (ii) norma costitutiva;
- (iii) validità;
- (iv) diritto soggettivo;
- (v) negozio giuridico;
- (vi) popolo.

1.2. – I dodici saggi raccolti nel volume sono, in ordine alfabetico:

- [2.] Italo Birocchi, *Una lettura storica (a proposito di Luigi Ferrajoli, «Principia iuris»)*.
- [3.] Gaetano Carcaterra, *I «Principia iuris» di Luigi Ferrajoli e le norme costitutive*.
- [4.] Amedeo Giovanni Conte, *Pragmatica negativa*.
- [5.] Paolo Di Lucia, *Assiomatica del normativo in Luigi Ferrajoli e assiomatica del linguaggio in Karl Bühler*.
- [6.] Aurelio Gentili, *Scienza giuridica, negozio e popolo nei «Principia iuris» di Luigi Ferrajoli*.
- [7.] Riccardo Guastini, *Garantismo e dottrina pura a confronto*.
- [8.] Claudio Luzzati, *I «Principia iuris» di Ferrajoli tra logica e ideologia*.
- [9.] Anna Pintore, *Il nome delle cose. In margine a «Principia iuris» di Luigi Ferrajoli*.
- [10.] Pier Paolo Portinaro, *Autocrazia della ragione, liberalismo dei diritti, democrazia dei garanti. Il programma normativo di Luigi Ferrajoli*.
- [11.] Luis Prieto Sanchís, *La teoria del diritto nei «Principia iuris» di Luigi Ferrajoli*.
- [12.] Adrián Rentería Díaz, *Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*.
- [13.] Francesco Riccobono, *Norme giuridiche e condotta umana*.

La risposta di Ferrajoli (14. *Intorno a «Principia iuris». Questioni epistemologiche e questioni teoriche*) ai dodici contributi critici si articola in *tre* parti:

- (i) questioni metateoriche e metodologiche;
- (ii) questioni di teoria del diritto;
- (iii) rapporto tra diritto e democrazia.

Chiude il volume un testo inedito di Ferrajoli (15. *Livelli di norme nel diritto e livelli di verità nella scienza giuridica*) presentato al VIII Seminario Internacional de Teoría y Filosofía del derecho di Vaquerías, Córdoba (Argentina) nei giorni 3-4 settembre 1999, e solo ora riscoperto tra le carte di Paolo Di Lucia.

2. NOTA BIOBIBLIOGRAFICA SU LUIGI FERRAJOLI

2.1. – Luigi Ferrajoli, nato a Firenze il 6 agosto 1940, si è formato all'Università di Roma «La Sapienza», dove si è laureato in Giurisprudenza nel 1962, sotto la guida di Widar Cesarini Sforza (1886-1965). La tesi, intitolata *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*, è pubblicata per iniziativa di Norberto Bobbio (1909-2004), sulla «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» nel 1963.

È sotto la guida di Bobbio che Ferrajoli concepisce il progetto di una teoria formale del diritto costruita con il metodo assiomatico.

La cultura dominante – scrive Ferrajoli – era ancora di tipo idealistico, o comunque vagamente metafisico e, nel migliore dei casi, di stampo marxista [...]. Si contavano poco più che sulle dita di una mano gli studiosi impegnati nell'introdurre in Italia, nell'indifferenza e diffidenza generale, la filosofia analitica, l'empirismo logico, la filosofia della scienza e la logica matematica [...], nella teoria e nella filosofia del diritto: Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli. Almeno per quanto riguarda la logica eravamo quasi tutti, in quegli anni, poco più che degli autodidatti. E forse proprio questo spiega l'incoscienza giovanile con la quale decisi di imbarcarmi in questa impresa. Furono decisivi il sostegno e la guida di Norberto Bobbio. Tra l'altro egli mi mise in contatto con molti studiosi di logica giuridica e di teoria del diritto: in particolare con Jerzy Wróblewski, Georges Kalinowski, e con Amedeo Giovanni Conte.⁴

2.2. – Una prima forma embrionale della teoria assiomatizzata del diritto è pubblicata nel 1965, in un articolo apparso anch'esso sulla «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto».

Un successivo sviluppo appare cinque anni dopo: *Teoria assiomatizzata del diritto*, per i tipi dell'editore Giuffrè⁵.

Dal marzo 1967 al dicembre del 1975, Ferrajoli esercita le funzioni di giudice a Prato. Scrive in proposito: «Il lavoro di giudice, durato dal 1967 al 1975, ha avuto un grande peso nella mia formazione, anche teorica».

Fu allora – aggiunge Ferrajoli – che compresi e teorizzai le due divaricazioni deontiche tra *validità* e *vigore* (esistenza), in dissenso con l'ortodossia kelseniana, e tra *vigore* ed *effettività* nelle prassi istituzionali: da un lato, dunque, la critica del «diritto illegittimo» perché in contrasto con la Costituzione, dall'altro, il ruolo delle garanzie come tecniche idonee a ridurre l'ineffettività delle promesse costituzionali.⁶

⁴ Luigi Ferrajoli, *Il diritto dimostrato «more geometrico»*. Intervista a Luigi Ferrajoli di Susanna Marietti, 2008, p. 71.

⁵ L'opera viene recensita tempestivamente nel 1971, da Jerzy (vel Georges) Kalinowski e Jerzy Wróblewski.

⁶ Ferrajoli, *Il diritto dimostrato* cit., p. 70.

Alla fine degli anni '60 Ferrajoli è tra i fondatori di Magistratura Democratica. Nel 1979 partecipa alla fondazione, per opera di Lelio Basso, del Tribunale permanente dei popoli.

2.3. – Abilitato alla libera docenza in Filosofia del diritto nel 1969, insegna dal 1970 per incarico Filosofia del diritto e Teoria generale del diritto nell'Università di Camerino, ateneo nel quale proprio Norberto Bobbio aveva avuto il primo incarico nel lontano 1935⁷.

Nel 1975 Ferrajoli diviene professore ordinario e continua l'insegnamento a Camerino, ininterrottamente, fino al 2003, quando si trasferirà all'Università di Roma Tre.

Dalla critica alla legislazione dell'emergenza degli anni '70 nasce in Ferrajoli l'idea di una ricerca teorica e storica sul garantismo penale⁸.ubblica, dopo quasi vent'anni di ricerche, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 1989, opera nella quale critica i fondamenti assiologici ed epistemologici dei sistemi giuridici penali continentali ed elabora una teoria del garantismo penale.

Naturale proseguimento della teoria del garantismo, proposta in *Diritto e ragione*, è la formulazione di una teoria dei diritti fondamentali.

I saggi di Ferrajoli dedicati alla teoria dei diritti fondamentali sono raccolti, insieme a otto contributi critici, nel volume *Diritti fondamentali*, pubblicato nel 2001⁹.

Nel 2007 esce, in tre volumi, la monumentale opera *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*.

2.4. – Luigi Ferrajoli è autore di quasi 400 saggi di filosofia del diritto, teoria generale del diritto, metaetica, filosofia politica, storia della cultura giuridica, critica del diritto.

I suoi libri principali sono:

- (i) *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale* (1970);
- (ii) *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo* (con Danilo Zolo, 1978);
- (iii) *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989);
- (iv) *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale* (1995);

⁷ È proprio su iniziativa di Luigi Ferrajoli e di Alberto Filippi, che il 29 maggio 1997, l'Università di Camerino conferisce a Bobbio la laurea *honoris causa* in Giurisprudenza, a 70 anni dal suo insegnamento camerte. La *laudatio* di Ferrajoli è pubblicata con il titolo, *Ragione, diritto e democrazia nel pensiero di Norberto Bobbio*, 1999.

⁸ Nel 1980 partecipa al *Dizionario critico del diritto* curato da Cesare Donati (1930-1981) per il quale redige dodici voci di diritto penale

⁹ Il dibattito è tradotto con il titolo: *The Italian debate on fundamental rights* sulla rivista inglese «International Journal for the Semiotics of Law» 14 (2001), pp. 1-106.

- (v) *La cultura giuridica dell'Italia del Novecento* (1999);
- (vi) *Derechos y garantías. La ley del más débil* (1999);
- (vii) *El garantismo y la filosofía del derecho* (2000);
- (viii) *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (2001);
- (ix) *Razones jurídicas del pacifismo* (2004);
- (x) *Epistemología jurídica y garantismo* (2004);
- (xi) *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia* (2006);
- (xii) *Principia iuris. Teoría del derecho e della democrazia* (2007);
- (xiii) *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (con José Juan Moreso e Manuel Atienza, 2008);
- (xiv) *Democracia y garantismo* (2008).

2.5. – All'opera di Ferrajoli sono dedicati numerosi scritti, apparsi in riviste italiane e straniere, oltre ai seguenti quattro volumi:

- (i) Letizia Gianformaggio (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli* (1993);
- (ii) Miguel Carbonell - Pedro Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (2005);
- (iii) Tecla Mazzarese (ed.), *Derecho y democracia constitucional. Discutiendo Principia iuris de Luigi Ferrajoli* (2008);
- (iv) Paolo Di Lucia (a cura di), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli* (2011).

3. BIBLIOGRAFIA

- Blanché, Robert, *L'Axiomatique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1955.
- Carbonell, Miguel - Salazar, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005 (il volume raccoglie scritti di Marina Gascón Abellán, Luis Prieto Sanchís, Perfecto Andrés Ibáñez, Marisa Iglesias Vila, Paolo Comanducci, Adrián Rentería Díaz, Valentina Pazé, José Juan Moreso, Miguel Carbonell, Alfonso Ruiz Miguel, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Pablo de Lora, Alfonso García Figueroa, Santiago Sastre Ariza, Bernardo Bolanos, Juan Antonio Cruz Parceró, Andrea Greppi, José Luis Martí Mármol, Susanna Pozzolo, Pedro Salazar Ugarte, Lorenzo Córdova Vianello, Ermanno Vitale, Gerardo Pisarello, Antonio de Cabo, Rodolfo Vázquez).
- Costa, Pietro, *Principia iuris di Luigi Ferrajoli. Un invito alla lettura*, «Iride» 22 (2009), pp. 211-217.
- Di Lucia, Paolo, v. *Luigi Ferrajoli*, in Melchiorre, Virgilio (a cura di), *Enciclopedia filosofica*, Milano, Bompiani, 2006, IV, p. 4053.
- Donati, Cesare (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Milano, Savelli, 1980.

- Ferrajoli, Luigi, *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» 40 (1963), pp. 320-362.
- Ferrajoli, Luigi, *Saggio di una teoria formalizzata del diritto*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» 42 (1965), pp. 55-105.
- Ferrajoli, Luigi, *Teoria assiomaticizzata del diritto. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1970.
- Ferrajoli, Luigi - Zolo, Danilo, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Milano, Feltrinelli, 1978.
- Ferrajoli, Luigi, *Misure cautelari di polizia, Misure di prevenzione, Misure di pubblica sicurezza, Misure di sicurezza, Pena (principi teorici), Pena (profili reali), Processo penale (principi teorici), Processo penale (profili reali), Reato (principi teorici), Reato (profili reali), Sanzione, Sospetto*, in Donati, Cesare (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Milano, Savelli, 1980.
- Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, prefaz. di Norberto Bobbio, Roma - Bari, Laterza, 1989 (2008⁹).
- Ferrajoli, Luigi, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Milano, Anabasi, 1995; 2^a ed. Roma - Bari, Laterza, 1995.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 1999.
- Ferrajoli, Luigi, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma - Bari, Laterza, 1999.
- Ferrajoli, Luigi, *Ragione, diritto e democrazia nel pensiero di Norberto Bobbio*, in Ferrajoli, Luigi - Di Lucia, Paolo (a cura di), *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 3-14.
- Ferrajoli, Luigi - Di Lucia, Paolo (a cura di), *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, Torino, Giappichelli, 1999.
- Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Ferrajoli, Luigi, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (con interventi critici di Luca Baccelli, Luigi Bonanate, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale, Danilo Zolo), a cura di Ermanno Vitale, Roma - Bari, Laterza, 2001.
- Ferrajoli, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México (D.F.), Fontamara, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, a cura di Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, Laterza, 2007.
- Ferrajoli, Luigi, *Democrazia y garantismo*, a cura di Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Il diritto dimostrato «more geometrico». Intervista a Luigi Ferrajoli di Susanna Marietti*, «Reset» 105 (gennaio-febbraio 2008), pp. 70-72.
- Ferrajoli, Luigi, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional* (con Josep-Joan Moreso e Manuel Rodríguez Atienza), a cura di Gerardo Pisarello y

- Ricardo García Manrique, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- Gianformaggio, Letizia, *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993 (il volume raccoglie scritti di Pietro Costa, Letizia Gianformaggio, Riccardo Guastini, Mario Jori, Claudio Luzzati, Mariangela Ripoli, Vittorio Villa, Roberto Bergalli, Mario A. Cattaneo, Paolo Ferrua, Giovanni Fiandaca, David Nelken, Tullio Padovani, Salvatore Senese, Michele Taruffo, Eugenio Raul Zaffaroni, Michelangelo Bovero, Alberto Contu, Eugenio Lecaldano, Eligio Resta, Danilo Zolo e la replica di Luigi Ferrajoli).
- Hilbert, David, *Axiomatisches Denken*, «Mathematische Annalen» 78 (1918), pp. 405-415, tr. it. *Pensiero assiomatico*, in Hilbert, David, *Ricerche sui fondamenti della matematica*, a cura di Vito Michele Abrusci, Napoli, Bibliopolis, 1985, pp. 177-188.
- Kalinowski, Jerzy vel Georges, *Recensione a Luigi Ferrajoli, Teoria assiomaticizzata del diritto*, «Archives de Philosophie du Droit» 16 (1971), pp. 489-494.
- Mazzarese, Tecla (ed.), *Derecho y democracia constitucional. Discutiendo Principia iuris de Luigi Ferrajoli*, Parte monografica di «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho» 31 (2008), pp. 201-433 (il volume raccoglie scritti di Perfecto Andrés Ibáñez, Manuel Atienza, Michelangelo Bovero, Eugenio Bulygin, Marina Gascón Abellán, Dino Greco, Riccardo Guastini, Tecla Mazzarese, José Juan Moreso, Mauro Palma, Pier Paolo Portinaro, Geminello Preterossi, Alfonso Ruiz Miguel, Salvatore Senese, Michele Taruffo e la replica di Luigi Ferrajoli).
- Mazzarese, Tecla, *Principia iuris: ottimismo metodologico e riaffermazione della cultura dei diritti*, «Teoria Politica» 24 (2008), pp. 81-98.
- Mora Molina, Juan Jesús, *El garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Un estudio de filosofía del derecho sobre la frágil relación entre la democracia, la constitución y el estado de derecho*, Huelva, Publicaciones Universidad de Huelva, 2004.
- Pintore, Anna - Jori, Mario (eds.), *The Italian debate on fundamental rights*, «International Journal for the Semiotics of Law» 14 (2001), pp. 1-106.
- Sarzotti, Claudio (a cura di), *Principia iuris. La democrazia presa sul serio*, «Antigone. Quadrimestrale di Critica del Sistema Penale e Penitenziario» 3 (2008), pp. 7-103 (il volume raccoglie scritti di Claudio Sarzotti, Mauro Palma, Eligio Resta, Tecla Mazzarese, Giuseppe Ugo Rescigno, Rossana Rossanda, Salvatore Senese, Dino Greco e Luigi Ferrajoli).
- Wróblewski, Jerzy, *Aksjomatyzacja teorii prawa*, «Studia prawno-ekonomiczne» 6 (1971), pp. 234-241.
- Wróblewski, Jerzy, *Axiomatization of Legal Theory*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» 49 (1972), pp. 380-389.

1. PER UNA RIFONDAZIONE EPISTEMOLOGICA DELLA TEORIA DEL DIRITTO

di Luigi Ferrajoli

1.1. PREMESSA

Esporrò sommariamente i lineamenti epistemologici e i principi metodologici della teoria che ho sviluppato in *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*¹: una teoria articolata in due parti, la teoria del diritto elaborata con l'impiego del metodo assiomatico e la teoria della democrazia costituzionale che è un'interpretazione empirica e normativa della prima, tra loro connesse da un nesso di isomorfismo che lega tra loro la democrazia e il paradigma costituzionale dello stato di diritto.

Di questo lavoro, progettato fin dagli anni Sessanta del secolo scorso², esporrò sommariamente il *metodo* adottato, l'*oggetto* o *universo* del discorso teorico e le *finalità* perseguite. Si tratta delle tre questioni metateoriche – *come viene costruita, di che cosa parla, a che cosa serve* una teoria (del diritto) – che corrispondono alle tre classiche dimensioni del linguaggio distinte da Charles Morris: la (meta-teoria) *sintattica*, dedicata alle relazioni sintattiche tra i segni della teoria quali risultano dal metodo assiomatico utilizzato nella formazione dei suoi concetti ed asseriti; la (meta-teoria) *semantica*, dedicata al contenuto empirico e informativo della teoria intorno al diritto positivo; la (meta-teoria) *pragmatica*, dedicata alle finalità

¹ *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, Laterza, 2007, 3 voll.: I. *Teoria del diritto*; II. *Teoria della democrazia*; III. *La sintassi del diritto*, pubblicato anche in un CD allegato al vol. I (d'ora in poi *PiI*, *PiII* e *PiIII*). Sta per uscirne la traduzione spagnola presso Trotta, Madrid.

² Il mio primo libro, scritto sotto la guida di Norberto Bobbio, si intitola *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1970, ed è un abbozzo assolutamente rudimentale del futuro lavoro. Di qualche anno prima è l'ancor più embrionale *Saggio di una teoria formalizzata del diritto*, «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto» 1 (1965), pp. 55-105.

esplicative della teoria e al ruolo critico e progettuale da essa suggerito nei confronti del diritto, sulla base del diritto medesimo³.

1.2. LA DIMENSIONE SINTATTICA DELLA TEORIA DEL DIRITTO. IL METODO ASSIOMATICO

Parlerò solo brevemente della *dimensione sintattica*, cioè del metodo assiomatico che ho adottato nella costruzione della teoria, benché proprio l'impiego di tale metodo rappresenti l'aspetto più singolare e appariscente della teoria e abbia richiesto il lavoro più lungo e faticoso.

Secondo questo metodo, non è ammesso nella teoria nessun concetto che non sia stato *definito* mediante altri termini teorici sulla base di regole di formazione previamente stabilite, e non è accettabile nessuna tesi che non sia stata *dimostrata* a partire da altre tesi della teoria sulla base di regole di trasformazione anch'esse prestabilite. Per evitare un regresso all'infinito, alcuni concetti sono pertanto assunti come indefiniti in forma di *primitivi* e alcune tesi sono assunte come indimostrate in forma di *postulati* o di *definizioni*. Naturalmente l'applicazione di un simile metodo è resa possibile dallo specifico statuto teorico dei concetti e degli asserti della teoria. Diversamente dai concetti della dogmatica – come «mutuo», «locazione», «furto», «omicidio», vincolati al linguaggio legale e definiti quindi da ridefinizioni lessicali ancorate agli usi linguistici del legislatore –, i concetti teorici, come «norma», «obbligo», «divieto», «validità» e simili, sono infatti il frutto di definizioni stipulative o di assunzioni o convenzioni, cioè di scelte delle quali non avrebbe senso predicare la verità o la falsità ma solo la maggiore o minore capacità esplicativa⁴.

³ Ch. Morris, *Foundations of a theory of signs* [1938], tr. it. *Lineamenti di una teoria dei segni*, Torino, Paravia, 1954, cap. II, § 3, pp. 18-20: «Si possono studiare le relazioni dei segni con gli oggetti cui sono applicabili. Chiameremo questa relazione *dimensione semantica della semiosi*; lo studio di questa dimensione sarà chiamato *semantica*. Oppure il soggetto di studio può essere la relazione dei segni con gli interpreti. Chiameremo questa relazione *dimensione pragmatica della semiosi*; lo studio di questa dimensione avrà il nome di *pragmatica*»; c'è infine un'altra «importante relazione in cui i segni possono venire a trovarsi: quella formale fra i segni stessi ... Essa sarà chiamata *dimensione sintattica della semiosi*; e il suo studio avrà il nome di *sintattica*».

⁴ È chiaro che la teoria è analitica e avalutativa nella derivazione dei teoremi, mentre è frutto di scelte nella formulazione delle sue tesi primitive o indimostrate. Queste scelte sono di solito scelte di carattere teoretico, giustificate dalla maggiore capacità esplicativa da esse rivelata, nel corso stesso della teoria, rispetto a possibili scelte alternative. Talvolta, tuttavia, si tratta di scelte alle quali non sono estranee opzioni di carattere etico-politico, dettate dalle specifiche finalità ricostruttive perseguite dal teorico in vista delle implicazioni pratiche da esse suggerite. Si prenda per esempio il concetto di «illecito». La definizione da me proposta in *PiL*, § 9.4, p. 498 come «atto (informale) *vietato*» (D9.4) non è certo più «vera» della definizione kelseniana di «illecito» come qualunque atto

È chiaro che la costruzione della teoria con il metodo assiomatico vale a soddisfare un'elementare esigenza scientifica: quella di conferire, grazie alla formalizzazione del linguaggio teorico, il massimo rigore e la massima chiarezza e precisione ai concetti giuridico-teorici. Tutti i termini della teoria del diritto, se non altro per la tradizione millenaria della scienza giuridica, sono termini fortemente polisensivi e imprecisi – si pensi a termini come «norma», «diritto soggettivo», «validità», «sanzione», «responsabilità» – sui quali si sono accumulati molteplici significati, che convivono talora presso i medesimi autori e all'interno dei medesimi discorsi. Ne risulta una indeterminatezza concettuale quale non è rinvenibile in nessun'altra disciplina scientifica.

La formalizzazione del linguaggio teorico è la sola strada che consente di superare queste aporie. Non solo. Se è vero che il linguaggio della teoria del diritto – a differenza del linguaggio delle discipline giuridiche particolari, che chiamo *dogmatico* perché dogmaticamente vincolato al lessico del linguaggio legale⁵ – è un linguaggio «artificiale» o «convenzionale»,

cui l'ordinamento connette una *sanzione* (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* [1960], tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, § 6, lett. a, pp. 43-44; Id., *General theory of law and state* [1945], tr. it. *Teoria generale del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità, 1959, parte I, cap. III, pp. 51-56). Ma sono assai diverse le implicazioni teoriche generate dalle due definizioni e gli effetti pratici da esse ammessi o suggeriti. Sulla base della definizione kelseniana, un comportamento vietato per il quale non siano previste sanzioni non è un atto illecito: la guerra non di difesa, per esempio, benché vietata dal diritto internazionale e da molte costituzioni statali, non essendo sanzionata né dall'uno né dalle altre, non è alla sua stregua configurabile come illecita, ed è anzi in alcuni casi concepita, dallo stesso Kelsen, essa stessa come sanzione (Kelsen, *Teoria cit.*, parte II, cap. VI, pp. 332-337, 349 ss., 360-361; Id., *Law and peace in international relations*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 1952, pp. 36-55; Id., *La dottrina pura cit.*, § 42, lett. a, pp. 352-354). Al contrario, sulla base della definizione di «illecito» come atto vietato, anche la guerra è qualificabile come illecito, mentre l'assenza di sanzioni risulta configurata come una lacuna di garanzie che richiede di essere colmata. Un discorso analogo può essere fatto per le nozioni di «diritto soggettivo», o di «diritti fondamentali» perché «universali», o di «validità» o simili.

⁵ In questo senso l'espressione «dogmatica» (e «dogmatico») diverge largamente dal suo uso corrente. Nel suo significato prevalente il termine «dogmatica» (e più ancora «alta dogmatica») include concetti e tesi teoriche. Esso fu anzi introdotto da Rudolf von Jhering, nel titolo e nel saggio introduttivo alla rivista da lui fondata nel 1857 «*Jahrbücher für Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts*», proprio per designare la costruzione sistematica dell'insieme dei concetti giuridici. *Vide*, sulle origini e sulla storia dei termini «dogma», «dogmatica» e «dommatica», R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1963, cap. II, §§ 8 e 9, pp. 229-250; V. Piano Mortari, *Dogmatica giuridica. Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, XIII, 1964, pp. 671-678; E. Paresce, *Dogmatica giuridica*, ivi, pp. 678-712. Il termine viene invece qui usato in un senso da un lato più ampio, perché inclusivo di tutte le tesi sulle norme dell'ordinamento indagato, e dall'altro più ristretto perché non include i termini e le tesi teoriche: come sinonimo, insomma, dell'espressione «discipline giuridiche positive» o «particolari». Rispetto a questa mi è parso preferibile per due ragioni: in primo luogo perché anche la teoria del diritto è una disciplina di diritto positivo, e si oppone alla dogmatica non tanto per la «generalità» o

costruito dallo stesso teorico sulla base di regole da lui stipulate, allora non solo possiamo, ma dobbiamo costruirlo nella maniera più rigorosa e sviluppare il discorso teorico in forma assolutamente coerente: stabilendone ed esplicitandone sia le regole di formazione che le regole di trasformazione. Ne consegue una serie di vantaggi: (a) l'*univocità* semantica di tutti i termini teorici, assicurata dalle loro definizioni sulla base di regole di formazione prestabilite; (b) la *coerenza* interna del discorso teorico, assicurata dalla dimostrazione di tutte le sue tesi non primitive sulla base delle regole di trasformazione (quelle della logica dei predicati, della logica degli enunciati e della logica modale) a loro volta prestabilite; (c) la *trasparenza* delle scelte che sono alle spalle della teoria e che riguardano unicamente le assunzioni (postulati e definizioni) stabilite, essendo tutte le altre tesi, rispetto ad esse, logicamente vere; (d) la *fecondità* del procedimento seguito, che non è solo un metodo di controllo, ma ancor prima un metodo di scoperta che consente di identificare come vere (ovviamente rispetto alle premesse stipulate) tesi non intuitive e di respingere come false (rispetto alle premesse) tesi intuitive.

Ma la formalizzazione della teoria consente, a mio parere, di soddisfare anche una seconda esigenza: quella del superamento dell'attuale divorzio, consumatosi fin dall'Ottocento, tra scienza giuridica, filosofia politica e sociologia del diritto. La teoria assiomaticizzata del diritto è infatti una teoria «formale»⁶, che non ci dice nulla, senza una sua adeguata

«non-particolarità» del suo oggetto, quanto piuttosto, come dirò nella nota che segue, per il suo carattere «formale», cioè per lo specifico livello di astrazione dei suoi concetti ed asserti e per il metodo con cui essi vengono elaborati; in secondo luogo perché l'espressione allude efficacemente al carattere di «dogmi» rivestito dalle norme di legge rispetto ai discorsi empirico-osservativi dei giuristi, vincolati alla loro interpretazione, ed esprime perciò il riflesso epistemologico di quel postulato teorico e meta-teorico del positivismo giuridico che è il principio di legalità.

⁶ È questa la caratterizzazione della teoria del diritto avanzata da Norberto Bobbio, secondo il quale «la teoria generale del diritto è una teoria *formale* del diritto nel senso che studia il diritto nella sua struttura normativa, vale a dire nella sua forma indipendentemente dai valori a cui questa struttura serve e dal contenuto che racchiude» (N. Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, p. VI). «È inutile dire che questa idea», aggiunge Bobbio, «è stata elaborata, nella forma in cui è più nota, dal Kelsen», la cui «dottrina» o «teoria pura» è perciò «formale» nel senso qui assunto e suggerito da Bobbio. La stessa caratterizzazione della teoria del diritto come «formale» è ripresa da Bobbio negli *Studi* cit., pp. 3-7, 34-40 e 145-147. Sul carattere «formale» di tutte le tesi teoriche, rinvio alle chiarificazioni svolte ripetutamente, a proposito della mia definizione di «diritti fondamentali», in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma, Laterza, 2001, cap. I, § 1 pp. 5-9; cap. II, §§ 1 e 5, pp. 123-145 e 150-151; cap. III, §§ 1 e 4, pp. 279-288, 298-309, tr. sp. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001. Il carattere «formale» della teoria, peraltro, non ne implica affatto, come ritengono Bobbio e Kelsen, la natura descrittiva e avalutativa, esclusa da quanto si è detto nella nt. 4. *Vide*, su questo dissenso dalla concezione kelseniana e bobbiana della teoria del diritto, *Pil, Introduzione*, §§ 5-7, pp. 21-38, e *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, «Diritto Pubblico» 1 (2009), § 4, pp. 14-22.

interpretazione empirica, sui contenuti normativi dei concreti ordinamenti giuridici, né sulla loro giustizia o ingiustizia, né sul loro grado di effettività o di ineffettività. Tale teoria – formale perché formalizzata e formalizzabile perché formale – si limita ad assumere o a definire concetti, a istituire tra di essi relazioni sintattiche, a svilupparne le implicazioni e perciò ad analizzare la forma logica e la struttura normativa degli odierni ordinamenti e, in particolare, del loro «paradigma costituzionale». Ma proprio questo suo carattere formale, come cercherò di mostrare, fa di essa, questa è la tesi apparentemente paradossale che intendo sostenere, il miglior terreno di incontro tra i diversi approcci disciplinari allo studio del diritto – gli approcci giuridici, quelli filosofico-politici e quelli sociologici – che della teoria rappresentano altrettante interpretazioni empiriche o semantiche.

1.3. LA DIMENSIONE SEMANTICA DELLA TEORIA DEL DIRITTO. TRE DIVARICAZIONI DEONTICHE

Vengo così alla dimensione semantica della teoria. L'ipotesi metateorica che ho posto alla base del mio lavoro è che la teoria del diritto, proprio a causa del suo carattere formale e formalizzato, ammette una *triplice dimensione empirica o semantica*: (a) l'interpretazione offerta dall'indagine sui comportamenti regolati dalle norme, quale è sviluppata dalla *sociologia del diritto*; (b) l'interpretazione offerta dall'analisi delle norme giuridiche, quale è sviluppata dalla *scienza* e dalla *dogmatica giuridica*; (c) l'interpretazione espressa dalla valutazione e progettazione del diritto, quale è proposta dalla *filosofia politica*.

Ebbene, queste tre interpretazioni si configurano come altrettanti punti di vista sul diritto espressi da altrettante categorie fondamentali della teoria e della filosofia del diritto – il punto di vista dell'*effettività*, il punto di vista della *validità* e il punto di vista della *giustizia* – il secondo in rapporto di dover essere con il primo e il terzo in rapporto di dover essere con il secondo, in forza di altrettante divaricazioni deontiche tra dover essere ed essere del diritto positivo medesimo.

La prima divaricazione deontica è quella, elementare, tra *validità* ed *effettività* delle norme, o se si vuole tra diritto e realtà, tra norme e fatti, tra il «dover essere giuridico» (o *di diritto*) e la concreta esperienza giuridica. Il punto di vista della scienza giuridica guarda i fenomeni giuridici identificandoli con le *norme giuridiche*. Il punto di vista della sociologia del diritto guarda i medesimi fenomeni identificandoli invece con i *comportamenti umani* regolati dalle norme giuridiche. Questi due diversi approcci o concezioni del diritto esprimono – come scrisse Hans Kelsen nel 1915, nella sua celebre polemica con Eugen Ehrlich – l'alternativa epistemologica fondamentale, «per quanto riguarda oggetto e metodo», che

si propone alla teoria del diritto e, in generale, alla scienza giuridica⁷. La prima concezione è quella che caratterizza la teoria del diritto come teoria *normativistica* e la scienza giuridica come scienza normativa, il cui oggetto è costituito dalle norme giuridiche e il cui metodo è l'interpretazione, ovvero l'analisi del linguaggio legale. La seconda è quella che caratterizza la teoria del diritto come teoria *realistica* e la scienza del diritto come scienza sociologica, il cui oggetto è ciò che di fatto accade e il cui metodo è l'indagine fattuale. Secondo la nota distinzione di Herbert Hart, l'una guarda al diritto vigente (*law in books*) dal «punto di vista interno»; l'altra guarda al diritto vivente (*law in action*) dal «punto di vista esterno»⁸. Sono quindi diversi – da un lato le *norme*, dall'altro i *fatti* – i riferimenti e le condizioni d'uso del termine «vero» a proposito delle proposizioni giuridiche della dogmatica e di quelle fattuali della sociologia del diritto.

È chiaro che questa prima divaricazione deontica, tra norme e fatti, è legata al carattere non già descrittivo ma normativo delle prime nei confronti dei secondi, generato dal trapasso dal diritto puramente consuetudinario proprio dei sistemi giuridici primitivi al diritto scritto. Ne consegue un'irriducibile divergenza fra tesi dogmatiche e tesi sociologiche. Se sul piano giuridico possiamo affermare che «(a norma dell'art. 624 del codice penale italiano) tutti i furti sono puniti con la reclusione fino a tre anni», sul piano sociologico dobbiamo al contrario affermare che a causa dell'immane cifra nera della delinquenza «(accade in Italia che) *non* tutti i furti (ma solo una parte di essi) sono puniti con la reclusione fino a tre anni». Ovviamente le due opposte tesi, benché entrambe vere, non sono contraddittorie, dato che parlano di cose diverse: l'una del «dover essere» normativo della punizione del furto, l'altra del suo «essere» o «non essere»

⁷ «Il contrasto fondamentale», scrisse Kelsen nel 1915 in polemica con Eugen Ehrlich, «che minaccia di spaccare la scienza giuridica, per quanto riguarda oggetto e metodo, in due tendenze differenti sin dal fondamento, nasce attraverso il duplice modo di considerazione cui si crede di poter sottomettere il fenomeno giuridico. Si può considerare il diritto come *norma*, cioè come una determinata forma del *dovere*, come specifica regola-di-dovere e, in conseguenza, costituire la scienza giuridica come una scienza *normativa* e *deduttiva di valori*, come l'etica o la logica. Si tenta anche, però, di concepire il diritto come una parte della *realtà* sociale, come fatto o processo la cui *regolarità* viene intesa in maniera *induttiva* e *spiegata* causalmente. Qui il diritto è una *regola dell'essere* di un determinato comportamento umano, e la scienza giuridica è una scienza di *realtà* che lavora secondo il modello delle scienze naturali» (H. Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie* [1915], tr. it. *Una fondazione della sociologia del diritto*, in E. Ehrlich - H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1992, pp. 67-68).

⁸ H.L.A. Hart, *The concept of law* [1961], tr. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, cap. IV, § 1, pp. 62-74; cap. V, § 2, pp. 105-108 e cap. VI, § 1, pp. 120-124. Uberto Scarpelli ha proposto di fondare, su questa distinzione tra «punto di vista esterno» e «punto di vista interno», la differenza, nell'accostamento allo studio del diritto positivo, tra la sociologia del diritto e la scienza giuridica d'indirizzo giuspositivistico qui denominata «dogmatica» (*Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, cap. VII, pp. 53-58).

effettivo. Ed è anche chiaro che in ordinamenti elementari, dotati di un solo livello normativo, come sono quelli del vecchio Stato legislativo di diritto, la divergenza tra approccio normativistico e approccio realistico non crea nessun problema, dato che norme e fatti appartengono univocamente a universi diversi. Rispetto ad essi il rapporto tra dogmatica e sociologia del diritto, tra interpretazione giuridica e osservazione sociologica, può perciò essere risolto dalla rigida *actio finium regundorum* suggerita da Kelsen: i due approcci e i relativi discorsi sono totalmente separati, quali discipline distinte e indipendenti, essendo diversi e tra loro alternativi i relativi universi e modelli semantici.

La seconda divaricazione è quella tra *giustizia* e *validità*, cioè tra il «dover essere esterno» o etico-politico (o *del* diritto) e l'«essere» dei sistemi giuridici nel loro insieme. Anch'essa riflette due punti di vista diversi e due diverse interpretazioni o modelli semantici della teoria: il punto di vista descrittivo interno della *scienza giuridica* che guarda e descrive il diritto positivo «che è», e il punto di vista assiologico esterno della *filosofia della giustizia*, sia essa politica o morale, che guarda e valuta il diritto vigente e le istituzioni giuridiche dei vari ordinamenti come prodotti storici, politici e sociali, da costruire (o demolire), da difendere (o criticare) e da conservare (o trasformare). Sotto questo aspetto il rapporto tra discorsi filosofico-politici e diritto positivo è di nuovo un rapporto di *dover essere* ad *essere*: tra il «dover essere etico-politico» o assiologico, formulato dal punto di vista etico-politico esterno, e l'«essere» del diritto nel suo insieme, quale è descritto dai due livelli osservativi sopra indicati della dogmatica e della sociologia giuridica.

Si tratta della classica separazione tra diritto e morale, ovvero tra giustizia e validità, generata dal mutamento di paradigma dell'esperienza giuridica prodottosi nell'età moderna con l'affermazione del principio di legalità quale meta-norma di riconoscimento del diritto positivo. In forza di questa separazione, che è un corollario del *positivismo giuridico*, la moralità (o la giustizia) predicabile di una norma non ne implica la giuridicità (o la validità) e, inversamente, la sua giuridicità (o validità) non ne implica la moralità (o la giustizia)⁹. Di qui l'autonomia del punto di vista critico esterno, esclusa invece dalla confusione tra diritto e morale in entrambe le sue opposte versioni: dalla confusione del diritto con la morale operata

⁹ In questo senso, scrisse Hart, «la separazione d'origine utilitaristica tra diritto e morale è considerata un dato di fatto, che consente ai giuristi di avere maggiore chiarezza di idee» (H.L.A. Hart, *Positivism and the separation of law and morals* [1958], tr. it. *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in Id., *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, Giuffrè, 1964, § 1, p. 16). Si ricordi anche la definizione di «positivismo giuridico» di Hart: «[...] intenderemo per positivismo giuridico la semplice tesi secondo cui non è in nessun senso una verità necessaria che le leggi riproducano o soddisfacciano certe esigenze della morale, anche se nella realtà esse hanno spesso fatto questo» (Hart, *Il concetto di diritto* cit., cap. IX, § 1, p. 217).

dalle diverse versioni del giusnaturalismo; e dalla confusione della morale con il diritto operata dalle diverse versioni del legalismo etico, inclusa quella, oggi diffusa in gran parte dell'odierno «neo-costituzionalismo», del costituzionalismo etico.

Infine la terza divaricazione è quella, ancor più importante per la scienza giuridica, che si è prodotta all'interno stesso della struttura del diritto, in forza di un ulteriore mutamento della norma di riconoscimento della validità giuridica: quello intervenuto nel secondo dopoguerra con la stipulazione in costituzioni rigide di limiti e vincoli sostanziali alla produzione legislativa, quali sono tipicamente i diritti fondamentali. Se la divaricazione prodotta dal giuspositivismo è consistita nella dissociazione tra giustizia e validità, questa seconda divaricazione, prodotta dal *giuscostituzionalismo*, è consistita nella dissociazione (*nel diritto*) tra *validità* e *vigore*, ossia tra il «dover essere costituzionale» e l'«essere legislativo» del diritto. In base ad essa, una legge è valida non già semplicemente perché vigente, cioè emanata nelle forme che consentono di riconoscerne l'appartenenza a un dato ordinamento, ma solo se, per di più, è coerente, quanto ai suoi contenuti, con le norme costituzionali di grado ad essa sopraordinato.

Grazie a questa terza divaricazione, il divario tra norme e fatti si è trasferito all'interno dello stesso sistema normativo. È questa la straordinaria innovazione prodotta negli ordinamenti odierni dalla stipulazione di costituzioni rigidamente sopraordinate alle leggi quali norme di grado ad esse sopraordinato. In tali ordinamenti, infatti, tutti i fenomeni normativi possono essere riguardati simultaneamente come norme e come fatti: come norme rispetto ai fatti da esse regolati, ma anche come fatti rispetto alle norme costituzionali da cui sono essi stessi regolati. È quindi possibile che, entro lo stesso discorso della scienza giuridica, su un medesimo fenomeno si possano affermare tesi opposte pur se entrambe vere: che in un dato ordinamento, per esempio, tutte le manifestazioni di pensiero sono permesse da una norma costituzionale e, insieme, che non tutte lo sono, essendo talune vietate come reati d'opinione dal codice penale; oppure che tutti i diritti soggettivi sono, in base a un'altra norma costituzionale, azionabili in giudizio e, insieme, che non tutti lo sono, non essendo state emanate per taluni di essi, come per esempio il diritto alla salute, le norme sulla loro giustiziabilità processuale. È chiaro che in questo caso la soluzione di Kelsen della netta *actio finium regundorum* tra approccio sociologico o realistico che guarda ai fatti e approccio giuridico o normativistico che guarda alle norme non è possibile. Sia i discorsi che affermano che quelli che negano che tutte le manifestazioni del pensiero sono lecite o che tutti i diritti sono azionabili in giudizio appartengono infatti al discorso sul diritto che è proprio della scienza giuridica. Ma questo vuol dire che il costituzionalismo rigido, introducendo questa terza divaricazione tra il dover essere giuridico o costituzionale delle norme e il loro essere legislativo ma parimenti giuridico, ha creato lo spazio del *diritto illegittimo* – vera contraddizione in

termini, secondo Kelsen – conferendo alla scienza giuridica un ruolo critico e progettuale: il compito, nel primo caso, di registrare un'*antinomia*, cioè l'indebita contraddizione tra norme e, nel secondo, di evidenziare una *lacuna*, cioè un'incompletezza o mancanza di norme parimenti indebita.

1.4. LA DIMENSIONE PRAGMATICA DELLA TEORIA DEL DIRITTO.

«PRINCIPIA IURIS ET IN IURE» E «PRINCIPIA IURIS TANTUM»

Ho così identificato, come tratti distintivi di quel complesso universo che è l'oggetto della teoria del diritto, tre divaricazioni tra «dover essere» ed «essere» del diritto rispettivamente espresse e indagate dalla sociologia del diritto, dalla filosofia politica e dalle discipline giuridiche dogmatiche¹⁰: tre tipi di discorsi diversi quanto ai contenuti informativi, al ruolo critico nei confronti dell'esperienza giuridica e ai metodi di formazione dei loro concetti ed asseriti, e tuttavia accomunati dal medesimo oggetto quali altrettante interpretazioni semantiche della teoria del diritto.

È precisamente da queste tre possibili interpretazioni semantiche della teoria e dalle tre divaricazioni deontiche che esse consentono di rilevare che provengono altrettante *dimensioni pragmatiche* della teoria. Queste tre divaricazioni sollecitano infatti altrettanti tipi di giudizi e di valutazioni critiche intorno al diritto e alla pratica giuridica: il ruolo critico nei confronti delle pratiche giuridiche, svolto dalla *sociologia del diritto* dal punto di vista esterno dell'*effettività*; il ruolo critico, nei confronti delle leggi vigenti, svolto dalle *discipline giuridiche positive* dal punto di vista interno della *validità* costituzionale; il ruolo critico, infine, nei confronti dell'intero diritto positivo svolto dalla *filosofia politica* dal punto di vista assiologico esterno della *giustizia*¹¹.



¹⁰ Queste tesi della divaricazione o separazione tra l'«essere» e il «dover essere esterno» o *del* diritto, e tra l'«essere» e il «dover essere interno» o *nel* diritto, sono giustamente identificate come le tesi metodologiche e i tratti caratteristici del garantismo da M. Gascón Abellán, *La teoría general del garantismo: rasgos principales*, in M. Carbonell - P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 22-26, che ad esse connette il ruolo critico nei confronti del diritto positivo da me assegnato alla scienza giuridica.

¹¹ Si ricordi l'analogia distinzione tra «giustizia», «validità» ed «efficacia» quali criteri di valutazione tra loro indipendenti, formulata da N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica* [1958], cap. II, ora in Id., *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 23-44. A questi tre criteri Bobbio fa corrispondere i tre problemi – quello «deontologico», quello «ontologico» e quello «fenomenologico» – rispettivamente di pertinenza della «teoria della giustizia», della «teoria generale del diritto» e della «sociologia giuridica». Il secondo di questi tre problemi è stato invece qui attribuito, anziché alla teoria, alle discipline giuridiche positive dei concreti ordinamenti, sia pure sulla base del concetto di «validità» definito, non diversamente del resto da quello di «effettività», dalla teoria del diritto. La teoria del diritto, infatti, come si è detto alla fine del § 1.2. e come ha affermato

2.

UNA LETTURA STORICA (A PROPOSITO DI LUIGI FERRAJOLI, «PRINCIPIA IURIS»)*

di Italo Birocchi

2.1. – Quale può essere, per lo storico del diritto, la fruibilità di *Principia iuris*? Ed è ipotizzabile un interesse di lettura che vada al di là della semplice comprensione di come l'opera sia nata, di quali strumenti si sia avvalsa, del posto che occupa nel panorama degli studi di teoria del diritto? Un interesse, insomma, che provi ad entrare nell'opera?

Nel merito, una teoria assiomatizzata del diritto sembra proporre un mondo non solo distante dalla storia ma addirittura estraneo ad essa: da un lato *principia iuris*, racchiusi in un sistema formalizzato che procede per definizioni stipulative e per tesi dimostrate, dall'altro il movimento imprevedibile e frammentato della storia, frutto di compromessi e di atti di forza.

E poi: non è fuori posto uno storico intento a discutere un testo di teoria del diritto, che esplicitamente dichiara di guardare al diritto positivo? Lo storico del diritto, a meno che non sia un contemporaneista, ha invece a che fare con costruzioni ordinamentali con orizzonte giusnaturalista: sia che si tratti degli ordinamenti medievali pensati attorno all'*aequitas* naturale, precostituita all'uomo, su cui si innestavano le diverse fonti del *ius civile* e del *ius canonicum* senza teoricamente potervi contravvenire, sia che si tratti delle successive sistemazioni incentrate su un insieme di principi razionali immutabili considerati espressione di una *veritas* che doveva necessariamente innervare il diritto. La lettura di *Principia iuris*, allora, potrebbe risultare feconda giusto per apprendere di un modello radicalmente contrapposto a quelli che emergono nelle esperienze storiche del passato: produrrebbe, insomma, il valore aggiunto che ogni comparazione prospetta, ma niente di più.

Dubbi seri e domande legittime, ma la risposta può essere *tranchante*. A leggere i volumi di Ferrajoli io sento aria di casa. Ammetto che nell'av-

* Con un grazie a Pietro Costa.

vertire un'atmosfera domestica potrei essere condizionato da suggestioni che in sé non hanno a che fare con l'opera in esame e che derivano dalla dimensione (anche) storica di altri lavori di Ferrajoli, come, solo per limitarmi ad alcuni titoli, *Diritto e ragione*, *La sovranità nel mondo moderno* e *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*. Ma in realtà è facile trovare elementi che giustificino l'interesse dello storico verso l'opera del teorico del diritto ed anzi accreditino una comunanza del tavolo di lavoro. Si potrebbe rammentare il comune interesse per gli sforzi di sistemazione di Leibniz e Wolff, diverse volte richiamati da Ferrajoli e non solo per il loro interesse ad applicare la logica al diritto, o magari di Domat, tutti autori di opere che il teorico riconduce a sistemazioni nomostatiche, volte essenzialmente a riordinare il diritto vigente¹: inquadramento verso il quale converge il giudizio dello storico, che pure segue proprie vie di indagine². Del resto, basterebbe pensare al padre dei giusnaturalisti tedeschi, Pufendorf, che impostava tutto il suo sistema sulla dicotomia tra enti fisici ed enti morali, come base di un ordine giuridico tanto vivo nella storia quanto artificiale e da descrivere *more geometrico*³: un Autore che sembra di difficile accostamento per gli storici del diritto, i quali, almeno dalle nostre parti, hanno preferito saggiare qualche frammento dell'opera – inevitabile incontrare Pufendorf in tema di persone giuridiche – ma affidandosi complessivamente agli studi di teoria politica o di storia delle dottrine politiche⁴.

Gli accenni ora proposti possono forse apparire un po' scolastici e lontani dal nostro tempo. Eppure, a indicare le relazioni familiari che intercorrono tra storia e teoria del diritto si potrebbe ricordare la comune matrice costituita da quella singolare disciplina variamente denominata ma fondamentalmente sviluppatasi come Enciclopedia e storia del diritto: una sorta di materia-regina – in questi termini fu pensata – delle discipline giuridiche, che sembrò risolvere i problemi derivanti, prima, dal tramonto del *ius commune* come diritto applicato e come cemento delle molteplici fonti del diritto vigente, e poi dalla crisi del giusnaturalismo di fronte alle montanti istanze positivistiche. In sostanza, lo sforzo, condotto a partire da Pütter, mirava a cogliere i principi del diritto vigente, articolato nella sfera pubblica e in quella privata, e a descriverli entro un circuito in cui la storia precipitava nelle norme positive. È facile rilevare l'ambiguità dell'impostazione, sviluppabile in senso conservativo ma anche foriera di

¹ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, Laterza, 2007, 3 voll., I, pp. 114-115 (d'ora in poi *PiI*, *PiII*, *PiIII*).

² Per quanto riguarda Domat, in particolare, I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, spec. p. 133.

³ Per Pufendorf la storicità del diritto coincide con la sua artificialità: significa che è un prodotto dell'uomo. Non si può fare a meno di ricordare che il giusnaturalista sassone considerava come maestro Weigel – un matematico cartesiano – piuttosto che i paludati professori della Facoltà giuridica in cui non volle mai addottorarsi.

⁴ Basti ricordare i lavori di Bobbio, Palladini, Fiorillo, Todescan, Duso e Scattola.

spinte dinamiche per il ruolo che poteva essere accordato alla legge; ed è quasi inutile rilevare che la disciplina dell'Enciclopedia, mentre assemblava le competenze del civilista (storico e teorico a un tempo, e capace di utilizzare le categorie civilistiche anche per la parte pubblicistica), rispondeva alle necessità di sistemare l'esperienza dello Stato di diritto nella sua fase costruttiva e nella sua prima realizzazione pratica. Inevitabili, perciò, le successive distinzioni disciplinari (il pubblico che si separa e specializza, e poi la distinzione tra storia e filosofia del diritto e, all'interno di ciascuna di queste materie, tra storia del diritto di Roma e storia del diritto successivo, e tra filosofia e teoria del diritto), che si accompagnarono alla costruzione dello Stato contemporaneo e che riflettevano l'accresciuta complessità della società civile: inutile parlarne nella sede presente.

Questo è comunque il retroterra che sottostà a quell'invito a ricomporre l'unità della scienza giuridica che Ferrajoli formula nell'introduzione⁵ e che, per quanto riguarda le relazioni tra storia e teoria del diritto, è praticato da cultori autorevoli delle due discipline⁶.

Come oggi, in concreto, lo storico partecipi al pascolo comune della scienza giuridica è un problema complesso, la cui trattazione esula da queste note⁷. Misurandoci finalmente con *Principia iuris*, il terreno che accomuna il teorico e lo storico deriva, mi pare, dall'incontro di due consapevolezze.

Dal lato del teorico, la consapevolezza della storicità del diritto; come scrive Ferrajoli, «la storicità della dimensione semantica riguarda l'intero ordinamento giuridico. Tutto il diritto altro non è che un mondo di significati associati a quei particolari segni o testi linguistici che sono le leggi. E questi significati, per tramite dei quali leggiamo e valutiamo normativa-

⁵ *PiI*, pp. 41-42 e 50-53.

⁶ Come Bobbio, per il quale lo storico ha bisogno del teorico e viceversa («La teoria politica senza storia è vuota, la storia senza teoria è cieca. Sono fuori strada tanto i teorici senza storia, quanto gli storici senza teoria, mentre i teorici che ascoltano la lezione della storia e gli storici che sono ben consapevoli dei problemi di teoria che la loro ricerca presuppone, traggono vantaggio dall'aiutarsi reciprocamente»: N. Bobbio, *Ragioni della filosofia politica*, in *Studi politici in onore di Luigi Firpo*, a cura di S. Rota Ghibaudi e F. Barcia, IV, Milano, Angeli, 1990, p. 183) o Costa, convinto che non si possa fare storia senza teoria (si tratta di una posizione espressa da un giovanissimo Costa, ma poi sempre tenuta presente dallo studioso fiorentino: la testimonianza si trova in P. Cappellini, *I segni dei tempi*, in P. Grossi, *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, Milano, Giuffrè, 2009, p. XVII). A Costa si deve anche un prezioso intervento che, in pagine misurate e profonde, illustra il senso teorico del suo modo di fare storia giuridica (intervento, purtroppo, non ripreso nelle successive discussioni della storiografia giuridica, forse per la veste appartata con cui è stato pubblicato: P. Costa, *Post-fazione alla ristampa di Id., Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. LXXXI-XCVI).

⁷ Qualche osservazione ho espresso nella *Presentazione* a P. Caroni, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 26 ss.

mente la realtà, non sono dati una volta per sempre, ma cambiano con il mutare delle culture, della forza e della coscienza degli attori sociali, che del diritto sono al tempo stesso interpreti, critici e produttori»⁸. È una consapevolezza profondamente introitata e infatti mostrata a tutto campo dall'Autore: ad esempio, a proposito della caratterizzazione di un oggetto come «cosa» o come «bene», che è un fatto storicamente determinato⁹, o della nozione di «diritti vitali», che la teoria non precisa, ma che sono conoscibili storicamente¹⁰. Con una conseguenza, che certo rientra nell'impostazione di Ferrajoli ma che conviene rimarcare, per evitare che la enunciazione della storicità del diritto, tanto sbandierata quanto poco sentita dalla dottrina corrente, si riduca ad elemento di stile: che cioè ogni giurista deve essere anche storico per poter partecipare all'interpretazione, applicazione o elaborazione di nuovo diritto¹¹.

Dal lato dello storico, la consapevolezza che, sempre (e non solo, ad esempio, negli ordinamenti attuali), la storia del diritto è la storia di un artificio costruito, nel bene o nel male, dall'uomo secondo culture e rapporti di forza che si manifestano nella società¹²: niente di predeterminato nelle regole giuridiche, né in una natura spesso invocata a sproposito e comunque estranea al compito di dettare norme, né come riflesso delle formazioni economico-sociali di volta in volta dominanti; e niente di predeterminato nel linguaggio, che è pur esso artificiale. Entro la specialità del diritto lo storico è uno specialista che si incatenerrebbe inutilmente se operasse nel soliloquio del proprio iperpiccolo territorio, ma che può sentirsi libero e forse utile nel ricostruire la storia di questo artificio se dialoga con gli altri cultori e, innanzi tutto, con chi opera in una disciplina provvista di visione e strumenti generali.

Ecco: *Principia iuris* dimostra che la proposta di dialogo a cui lo storico aspira è già contenuta nell'opera del teorico.

2.2. – In effetti, se l'universo teorico di Ferrajoli è rappresentabile come un sistema assiomatizzato, è costruito come appropriazione del diritto all'uomo: «Tutto il diritto – non solo il 'diritto che è', ma anche il 'diritto che giuridicamente deve essere' – viene costruito dagli uomini: i quali quindi ne portano la responsabilità per come lo producono e lo interpretano e,

⁸ *PiI*, p. 801 (*vide* anche p. 220).

⁹ *Ivi*, p. 211.

¹⁰ *Ivi*, p. 888.

¹¹ È una conseguenza su cui mette l'accento, motivandola adeguatamente con l'inerenza della storia al diritto, Caroni, *La solitudine* cit., p. 84 e *passim*.

¹² «Il diritto non è mai 'naturale'. Esso è come lo facciamo, e quindi come lo vogliamo, come lo pensiamo e lo rivendichiamo» (*PiIII*, p. 102).

prima ancora, per come lo pensano, lo progettano, lo conquistano e lo difendono»¹³.

L'appropriazione avviene a cominciare dalla configurazione, entro la teoria, della situazione costituente, che è un fatto esterno al diritto¹⁴. Siamo qui già a un punto cruciale, giacché il potere costituente è espressione della massima *ex facto oritur ius*¹⁵. Per lo storico si tratta di una massima suggestiva, spesso esaltata, perché testimonierebbe l'intima storicità del diritto, la sua aderenza alle cose nel loro mutare. Addirittura è una massima che talvolta viene considerata simpateticamente, allorché, con riferimento alla consuetudine che ha radici nel fatto, si ricava la tesi della scaturigine dal basso della norma, contrapposta invece all'origine esterna (per la provenienza dal detentore del potere) della legge: da un lato, nella consuetudine il consenso spontaneo dei consociati, dall'altro, nella legge, l'atto impositivo del detentore del potere. Fallacia e confusione evidenti, su cui non mette conto insistere, se non per notare che nel trasformarsi in diritto il fatto eleva a norma i rapporti di forza di cui esso è espressione.

Certo la massima è un perno degli ordinamenti con cui lo storico del diritto ha a che fare, ed è suo compito indagare sulle tante forme in cui trovò esplicazione¹⁶. Ma, a riprova di come la teoria sia un terreno comune per lo storico e per il giurista positivo, le problematiche insite in quella massima si ritrovano nell'odierna ripresa di vigore della fonte consuetudinaria, che Ferrajoli riconduce, da un lato, alla globalizzazione (cioè all'affermarsi di una *lex mercatoria* disposta e magari applicata autonomamente dagli attori del mercato) e, dall'altro, al crescere della produzione giuridica di tipo giurisprudenziale: fenomeni per un certo verso fisiologici nello Stato costituzionale di diritto prefigurato empiricamente da Ferrajoli, ma anche potenziali fattori patologici allorché si verificano – ed è questa la situazione attuale – nel vuoto del diritto pubblico eteronomo¹⁷.

Già da questo si evidenzia come, nel disegnare il modello teorico, tutta l'opera sia impastata di implicazioni storiche; queste sono il tessuto su cui la teoria è costruita, la quale a sua volta offre allo storico continui elementi di riflessione. S'intende che il teorico non ha alcun vincolo nella sua costruzione, se non quelli di procedere secondo concetti da lui stesso precedentemente definiti e di ammettere nel sistema solo tesi dimostrate; non è neppure vincolato dai concetti in uso nella dogmatica, sicché, a maggior

¹³ *PiI*, p. 849.

¹⁴ *Ivi*, p. 850.

¹⁵ *Ivi*, p. 292.

¹⁶ Ad esempio, nel valore normativo della giurisprudenza consolidata («il precedente») o addirittura dell'interpretazione più diffusa (*opinio communis*).

¹⁷ *PiI*, p. 924 e *PiII*, p. 364. Conviene ricordare che per Ferrajoli lo Stato costituzionale di diritto è un sistema di norme non solo dinamico, bensì anche statico «ove sia dotato di norme sulla produzione di tipo sostanziale, come lo sono in particolare tutti gli ordinamenti dotati di costituzione rigida» (*PiI*, pp. 568-569).

ragione, non è condizionato dalla storia. L'impasto di implicazioni teoriche di cui ho parlato significa che la teoria si vale (liberamente) di concetti e termini che, ritrovandosi pur confusamente nel linguaggio del diritto (norme e dottrine), si riallacciano per ciò stesso al materiale storico. Anzi, si può dire di più: il modello è una particolare lettura, teorica e formale, che si riannoda alla produzione del diritto premoderno, passa per l'esperienza delle teorie illuministe e giunge alle costituzioni contemporanee che, in particolare, hanno incorporato normativamente buona parte della teoria giuridica illuminista. È ovvio, allora – ma forse non è inutile aggiungere –, che la teoria non esisterebbe senza la storia.

Naturalmente in questa sede è possibile solo indicare alcune suggestioni che, ricavate dall'opera con selezione del tutto arbitraria, in particolare concernono i seguenti temi.

(a) *La teoria della gerarchia delle fonti.* È un vecchio cavallo di battaglia della storiografia giuridica che, muovendo dalla constatazione della molteplicità delle fonti normative sia nel Medioevo sia nell'età moderna, si poneva il problema di come esse venissero composte entro l'ordinamento; e in proposito, trasportandosi all'indietro la situazione dello Stato di diritto e l'astratto bisogno di certezza e prevedibilità, si costruivano storiograficamente ordinamenti con fonti disposte in una sequenza gerarchica (variamente individuata: dalla legge del principe, alla consuetudine e agli statuti, alle norme del *corpus iuris civilis* e *canonici* e all'interpretazione dottrinarie e giurisprudenziale).

Appigli per corroborare tale ordine gerarchico delle fonti non ne mancavano, essendo facile trovarne riscontri nella normativa regia di età normanna e sveva, negli statuti dei Comuni, nelle *ordonnances* e raccolte di legislazione promosse dai sovrani: appigli, appunto, che esprimevano niente più che la tendenza, da sempre insita presso chi esercita il potere, a stabilire la prevalenza del proprio diritto. Addirittura la storiografia si affaticava nel criticare questa o quest'altra prescrizione normativa che si allontanasse da una certa gerarchia ritenuta corretta.

Salvo che le norme erano compresenti nell'ordinamento con continue intersezioni, nel gioco risultante dalle relazioni tra *status* e da rapporti di genere e specie, di generalità e di eccezione; operava inoltre il criterio di equità, che fisiologicamente consentiva anche l'*arbitrium iudicis*. Il dover essere era un risultato complesso derivante sia da prescrizioni di diritto positivo, sia da un universo deontologico che veniva infine suturato dall'interpretazione. Per usare un'immagine geometrica, le fonti si disponevano orizzontalmente e non verticalmente, e quando si applicava l'una in realtà si teneva conto dell'insieme delle altre.

Sul piano ideologico è ormai chiaro da tempo che quella storiografia accreditava al passato lo stesso bisogno di legalità e certezza a cui rispondevano i sistemi legicentrici dello Stato di diritto, sicché la sistemazione

gerarchica delle fonti è un criterio interpretativo storiograficamente inservibile. Allo stesso risultato giunge il teorico, che usa ovviamente i suoi strumenti: di gerarchia si può parlare solo negli ordinamenti positivi contemporanei, a partire dalle distinzioni costituente/constituito, sovraordinato/sottordinato¹⁸.

(b) *La dottrina civilistica in materia di proprietà*. A considerare i giuristi «puri» tra Sei e Settecento, nel loro agire nelle scuole o nei tribunali, si riscontra una ripetitività sconcertante. Le discussioni vertevano ancora sulla teoria del dominio diviso, tendenzialmente stabilizzata sulla versione data da Dumoulin attorno alla metà del Cinquecento ma contrastata da una parte degli umanisti, critici verso la «gotica» costruzione medievale e propensi all'interpretazione classica; per il resto gli interventi riproponevano senza spunti di novità i caratteri di *ius in re* elaborati dalla dottrina di diritto comune. Tanto più quella ripetitività può lasciare perplessi, quanto più ci si avvicina all'età in cui la proprietà assurge a nucleo fondante della società civile. In proposito sono emblematiche l'opera di Domat, in cui è addirittura assente una trattazione specifica in tema di proprietà, e quella di Pothier, che, come è stato dimostrato, si limita a ricalcare (certo, con maggiore chiarezza espositiva) la sistemazione data due secoli prima da Dumoulin¹⁹. Ma la ripetitività riguarda la struttura del diritto reale, mentre la dottrina sulla proprietà non era affatto immobile, ed era anzi imponente la riflessione su un altro aspetto: la proprietà come diritto civile legato alla persona. Su tale versante, come è noto, converge l'attenzione dei teologi (si segnalano i pensatori della Seconda Scolastica) e dei giusnaturalisti laici (già in Grozio e inoltre da Pufendorf e Locke in poi) e si registrano quindi le ulteriori elaborazioni dei cultori della filosofia politica e della fisiocrazia.

Il teorico puntualmente registra la duplice faccia dei discorsi sulla proprietà²⁰. Per lo storico, allora, il problema si chiarisce, salvo il compito, che è principalmente proprio, di comprendere i motivi della dislocazione delle discussioni sopra questo secondo aspetto presso ambiti intellettuali diversi dalla dottrina ufficiale. La spiegazione avrà a che fare con il ruolo della scienza giuridica accademica e della giurisprudenza dei Tribunali. La dottrina accademica dapprima risentì della crisi che attraversò le Università in coincidenza della terribile guerra dei Trent'anni e dell'esaurirsi della spinta innovatrice del metodo culto; poi, a seguito delle riforme degli statuti universitari ad opera dei governi illuminati (dalla fondazione dell'Ateneo di Halle in avanti), ripiegò essenzialmente sulla dignitosa funzione di

¹⁸ *PiI*, pp. 288 e 320-321.

¹⁹ P. Grossi, *Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà 'moderna')* [1985], ora in Id., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 385-437 («[...] la grammatica di Pothier in tema di diritti reali è insomma quella di un Dumoulin che lavora nel tardo Settecento»: p. 427).

²⁰ *PiI*, pp. 769 ss.

preparare i futuri ufficiali e magistrati di cui le monarchie settecentesche abbisognavano, sicché la produzione accademica tese a ricalcare schemi collaudati e a non affrontare aspetti che noi chiameremmo di filosofia del diritto. Quanto alla dottrina legata alla pratica giurisprudenziale, è abbastanza evidente che essa si misurava con la disciplina di più immediata applicazione del diritto reale, mentre i profili teorici, pur non di per sé esclusi nel discorso delle *decisiones*, passavano in secondo piano. La dimensione filosofica del diritto di proprietà sottendeva una discussione che coinvolgeva gli aspetti economici, etici e politici del *dominium*; ed è appena il caso di ricordare che essa permeava le opere dei giusnaturalisti, il cui insegnamento non era previsto (fino al Settecento avanzato) nelle Facoltà giuridiche italiane ed iberiche e, anche oltre, in Francia.

Sul punto non ci si può trattenere qui. Di certo non sorprenderà che in Italia la *Diceosina* di un non-giurista come Genovesi contenga una trattazione articolata sulla proprietà come diritto centrale nell'organizzazione della società civile (fondamento, limiti, ecc.)²¹.

(c) *La teoria della causa*. Ferrajoli fa del concetto di causa un perno della teoria della legalità e, proprio mentre dalla dogmatica civilistica diventano ancor più forti le voci che da due secoli proclamano la sua inutilità, ne propone l'estensione all'intera teoria del diritto, quale presupposto oggettivo di effetti che in fondo si identifica con il principio di legalità: nel campo privato, come in quello pubblico, nel penale come nel processo²².

Ferrajoli individua storicamente la chiave della mutata funzione della causa nel passaggio da un significato soggettivo (come scopo e intento a cui tende la parte negoziale) a un altro oggettivo (come ragione di ogni effetto giuridico). Ebbene, si tratta di una costruzione che allo storico vien spontaneo ricollegare alla puntualissima riflessione della dottrina medievale, la quale impiegò il concetto di causa, attinto dalla logica, nella teoria dell'atto, applicandolo indifferentemente all'ambito pubblicistico (*causa legis*) e a quello privatistico (*causa contractus*, ecc.): essenzialmente in funzione di controllo oggettivo dell'atto²³.



²¹ Si tratta appunto del Genovesi giusnaturalista, che è parte integrante del Genovesi che studia l'arte dei mercatanti. Raguagli sulla dottrina proprietaria che emerge nella *Diceosina* in I. Birocchi, *Uso y abuso de la cosa: el pensamiento de Genovesi (1713-1769) y de Lampredi (1731-1793) en el tema de la propiedad*, in *Entre hecho y derecho: tener, poseer, usar en perspectiva histórica*, a cura di M. Madero e E. Conte, Buenos Aires, Manantial, 2009.

²² *PiI*, pp. 263 ss. e spec. p. 267.

²³ Fondamentali le pagine di E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I-II, Milano, Giuffrè, 1962-1964 (= 1995), che dedica alla causa quasi l'intero primo volume. Una delle *sedes materiae* per le discussioni medievali sulla *causa legis* era un passo ulpiano (D.3.1.1.5) che spiegava il motivo del divieto per le donne di postulare in giudizio. L'origine della proibizione era stata offerta da una *improbissima foemina*, Carfania (o Calpurnia), che col suo comportamento aveva dato scandalo: il com-

4.

PRAGMATICA NEGATIVA

*di Amedeo Giovanni Conte*¹

Ma tu che sol per cancellare scrivi.

Dante Alighieri

(Firenze, 1265 - Ravenna, 1321)

*Endast den hand som stryker ut
kan skriva det rätta.*

Solo la mano che cancella

può scrivere il vero.

Bertil (Bertil Frans Harald) Malmberg
(Härnösand, 1889 - Stockholm, 1958)²

4.0. LA PRAGMATICA D'UN NON-ATTO:

CINQUE TESI DI PRAGMATICA NEGATIVA³

Il presente saggio è dedicato ad un oggetto tematicamente *non-filosofico*: la deroga.

Ma non perciò è *non-filosofico* il saggio stesso. La filosoficità d'una ricerca non inerisce all'oggetto (al tema, alla materia, all'argomento) di essa. La filosoficità è tutta *a parte subiecti*, non mai *a parte obiecti*.

¹ Amedeo Giovanni Conte (Pavia, 24 maggio 1934), ghisleriano e *Humboldtianer*, è libero docente [*Privatdozent*] all'Università di Torino; professore all'Università di Pavia (Filosofia del diritto; Analisi del linguaggio normativo); socio dell'Accademia Nazionale dei Lincei (Classe di Scienze morali), Roma; socio dell'Istituto Lombardo. Accademia di Scienze e Lettere (Classe di Scienze morali), Milano; socio fondatore (anno 1990) dei Seminari filosofici internazionali di Sant'Alberto di Butrio (Pavia); socio fondatore del Centro di Filosofia sociale dell'Università di Pavia. (Conte non è Kant; ma Pavia è la sua Königsberg).

² Il poeta svedese Bertil Malmberg (1889-1958), omonimo del linguista svedese Bertil Malmberg (1912-1994), è nato nel filosoficamente fecondissimo anno, il 1889, nel quale sono nati i due sommi filosofi di lingua tedesca del XX secolo:

(i) l'austriaco Ludwig (Ludwig Josef Johann) Wittgenstein (Wien, 26 aprile 1889 - Cambridge [Great Britain], 29 aprile 1951), l'autore di *Tractatus logico-philosophicus*, 1921;

(ii) il tedesco Martin Heidegger (Meßkirch [Baden], 26 settembre 1889 - Freiburg im Breisgau, 26 maggio 1976), l'autore di *Sein und Zeit* [Essere e tempo], 1927.

³ Il sintagma «pragmatica negativa» è una variazione su «dialettica negativa», titolo d'un libro di Theodor Wiesengrund Adorno (Frankfurt am Main, 1903 - Visp, 1969): *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1966.

Questa mia rivendicazione della filosoficità del presente saggio è confortata dalle parole di Eraclito⁴ che Aristotele riporta in *De partibus animalium*.

Καθάπερ Ἡράκλειτος λέγεται πρὸς τοὺς ξένους εἰπεῖν τοὺς βουλομένους ἐντυχεῖν αὐτῷ, οἱ ἐπειδὴ προσιόντες εἶδον αὐτὸν θερόμενον πρὸς τῷ ἰπνῷ ἔστησαν (ἐκέλευε γὰρ αὐτοὺς εἰσιέναι θαρροῦντας· εἶναι γὰρ καὶ ἐνταῦθα θεοῦς) οὕτω καὶ πρὸς τὴν ζήτησιν περὶ ἐκάστου τῶν ζώων προσεῖναι δεῖ μὴ δυσωπούμενον, ὡς ἐν ἅπασιν ὄντος τινὸς φυσικοῦ καὶ καλοῦ.

Così come si narra che Eraclito dicesse a forestieri che desideravano incontrarlo, e che si erano fermati, perché, dopo essersi avvicinati a lui, avevano visto che si riscaldava presso il forno (li aveva infatti invitati ad entrare senza avere paura, in quanto *anche lì c'erano dèi* [εἶναι γὰρ καὶ ἐνταῦθα θεοῦς]), allo stesso modo anche nella ricerca intorno a ogni animale bisogna procedere senza ripugnanza, in quanto in tutti gli animali c'è qualcosa di naturale e bello.⁵

Il presente saggio formula cinque tesi (cinque tesi tutte *apofatiche*⁶, tutte *negative*, tutte in termini *negativi*⁷) sulla *pragmatica* [ted.: *Pragmatik*; ingl.: *pragmatics*; franc.: *pragmatique*; pol.: *pragmatyka*] del fenomeno chiamato «deroga»⁸.

⁴ Eraclito [Ἡράκλειτος *Heraclytus*] di Efeso (540 a.C. - 480 a.C.).

⁵ Aristotele [Ἀριστοτέλης *Aristoteles*] di Stagira (Stagira, 384 a.C. - Calcide, 322 a.C.), *De partibus animalium*, 645a17-21, in G. Reale (Candia Lomellina [Pavia], 1931) (a cura di), *I Presocratici*, Milano, Bompiani, 2006, pp. 330 (testo greco) - 331 (traduzione italiana). Rispetto al *fiume* della ricerca filosofica, sono possibili due atteggiamenti antitetici:

(i) entrare nel fiume, come una *barca*, seguendo il corso di esso («filosofia-*barca*»);
(ii) non entrare nel fiume, ma, impartécipi al corso di esso, scavalcarlo, come un *ponte* («filosofia-*ponte*»).

⁶ Gli aggettivi «apofatico», *apophatisch*, *apophatic*, *apophatique*, *apofatyczny* vengono tutti dall'aggettivo greco ἀποφατικός *apophatikós* «negativo». L'aggettivo ἀποφατικός, a sua volta, viene dal sostantivo ἀπόφασις *apóphasis* «negazione». Il sostantivo ἀπόφασις, a sua volta, viene dal verbo ἀπόφημι *apóphēmi* «negare». Il verbo ἀπόφημι *apóphēmi*, a sua volta, viene dal verbo φημί *phēmí* «dire» (affine al verbo latino *for* «parlare», «dire», ed al sostantivo latino *fatum* «fato»). L'assonanza di ἀποφατικός *apophatikós* «negativo» con ἀποφαντικός *apophantikós* (con la *v!*) «dichiarativo» da ἀποφαίνω *apophainō* «dichiarare» è casuale.

⁷ *Eripitur persona, manet res* [«Si strappa la maschera, rimane la cosa»]: Tito Lucrezio Caro (96 a.C. - 53 a.C.), *De rerum natura* libri sex, recognovit brevis adnotatione critica instruxit Cyrillus Bailey, editio altera, Oxonii, e Typographeo Clarendoniano, 1922, libro III, verso 58 (*non* indico il numero di pagina, poiché, nell'edizione dalla quale io cito, le pagine *non* sono numerate).

⁸ Il sostantivo «deroga» (così come «abrogazione») è etimologicamente affine a «regola» e a numerosi nononimi (nomi-del-diritto, termini-per-diritto): ad esempio, «deroga» è etimologicamente affine al nononimo tedesco *Recht*, al nononimo svedese *rätt*, al nononimo francese *droit*, al nononimo italiano «diritto». La forma «deroga» prevale, nell'uso dei giuristi, sulla forma «derogazione». A quanto sembra, i giuristi, d'istinto, si attengono al principio formulato dal poeta Paul Valéry (Sète, 1871 - Paris, 1945), in *Tel quel*: «Entre deux mots, il faut choisir le moindre» [«Tra due parole, si deve scegliere la minore»] e dal filosofo Vladimir Jankélévitch (Bourges, 1903 - Paris, 1985), in *Le*

A queste cinque tesi sono dedicati, nell'ordine, i cinque paragrafi del presente saggio (4.1. La deroga *non* è un *atto*; 4.2. La deroga *non* è un *atto performativo*; 4.3. La deroga *non* è un *atto thetico*; 4.4. La deroga *non* è un *atto anhairético*; 4.5. La deroga *non* è suscettibile di *validità pragmatica*).

4.1. PRIMA TESI, APOFATICA, DI PRAGMATICA DELLA DEROGA: LA DEROGA NON È UN ATTO

4.1.1. Evento *diapraxico* (*diapragmema*) vs. atto *diapraxico* (*diapraxema*)

4.1.1.1. Gli eventi *diapraxici* (*diapragmemi*)

La deroga (ecco la *prima* delle cinque tesi *apofatiche*) *non* è (a differenza della abrogazione) un *atto*. In altri termini: la deroga *non* appartiene all'insieme degli atti, non appartiene all'inventario degli atti (non è *specie* del genere «atto»).⁹

A differenza della abrogazione, la deroga è *non* un *atto* [ted.: *Akt*; ingl.: *act*; franc.: *acte*; pol.: *akt*], *ma* un *evento* [ted.: *Ereignis*; ingl.: *event*; franc.: *événement*; pol.: *zdarzenie*]¹⁰.

Non esiste un *atto-di-deroga*: esiste solo l'*evento-della-deroga*¹¹.

paradoxe de la morale: «Le moins de mots possible pour le plus de sens possible» [«Il minimo possibile di parole per il massimo possibile di senso»].

⁹ Ecco sette esempi del genere «atti»:

- (i) l'accensione d'una lampada;
- (ii) l'accensione d'un mutuo;
- (iii) l'estrazione della radice d'un dente;
- (iv) l'estrazione d'una radice quadrata;
- (v) l'arroccamento (al gioco degli scacchi);
- (vi) la denuncia d'un trattato;
- (vii) la rinuncia ad un diritto.

¹⁰ Hans Kelsen (Praha, 1881 - Berkeley, 1973), nella postuma *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manz, 1979, p. 77, inesplicabilmente confonde «abrogazione» [*Aufhebung*] e «deroga» nel seguente passo: «[...] die Geltung einer anderen Norm *aufheben*, d.h. einer anderen Norm *derogieren*» [«(...) *abrogare* la validità di un'altra norma, ossia *derogare* ad un'altra norma»].

¹¹ Nonostante la differenza tra deroga ed abrogazione, spesso questi *due* concetti sono designati da *un unico e stesso* termine. Ad esempio, il sostantivo italiano «deroga» ed il sostantivo italiano «abrogazione» sono *ambedue* tradotti, in polacco, con *un unico e stesso* xenonimo: *uchylenie*, in M. Grelewicz-La Mela - B. Nuzzo, *Słownik prawniczy włosko-polski. Dizionario giuridico italiano-polacco*, Warszawa, Dom Wydawnictwy ABC, 2003, pp. 4 e 146. *Uchylenie* viene dal verbo *uchyłać*, xenonimo polacco dell'italiano «abrogare», del tedesco *aufheben*, del greco ἀναπέω *anhairēō*.

La deroga

- (i) avviene attraverso [gr.: διὰ *diá*¹²] l'attuazione di un atto (attraverso l'attuazione dell'atto, nomothetic, di posizione d'una nuova norma: della norma «derogante»),
- (ii) ma *non* è essa stessa un atto¹³.

Nella terminologia di Amedeo Giovanni Conte, l'evento della deroga (in quanto avviene *attraverso* [gr.: διὰ *diá*; ted.: *durch*; ingl.: *through*; franc.: *par*; pol.: *przez*] l'attuazione di un atto: e precisamente, *attraverso* [διὰ *diá*] l'attuazione dell'atto di posizione della norma derogante) è un *evento diapraxico* [ted.: *diapraxisches Ereignis*; ingl.: *diapraxical event*; franc.: *événement diapraxique*; pol.: *zdarzenie diapraksyjne*], un *diapragmema*¹⁴.

4.1.1.2. Gli eventi *non-diapraxici*

Il complemento (l'insieme-complemento) dell'insieme degli eventi *diapraxici* è l'insieme degli eventi *non-diapraxici*.

Chiamo eventi *non-diapraxici* gli eventi la cui realizzazione non richiede la mediazione di un atto, ossia gli eventi i quali *non* avvengono (*non* si compiano) *attraverso* [διὰ *diá*] l'attuazione di un atto.

Ecco cinque esempi di eventi *non-diapraxici*:

- (i) l'acquisto della capacità giuridica;
- (ii) la prescrizione [*Verjährung*] di un diritto;
- (iii) il compimento della maggior età;
- (iv) la decadenza da un diritto;
- (v) la scadenza d'un termine.



¹² Ecco sette parole italiane formate con la preposizione greca διὰ *diá*: «diacronico», «diafono», «diafonia», «diaframma», «diagramma», «diagnosi», «dialisi».

¹³ Un secondo esempio di evento diapraxico è lo scacco matto [ted.: *Schachmatt*; ingl.: *chess-mate*; franc.: *échec et mat*; pol.: *szach i mat*]. Lo scacco matto viene in essere unicamente attraverso un atto (e precisamente: attraverso una mossa valida). Lo *scacco matto* è condizione sufficiente della *vittoria*; ma il concetto di *scacco matto* non coincide con il concetto di *vittoria*. La *vittoria* è possibile anche senza la mediazione d'un atto (ad esempio, in un torneo, uno può vincere [secondo le regole sulla vittoria proprie di quel torneo] se l'avversario si ritira). Lo *scacco matto*, invece, *non* è possibile senza la mediazione d'un atto. Lo scacco matto *deve* essere dato: dato *attraverso* [διὰ *diá*; *durch*; *through*; *par*; *przez*] un atto.

¹⁴ Cfr. A.G. Conte, *Diapraxia*, in D.M. Cananzi - R. Righi (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Carcaterra*, Milano, Giuffrè, 2010. Etimo di «diapraxia»:

- (i) διὰ *diá* «attraverso» [*durch*; *through*; *par*; *przez*];
- (ii) πράσσω *prássō* (vel πράττω *práttō*) «agire» (cfr. «prassi», *praxis*, «pratico»).

9.

IL NOME DELLE COSE

In margine a *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli

di Anna Pintore

9.1. PRINCIPI

È sufficiente scorrerne l'indice per rendersi conto che *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli è un'opera dall'architettura complessa e imponente. Con essa l'Autore ha portato a compimento il suo progetto pluridecennale di una teoria assiomaticizzata del diritto, molte parti della quale erano note già da tempo, perché da lui anticipate e sottoposte a discussione nel corso degli anni. A chi abbia seguito tali dibattiti e letto gli scritti di Ferrajoli degli ultimi decenni, molte delle tesi teoriche del libro e lo stesso metodo in esso dispiegato non risulteranno nuovi, la vera novità essendo data dalla visione d'insieme che ora finalmente è possibile avere del maestoso edificio teorico da lui costruito.

L'opera si compone di tre volumi, che corrispondono ad altrettanti strati della teoria. Il terzo volume, *La sintassi del diritto* è contenuto in un CD-ROM allegato al primo e contiene la parte formalizzata, il calcolo logico, al quale giustamente l'Autore ascrive primaria rilevanza sia come strumento euristico, d'invenzione della teoria medesima, sia come strumento di controllo della sua coerenza e del suo rigore complessivi. Il secondo volume, *Teoria della democrazia*, fornisce un'interpretazione assiologica della teoria in rapporto alle democrazie costituzionali contemporanee. Qui Ferrajoli, senza ricorrere alla formalizzazione, distingue ed esplora quattro dimensioni tutte a suo avviso indispensabili perché si abbia una democrazia (costituzionale): la dimensione politica, quella civile, quella liberale e quella sociale, ciascuna delle quali include una specifica categoria di diritti, appunto i diritti politici, civili, liberali e sociali.

Il primo volume, *Teoria del diritto*, è il vero cuore della teoria; qui ne vengono minuziosamente illustrati e discussi tutti gli elementi: termini primitivi, definizioni, postulati, assiomi e teoremi. Ciò viene fatto con riferimento a universi normativi dotati di estensione via via decrescente: prima l'universo deontico, poi il diritto positivo, infine lo stato di diritto. «In questa teoria», scrive l'Autore, «il sistema di tesi comunemente chiamato

‘logica deontica’ è [...] sviluppato, anziché come una ‘logica’, cioè come un sistema di tesi analitiche, come una teoria normativa fornita di senso o riferimento empirico»¹. La teoria si propone essenzialmente il compito di enunciare i *principia iuris tantum*, «che impongono al diritto positivo quali principi ad esso *esterni* la logica che esso, di fatto, non ha ma che, di diritto, deve avere» (28-I). Questi *principia iuris tantum* sono riducibili a due: il principio di coerenza, ossia il divieto di antinomie, e il principio di completezza, ossia il divieto di lacune. Essi vanno tenuti distinti dai *principia iuris et in iure* perché questi ultimi si rinvengono all’interno del diritto positivo e sono desumibili dalle sue fonti di livello più elevato: negli ordinamenti costituzionali, dalla costituzione. «Insomma, mentre i *principia iuris et in iure* sono sì principi assiologici, ma non sono della teoria bensì del diritto, i *principia iuris tantum* sono sì principi teorici esterni al diritto positivo, ma non consistono in principi assiologici, bensì in tesi che del diritto positivo, indipendentemente dai suoi contenuti, riflettono l’interna struttura normativa» (36-I). L’applicazione dei principi della teoria al diritto positivo letto alla luce dei suoi propri *principia iuris et in iure* ha come esito quello di evidenziare l’indebita presenza di conflitti internormativi e di lacune. Infatti, per Ferrajoli, antinomie e lacune sono un prodotto inevitabile della struttura gerarchica e del carattere dinamico del diritto positivo moderno, le cui norme sono create da autorità e non dedotte da altre norme: talché può verificarsi la produzione di norme inferiori in contrasto con norme superiori o la mancata attuazione delle norme di grado superiore da parte dei livelli normativi inferiori². La teoria, perciò, «condiziona e indirizza la pratica giuridica vincolandola al rispetto, per così dire, della grammatica e della sintassi disegnate dalla rete dei concetti e delle tesi teoriche» (36-I) e in questo senso, ma solo in questo senso, ci dice l’Autore, ha una portata normativa³. In due parole, compito della teoria del diritto nella versione fornitane da Ferrajoli è scovare e denunciare le promesse non mantenute dei nostri ordinamenti giuridici, sotto forma di non attuazione o violazione dei loro stessi principi *iuris et in iure*⁴.

¹ L. Ferrajoli, *Principia iuris*, Roma - Bari, Laterza, 2007, 3 voll., I. *Teoria del diritto*, p. 114. D’ora in avanti la pagina delle citazioni sarà indicata direttamente tra parentesi nel testo, seguita dal numero del volume da cui è tratta.

² Per Ferrajoli si danno conflitti normativi veri e propri solo tra norme di grado diverso, dato che quelli fra norme di pari grado vengono risolti nel momento stesso in cui si presentano, per il tramite dei principi, a suo dire costitutivi, della *lex posterior* e della *lex specialis*. Vide sul punto le perplessità di C. Luzzati, I «*Principia iuris*» di Ferrajoli tra *logica e ideologia*, in questo volume.

³ Nasce a questo punto il problema di comprendere in che senso si possa parlare di normatività dei principi della logica incorporati nella teoria. La questione è affrontata da Luzzati, I «*Principia iuris*» di Ferrajoli tra *logica e ideologia* cit., le cui osservazioni condanno interamente.

⁴ Dice Ferrajoli che il dovere di completezza e di coerenza in capo al legislatore equivale al banale principio che il diritto costituzionalmente stabilito dev’essere rispettato

Nelle pagine che seguono non tenterò di render conto neppure per sommi capi del contenuto dell'opera: infatti, anche un'impresa così modesta richiederebbe un discorso estremamente lungo. Procederò invece in modo piuttosto selettivo, isolando alcuni nodi a mio parere problematici, su cui mi sembra utile soffermarsi per vagliare la tenuta complessiva della teoria. I problemi di cui tratterò ruotano tutti intorno alla nozione di «diritto soggettivo» nonché ai rapporti tra essa e la nozione di democrazia. Vorrei sostenere che la teoria del diritto di Luigi Ferrajoli si regge su alcune scelte teoriche non soddisfacentemente giustificate e controvertibili in tema di lacune (§ 9.2.), di diritto soggettivo (§ 9.3.), di conflitti tra diritti (§ 9.4.) e di democrazia (§ 9.5.).

9.2. LACUNE

Uno degli aspetti più interessanti e originali della teoria di Ferrajoli è la distinzione, nell'ambito delle figure di qualificazione deontica, tra *modalità* e *aspettative*. Le modalità (facoltà, obbligo, divieto) vengono caratterizzate come figure deontiche *attive*, dato che si riferiscono alla condotta del soggetto a cui sono imputate, mentre le aspettative (positive e negative) sono figure deontiche *passive*, poiché si riferiscono alla condotta di un soggetto diverso da quello al quale sono imputate. Tra modalità e aspettative viene istituita una correlazione biunivoca: ogni aspettativa positiva è correlata a un obbligo (e viceversa), ogni aspettativa negativa è correlata a un divieto (e viceversa). Questo significa, sul piano della teoria, non solo che dall'esistenza di un'aspettativa possiamo inferire l'esistenza del corrispondente obbligo o divieto (tesi abbastanza pacifica) ma anche che dall'esistenza di un obbligo o divieto possiamo inferire l'esistenza della corrispondente aspettativa in capo a un altro soggetto (tesi ben più controversa). In base al postulato P3, infatti, «non si danno [...] sul piano teorico, aspettative senza obblighi o divieti corrispondenti, e neppure obblighi o divieti senza corrispondenti aspettative» (194-I). Su questa base semplice ed elegante Ferrajoli costruisce la sua teoria dei diritti soggettivi (definiti in termini di aspettative positive o negative, *vide infra*, § 9.3.), delle garanzie (identificate con gli obblighi e i divieti correlati alle aspettative positive o negative) e delle lacune (definite come mancanza, nel diritto positivo, delle garanzie corrispondenti alle aspettative)⁵.

(862-I). C'è da domandarsi se egli ritenga che il medesimo dovere di coerenza e completezza sorga anche riguardo a ordinamenti i cui principi *iuris et in iure* siano moralmente ripugnanti o altrimenti deprecabili. Se così non fosse, i principi della sua teoria andrebbero energeticamente circoscritti ai soli ordinamenti che rispecchiano il modello dello Stato costituzionale di diritto.

⁵ Garanzie che Ferrajoli chiama primarie. *Vide* la nota successiva.

Pur non essendovi alcuna priorità logica delle aspettative rispetto alle modalità, Ferrajoli sceglie dunque di sviluppare la sua teoria del diritto prevalentemente in termini di aspettative, differenziandosi così da altri filosofi, come Kelsen, che sviluppano la propria teoria principalmente in termini di imperativi, ossia di obblighi e divieti. Questa scelta teorica di fondo non viene espressamente giustificata, ma parrebbe da ricollegare al modo diverso in cui le due opzioni si riverberano sul problema delle lacune: queste infatti «ricorrono in mancanza non tanto delle aspettative, che sono figure deontiche passive, quanto piuttosto degli imperativi, cioè delle figure attive dalla cui ottemperanza dipende anche la soddisfazione delle prime» (193-I) ⁶. Tuttavia, come abbiamo visto sopra, uno dei principi *iuris tantum* della teoria è il divieto di lacune o obbligo di completezza che dir si voglia. Ma se è così e se in una teoria formulata in termini di imperativi le lacune non hanno stanza, c'è da domandarsi se il problema delle lacune non sia generato proprio dalla scelta teorica di fondo piuttosto che dallo stesso diritto positivo. Se infatti per lacuna intendiamo, seguendo Ferrajoli, la mancanza, nel diritto positivo, degli obblighi correlati alle aspettative, e se la riscrittura della teoria in termini imperativi elimina alla radice le lacune, allora è legittimo pensare che quest'ultimo problema, più che dal diritto positivo, sia generato proprio dalla scelta teorica di privilegiare le aspettative: è tale scelta che produce non solo il concetto di lacuna, ma anche le lacune medesime, e si tratta di una scelta compiuta all'interno di una teoria, è bene ribadirlo, che si pone come obiettivo *basilare* proprio quello della denuncia e dell'eliminazione delle lacune. Si può insomma avanzare il legittimo sospetto che il problema capitale che la teoria si propone di affrontare sia generato dalla teoria medesima.

A questa osservazione si potrebbe obiettare che la teoria può certo cambiare il modo di descrivere il diritto, ma non può cambiare il diritto medesimo (almeno non con un *fiat*). Che vi siano norme e diritti costituzionali non attuati è un fatto, in qualunque modo lo si voglia descrivere.

⁶ E inoltre: «Benché le tesi [...] enuncino un'equivalenza e perciò un'implicazione reciproca tra diritti e doveri, la questione dell'esistenza di un dovere in presenza di un diritto [...] è diversa da quella [...] dell'esistenza di un diritto in presenza di un dovere nei confronti del soggetto interessato [...]. L'esistenza di tali obblighi e divieti [...] è infatti in tal caso un principio *iuris tantum*, che ben può essere violato dal diritto positivo vigente. È il problema delle lacune [...] che ovviamente non si pone nel caso opposto [...] in cui siano stabiliti non già i diritti ma i doveri, cioè le modalità attive, alle cui inosservanze sono senz'altro applicabili le norme che le prevedono senza che si richieda la produzione di altre figure deontiche» (654-I). Poiché le lacune possono essere sia primarie (in caso di mancanza di obblighi correlativi alle aspettative) che secondarie (in caso di mancanza di sanzioni collegate all'inottemperanza degli obblighi primari) l'esistenza di un obbligo non sanzionato evita la lacuna primaria ma integra una lacuna secondaria. Si ha l'impressione che il problema delle lacune secondarie, in questa parte della teoria, sia stranamente trascurato da Ferrajoli. Nel testo mi riferisco evidentemente alle sole lacune primarie.

Questa osservazione sarebbe senz'altro da condividere, se non esprimesse solo una parte della verità, perché non è indifferente per il teorico esprimersi in termini di *lacuna deontica*⁷. Parlare di lacuna suggerisce infatti la mancanza, nel diritto, di un qualche elemento che si è già identificato come tale (un obbligo o un divieto di contenuto determinato a carico di un individuo o organo determinato) e che attende solo di essere introdotto nell'ordinamento tramite un atto normativo⁸. Suggerisce inoltre che quella che i giuristi usano chiamare *interpositio legislatoris* sia *sempre* necessaria *per ragioni teoriche* ai fini dell'attuazione dei precetti costituzionali e non sia invece legata alle caratteristiche e agli specifici contenuti del singolo ordinamento (ad esempio, alla circostanza che esso ammetta o non ammetta l'applicabilità diretta della costituzione da parte degli organi giurisdizionali) oltre che alle peculiarità del singolo diritto costituzionalmente riconosciuto.

Inoltre, a leggere *Principia iuris* parrebbe che il nodo delle lacune fosse legato esclusivamente ai rapporti tra legge e costituzione. E tuttavia, se conta come lacuna la mancata attuazione della costituzione da parte delle leggi, dovrebbe contare come lacuna anche la mancata attuazione delle leggi da parte dei regolamenti, la non attuazione dei regolamenti generali da parte dei regolamenti attuativi, e via scendendo nei piani bassi dell'ordinamento fino ad arrivare ai provvedimenti giurisdizionali e alle sanzioni. Dovrebbe contare come lacuna *ogni* caso di mancata previsione degli obblighi (primari e/o secondari) correlati a un'aspettativa, a qualunque livello dell'ordinamento essa si collochi. C'è allora da chiedersi se una nozione talmente ampia di lacuna possa presentare un qualche interesse teorico nuovo o se essa non finisca per equivalere a una pura e semplice formulazione in termini diversi dell'idea kelseniana del carattere dinamico degli ordinamenti giuridici, siano essi o meno Stati costituzionali di diritto.

La tesi di Ferrajoli riportata poc'anzi in tema di rapporti tra diritti-aspettative e lacune mi suggerisce anche un'altra osservazione. Se infatti egli avesse ragione nel ricostruire come lacuna la non attuazione delle aspettative (costituzionali), ci avrebbe fornito al contempo un metodo infallibile per prevenire le lacune: infatti sarebbe sufficiente formulare i diritti in termini di doveri. Se i diritti sono situazioni passive la cui garanzia risiede essenzialmente in doveri di comportamento altrui, il teorico del diritto preoccupato per l'occorrenza delle lacune dovrebbe suggerire

⁷ Vide 199-I. Naturalmente, si dovrebbe altresì chiarire che cosa conti come mancata attuazione di una norma. È ovvio che non sarebbe sufficiente identificarla con la presenza di una lacuna, perché s'introdurrebbe una circolarità nel ragionamento. Nel testo non mi occupo della questione, che richiederebbe una chiarificazione analitica della nozione kelseniana di *lacuna tecnica*. Vide, su tale nozione, R. Guastini, *Garantismo e dottrina pura a confronto*, in questo volume.

⁸ Ho già formulato altrove questa critica a Ferrajoli. Vide A. Pintore, *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli *et al.*, *Diritti fondamentali*, Roma - Bari, Laterza, 2001, pp. 190 ss.

ai redattori delle costituzioni e ai legislatori di evitare accuratamente il linguaggio dei diritti e di formulare le disposizioni normative in termini di doveri⁹. Data la perfetta correlatività reciproca tra modalità e aspettative stipulata in sede teorica, ciò non dovrebbe determinare alcuna perdita di significato e semmai garantirebbe una maggiore precisione normativa. Infatti il linguaggio dei diritti, come tutti sappiamo, è intriso di valori spesso (anche se non necessariamente) vaghi e comunque altamente controversi; viceversa, il linguaggio dei doveri ha caratteristiche tendenzialmente più oggettive, essendo legato alla descrizione di condotte e situazioni. E in fondo questo suggerimento si porrebbe in linea di continuità con la teoria kelseniana. Infatti il riduzionismo di Kelsen in tema di diritto soggettivo, pur giustamente criticato da Ferrajoli nei suoi svolgimenti, muove, mi pare, proprio dalla legittima esigenza di rendere afferrabile la sostanza dei diritti collegandoli a comportamenti specifici di specifici individui¹⁰.

Molti trovano il riduzionismo kelseniano inaccettabile perché ritengono che il linguaggio dei diritti abbia un valore aggiunto rispetto a quello dei doveri: tale valore essendo rappresentato dalla ridondanza o, per usare la nota espressione di Betti, eccedenza di contenuto deontologico dei diritti¹¹. Si ritiene che i diritti, a differenza dai doveri, non possano essere mai ingabbiati in espressioni linguistiche finite e che le disposizioni costituzionali che li proclamano vadano piuttosto intese come un serbatoio dal quale attingere contenuti normativi sempre nuovi. In questa prospettiva i diritti costituzionali, o meglio le disposizioni che li enunciano, non esprimerebbero aspettative (*vide infra*, § 9.3.) in attesa dell'introduzione di obblighi che le garantiscano ma semmai fornirebbero la base testuale da cui partire per sviluppare una collezione in linea di principio illimitata e variabile di situazioni soggettive attive e passive.

Non mi è del tutto chiara la posizione di Ferrajoli riguardo a questa visione diffusa tra i giuristi e i giudici, anche costituzionali. Come filosofo analitico e giuspositivista egli dovrebbe condividere, se non le soluzioni kelseniane, almeno le esigenze di finitezza e di precisione che vi stanno sullo sfondo. Dal suo libro si ricavano tuttavia indicazioni che paiono andare in direzioni diverse. Come subito dirò (§ 9.3.), infatti, egli introduce, accanto alla nozione di aspettativa-diritto creato da una norma giuridica positiva (anzi con essa coincidente, nel caso dei diritti fondamentali), la

⁹ O, se tale suggerimento apparisse troppo ingenuo, dato che le costituzioni sono quel che sono e sembra difficile cambiarne l'impostazione di fondo, dovrebbe almeno aspirare a un mondo deonticamente perfetto popolato di soli obblighi.

¹⁰ Non è casuale l'avversione espressa da Kelsen, che è pure il massimo teorico delle garanzie costituzionali, verso le costituzioni formulate in termini assiologici. *Vide* H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, tr. it. in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 189-190.

¹¹ C'è chi, come Barbera, parla di fattispecie a schema aperto: A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 196.

nozione di *diritto implicito*, il cui statuto, nell'ambito della sua visione giurispositivista, è quantomeno dubbio. Ed inoltre impernia il suo concetto di diritto soggettivo su una problematica nozione di *interesse*, che è proprio quella più diffusa tra coloro che trattano i diritti come serbatoi inesauribili di qualificazioni normative.

9.3. ASPETTATIVE

Poc'anzi ho ricordato che Ferrajoli sceglie di imperniare la sua teoria assiomatica sulle aspettative piuttosto che sulle modalità deontiche. Come dirò, credo che tale scelta abbia delle controindicazioni, segnatamente quella di caricare sull'intera teoria tutta l'equivocità che affligge la nozione di diritto soggettivo.

«Aspettativa» è un termine della teoria primitivo e quindi indefinito, ma sappiamo dal teorema T2.60 che c'è un rapporto di implicazione reciproca tra aspettative e obblighi giuridici. Dire che A ha l'aspettativa che B tenga il comportamento c equivale a dire che B ha l'obbligo di tenere il comportamento c nei confronti di A, e viceversa. L'obbligo è poi definito (D2.4) come la modalità di ciò che è obbligatorio e «obbligatorio» come ciò di cui è permessa la commissione e non permessa l'omissione (D1.3).

Il diritto soggettivo, come già accadeva nel saggio *Diritti fondamentali*, viene ridefinito in termini di aspettativa¹²: in base alla definizione D10.20, infatti, «Diritto (soggettivo)» è qualunque aspettativa positiva di prestazioni o negativa di non lesioni».

Infine, il teorema T10.115 asserisce che «Diritto soggettivo» è qualunque aspettativa della commissione di una prestazione o dell'omissione di una lesione, corrispondente a un interesse nel primo caso positivo e nel secondo negativo».

La novità rispetto al saggio *Diritti fondamentali*, che rappresenta la più cospicua anticipazione di *Principia iuris* su questo terreno, è l'ulteriore riferimento al concetto di interesse (su cui *vide infra*) che, congiuntamente a quello di aspettativa, rappresenta l'elemento imprescindibile per definire l'intera tipologia dei diritti soggettivi: i diritti-pretese, i diritti-immunità, i diritti-facoltà e i diritti-potestà¹³. «È quindi possibile ridurre tutti i *diritti soggettivi* ad aspettative positive della commissione di prestazioni o ad

¹² In Ferrajoli *et al.*, *Diritti fondamentali* cit.

¹³ L'interesse rappresenta infatti la differenza specifica dei diritti all'interno della classe delle aspettative, la quale comprende anche l'annullabilità e la responsabilità (*vide* 639 ss.-I). Affinché si abbia un diritto soggettivo occorre che interesse e aspettativa coincidano in capo al medesimo soggetto (641-I). Per la verità quella riportata nel testo è solo una delle innumerevoli classificazioni dei diritti proposte da Ferrajoli, ma è la più trasparente dal punto di vista della teoria delle modalità e delle aspettative.

aspettative negative dell'omissione di lesioni – siano esse o meno associate a facoltà o a poteri – e quindi definire il concetto di 'diritto soggettivo' semplicemente come la somma logica delle une e delle altre» (641-I). Dunque, la teoria si presenta come programmaticamente riduzionista.

Una prima notazione potrebbe sembrare di carattere puramente estetico. Infatti, i diritti, in quanto aspettative, vengono costantemente qualificati come situazioni passive ma, come ci dice lo stesso Ferrajoli, alcuni di essi, ossia i diritti-facoltà e i diritti-potestà, sono anche *facultates agendi*, che si distinguono dalle mere facoltà perché sono associate ad aspettative di non lesione. Ora però, come sappiamo, le facoltà sono modalità e non aspettative, sono figure deontiche attive e non passive, sicché la griglia delle modalità e quella delle aspettative finiscono per intersecarsi almeno in parte. Di ciò naturalmente Ferrajoli è ben consapevole, come segnalano, ad esempio, i seguenti passi: «D'altro canto [...] il fatto che i diritti siano sempre situazioni passive non toglie che taluni di essi siano anche, *nella loro composizione molecolare*, situazioni attive, ossia diritti-potestà o diritti-facoltà» (643-I; corsivo mio); «Possiamo quindi aggregare diversamente i nostri quattro tipi di diritti distinguendoli in due categorie, a seconda che consistano *anche* in aspettative o *solo* in aspettative: quella dei *diritti attivi* formata dalla somma dei diritti facoltativi e di quelli potestativi, e quella dei *diritti passivi* formata dalla somma dei diritti positivi e dei diritti d'immunità» (649-I). Questa ibridazione non susciterebbe problemi nel quadro di una teoria dei diritti come quella di Hohfeld – autore che inspiegabilmente viene citato solo una volta e quasi di passata – dato che in essa non rileva che il comportamento oggetto del diritto sia proprio o altrui, ma sicuramente ne suscita in quella di Ferrajoli. La questione però non è solo di pura estetica della teoria (i diritti sconfinano nell'altro lato della barricata, sono tutti situazioni passive ma talvolta anche situazioni attive): essa è altresì sintomatica di un problema più sostanziale, perché ci si può domandare a quale livello di complessità si collochi il concetto di diritto soggettivo elaborato in *Principia iuris*. Mi spiego.

Abbiamo visto che la nozione di aspettativa (congiuntamente a quella d'interesse, qui momentaneamente accantonata) esplica solo parzialmente il concetto di diritto soggettivo: infatti per Ferrajoli solo i diritti-pretese e i diritti di immunità avrebbero composizione atomica, essendo gli unici ad essere riducibili a sole aspettative¹⁴.



¹⁴ Ma c'è il fondato sospetto che le cose non stiano così. Ferrajoli cita come casi di immunità il divieto di tortura, l'*habeas corpus*, il diritto alla vita e alla integrità «e in generale, tutti i diritti, anche patrimoniali, all'astensione di condotte altrui» (645-I). Tuttavia, dubito che egli si accontenterebbe di ricostruire, ad esempio, il diritto a non essere torturati come semplice aspettativa negativa di non essere torturati ossia come divieto di torturare. A proposito dell'*habeas corpus*, Roberto Bin afferma: «[...] non è solo l'arresto (arbitrario), la coercizione fisica, la perquisizione invasiva della persona; rientrano infatti nel nostro concetto di *habeas corpus*: una variata gamma di ispezioni e perquisizioni, non

14.

INTORNO A «PRINCIPIA IURIS»

Questioni epistemologiche e questioni teoriche

di Luigi Ferrajoli

14.0. PREMESSA

Sono grato a tutti coloro che sono intervenuti in questo dibattito sui miei *Principia iuris*. Si è trattato, per me, di un'occasione preziosa di approfondimenti, di chiarimenti e talora di integrazioni e correzioni. Ringrazio, in particolare, Paolo Di Lucia, cui si devono la pubblicazione di questa raccolta di studi e la promozione a Milano, il 28-29 novembre 2008, del seminario dal quale questa discussione ha avuto origine.

Dividerò questa risposta alle tante sollecitazioni rivoltemi in tre parti: (1) la prima dedicata alle questioni metateoriche e metodologiche; (2) la seconda alle questioni di teoria del diritto; (3) la terza alle questioni di teoria della democrazia.

14.1. QUESTIONI DI METATEORIA DEL DIRITTO

14.1.1. L'oggetto dell'assiomatizzazione

Italo Birocchi, Luis Prieto Sanchís, Gaetano Carcaterra e Aurelio Gentili hanno richiamato, quali illustri precedenti del progetto di assiomatizzazione della scienza giuridica, le costruzioni giusnaturalistiche dei secoli XVII e XVIII, da Pufendorf a Leibniz e a Wolff. Il mio lavoro, afferma Luis Prieto, si iscrive in questo orientamento «razionalista o sistematico», del quale riproduce l'aspirazione alla «formalizzazione» (pp. 181-182), la natura «stipulativa» e «costruttiva» (p. 182) e il ruolo «critico e normativo» (pp. 183-184).

C'è però una differenza di fondo, che merita di essere sottolineata: quelle costruzioni e sistematizzazioni avevano per oggetto lo stesso sistema giuridico, da esse concepito e teorizzato come «diritto naturale», e non

la teoria del diritto. Erano quindi possibili tanto quanto il diritto di cui promuovevano la sistematizzazione in forma logico-deduttiva era interamente «nomostatico», perché concepito come un sistema di diritto naturale o razionale, interamente costruito dal giurista medesimo, pur se come parte integrante del diritto vigente. Al contrario, un'assiomatizzazione del diritto è impossibile per gli ordinamenti positivi o nomodinamici, nei quali le norme esistono non perché dedotte, ma perché prodotte. È quanto affermò con straordinaria lucidità Ugo Grozio nei *Prolegomeni* al *De iure belli ac pacis*: «Prima d'ora, molti si sono proposti di dare [alla giurisprudenza] una struttura organica; ma non vi è riuscito nessuno: ed in realtà questo non può farsi se non si distingue esattamente – e ciò finora non è stato curato abbastanza – il diritto positivo da quello naturale. Perché ciò che è di diritto naturale, essendo sempre identico, facilmente può essere coordinato in sistema, mentre ciò che è di diritto positivo, variando nel tempo e nello spazio, sfugge ad un ordinamento sistematico, come sempre le nozioni dei dati particolari»¹.

Con riferimento agli ordinamenti nomodinamici di diritto positivo è perciò possibile solo l'assiomatizzazione della teoria; e questa possibilità dipende dal fatto, di nuovo, che la teoria, diversamente dal diritto positivo e dalla sua esplicazione ad opera delle discipline giuridiche dogmatiche, è costruita dal giurista, essendo il linguaggio teorico, come ho sostenuto più volte, un linguaggio interamente artificiale. In entrambi i casi il progetto di sistematizzazione deduttiva richiede la costruzione del discorso da parte della scienza giuridica. Ma questo discorso non consiste, in *Principia iuris*, nel diritto medesimo, ma nella teoria del diritto. Le sue tesi fondamentali non sono *principia iuris et in iure*, nella teoria del tutto assenti, bensì principi teorici e logici che ho chiamato *iuris tantum* e sui quali qui tornerò nel § 14.2.5.

14.1.2. Modelli teorici ed esperienze storiche

È su questa base che può risolversi una questione di fondo, sollevata da Italo Birocchi: quella del nesso tra teoria e storia del diritto (p. 34). «*Principia iuris*», scrive Birocchi, «scandisce l'esperienza giuridica attraverso la costituzione di modelli, e perciò stesso abitua alla visione di sintesi, senza peraltro appiattare la discontinuità nelle vicende umane» (p. 42). E Luis

¹ U. Grozio, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro I* [1625], tr. it. di G. Fassò, a cura di F. Arici e F. Todescan, Padova, CEDAM, 2010, *Prolegomeni*, § 30, p. 25. «Se coloro che si sono consacrati al culto della vera giustizia», prosegue Grozio, «intraprendessero la trattazione delle varie parti del diritto naturale ed eterno, prescindendo da ciò che ha origine dalla libera volontà umana, e uno trattasse delle leggi, uno dei tributi, uno dell'ufficio dei giudici, uno dell'interpretazione delle volontà, uno delle prove dei fatti, si potrebbe poi, coordinando tutte queste parti, creare un sistema organico» (*ibid.*).

Prieto: «*Principia iuris* è una teoria costruita a strati, cioè sviluppata attraverso gradi distinti e crescenti di 'intensione'. I suoi concetti più generali ed elementari sono dotati della portata empirica più estesa, essendo in grado di spiegare anche i sistemi giuridici premoderni e perfino i sistemi normativi non giuridici. I concetti più elaborati e complessi, invece, sono diretti a dar conto del modello costituzionale» (p. 186).

Ma le concrete esperienze storiche, avverte giustamente Birocchi, sono esperienze complesse, non sempre corrispondenti ai modelli teorici astratti. In particolare, egli osserva, è eccessivamente vago e generico il concetto di «diritto premoderno», da me associato al modello nomostatico in opposizione agli ordinamenti nomodinamici dello Stato legislativo e poi costituzionale di diritto; così come è indeterminata la nozione di «tradizione romanistica, che non pare adeguata a cogliere gli intrecci e le complesse trasformazioni insiti negli ordinamenti medioevali e moderni» (p. 47). Anche lo Stato legislativo, del resto, non è, almeno per quanto riguarda i suoi livelli normativi infra-legali, interamente nomodinamico. Il codice civile per esempio, scrive Birocchi, «è un insieme di norme che incorpora ed esprime valori, dichiarati ed imposti [...]: valori, s'intende, che nel modello dello Stato di diritto sono garantiti in quanto positivizzati e non certo, come alcuni epigoni criptogiusnaturalisti quali Scialoja affermavano, perché espressione di un presunto ordine naturale che il diritto privato non poteva non recepire» (p. 50). E lo è ancor più il codice penale, formato da norme sostanziali sulla produzione delle sentenze penali che impongono al giudice, secondo lo schema idealmente sillogistico dell'applicazione sostanziale della legge, la sussunzione del reato accertato nella cosiddetta fattispecie legale. Più in generale, una dimensione nomostatica è sempre innestata, nei livelli infra-legali, da quelle che ho chiamato «norme sostanziali sulla produzione» (D9.12), dalla compatibilità con le quali dipende la validità sostanziale, perché relativa alla sostanza o al significato, delle norme prodotte (T9.147, T9.151, T9.155, T9.177, T9.180, T9.202, T9.218, T9.219)².

² Non condivido invece la tesi di Birocchi secondo cui anche la legislazione, nello Stato legislativo di diritto, sarebbe sottoposta a limiti non solo formali ma anche sostanziali, dato che «il profilo sostanziale» sarebbe in esso «solo apparentemente assente» (p. 50). Davvero è concepibile, si chiede Birocchi, «che il legislatore napoleonico potesse farsi, ad esempio, sopraffattore della proprietà, nel pieno rispetto del principio di legalità?» (p. 49). Certamente è inconcepibile sul piano storico e politico, dato che la legislazione era fermamente informata ai valori liberali e proprietari del legislatore del tempo. Ma è perfettamente concepibile sul piano giuridico, dato che limiti e vincoli sostanziali erano allora dettati non già da norme di carattere giuridico o interno, ma solo – e rigidissimi – da principi di carattere politico o esterno. Anche Birocchi, del resto, ammette che «il profilo sostanziale, che Ferrajoli riconosce giustamente nel diritto premoderno e nello Stato costituzionale di diritto», nello Stato legislativo di diritto «si realizza senza il ricorso alle norme sostanziali che reggono in ordine formalmente sovraordinato lo Stato (costituzionale) di diritto» (p. 50). Appunto: è proprio questa la differenza essenziale. Nello

Tutto questo è vero. Ma è altrettanto vero che i modelli elaborati dalla teoria – «diritto premoderno», «Stato legislativo di diritto», «Stato costituzionale di diritto» – sono appunto modelli o paradigmi teorici, non descrittivi di nessun ordinamento storico reale, semplicemente perché il compito della teoria non è quello di descrivere le concrete e differenti esperienze storiche, ma solo quello di fornire categorie concettuali in grado interpretarne gli aspetti prevalenti e caratterizzanti. Trattandosi di modelli teorici, e non di raffigurazioni storiche, è perciò non solo possibile, ma necessario identificarne, con la formalizzazione, gli specifici tratti distintivi, tra loro estensionalmente differenziati. Il tratto distintivo del diritto positivo moderno è indubbiamente il principio di legalità quale norma di riconoscimento del diritto esistente, cioè quello che anche Birocchi identifica con il «monopolio normativo dello Stato» (p. 46) in forza del quale è diritto tutto e solo quello che è posto dallo Stato. Per questo ho caratterizzato il modello teorico del diritto moderno come nomodinamico e quello del diritto premoderno come nomostatico, distinguendoli, nella definizione D8.13, sulla base della diversità delle norme di riconoscimento dei relativi ordinamenti³. Sono *nomostatici* gli ordinamenti le cui norme di riconoscimento sono *norme costitutive* (e più precisamente *istitutive*), ossia definizioni, di solito inesprese e necessariamente *sostanziali*, del concetto stesso di norma giuridica (T8.97): come quelle che rendono sostanzialmente riconoscibili le norme ad essi appartenenti perché (ritenute) «giuste (o razionali)» o perché (riconosciute) «effettive». Sono invece *nomodinamici* gli ordinamenti le cui norme di riconoscimento sono *norme deontiche*, ossia meta-norme di tipo *formale* o procedurale, che delle norme giuridiche identificano le fonti e regolano la produzione (T8.98): come quelle che rendono formalmente riconoscibili le norme ad essi appartenenti perché prodotte da atti normativi nelle forme e dai soggetti da esse stesse predisposti.

È poi evidente che i modelli teorici sono sempre astratti e formali, non diversamente da qualunque altra categoria o costruito teorico. Parliamo di sistemi nomodinamici o nomostatici, di ordinamenti liberali o illiberali, di modelli penali garantisti o autoritari, anche se, di fatto, elementi nomodinamici e nomostatici, liberali e illiberali, garantisti e autoritari convivono variamente in qualunque ordinamento e sono oggetto di discorsi storiografici e giuridico-dogmatici di livello diverso da quello della teoria del diritto da cui i modelli teorici sono elaborati. La specificità del paradigma costituzionale è stata anzi da me identificata proprio nella convivenza, ri-

Stato legislativo di diritto, inclusi gli ordinamenti dotati di costituzioni flessibili, i limiti sostanziali alla legislazione, non essendo espressi da norme giuridiche ad essa sopraordinate, sono non giuridici ma politici, non interni ma esterni. Sono, se vogliamo, di tipo giusnaturalistico: «naturali» o «sacri», come scrive lo stesso Birocchi (p. 51).

³ L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma - Bari, Laterza, 2007, 3 voll., I. *Teoria del diritto*, II. *Teoria della democrazia* (d'ora in poi, *PII* e *PIII*), *PII*, § 8.10, p. 456.

sultante dall'intera sintassi della teoria, tra la dimensione nomodinamica disegnata dalle norme formali e la dimensione nomostatica espressa dalle norme sostanziali sulla produzione giuridica. Precisamente, la dimensione nomodinamica è espressa dalla rete delle implicazioni reciproche, formulate nei capitoli V-VIII, tra l'atto e il suo effetto (T5.31) e tra la situazione e gli atti che ne sono attuazione (D6.1), nonché tra l'atto e la situazione che ne è modalità (T6.38) e tra la situazione (non costituente) e l'atto che ne è causa (T6.44). La dimensione nomostatica è espressa dalle relazioni deontiche di implicazione e di incompatibilità formulate, nei primi due capitoli, dai due quadrati deontici delle modalità attive e delle aspettative passive. Infine, il concorso delle due dimensioni nello Stato costituzionale di diritto è espresso dalla teoria della validità formale, relativa alla forma degli atti formali, e della validità sostanziale, relativa ai loro significati, sviluppata nel capitolo IX e poi nel capitolo XII.

È su questa base che si possono reimpostare due questioni metateoriche che sono al centro del dibattito filosofico-giuridico. La prima questione è quella del rapporto, concepito comunemente come opposizione e come alternativa, tra normativismo e realismo giuridico. La seconda è quella dello statuto teorico del costituzionalismo, nel quale gli orientamenti neo-costituzionalisti tendono a vedere un indebolimento o addirittura un superamento del positivismo giuridico, mentre il costituzionalismo garantista da me proposto vede invece un suo potente rafforzamento. Sotto entrambi gli aspetti, muoverò dalle osservazioni di Luis Prieto, di Adrián Rentería Díaz, di Aurelio Gentili e di Anna Pintore.

14.1.3. Normativismo e realismo

Il tratto distintivo del *costituzionalismo* e dello *Stato di diritto in senso forte* delle odierne democrazie costituzionali, in opposizione al tradizionale *positivismo giuridico* e al vecchio *Stato di diritto in senso debole*, è stato da me identificato, come ha esattamente osservato Luis Prieto, nella regolazione, tramite la costituzionalizzazione rigida dei diritti fondamentali, non più solo della *forma*, cioè del *chi* e del *come*, ma anche della *sostanza*, cioè del *che cosa* della produzione legislativa. In forza di questa regolazione, alla dimensione solo *formale* della validità delle norme come della democrazia si è aggiunta una dimensione *sostanziale* sia dell'una che dell'altra. In particolare, afferma Prieto, «la democrazia formale risulta generata dai diritti di autonomia politica e civile che determinano il chi e il come delle decisioni» in quella che ho chiamato la «sfera del decidibile»; mentre «la democrazia sostanziale risulta definita dai diritti di libertà», cui corrisponde quella che ho chiamato «sfera dell'indecidibile che», e dai diritti sociali, cui corrisponde quella che ho chiamato la «sfera dell'indecidibile che non» (p. 188). Di qui la divaricazione strutturale tra il dover essere

e l'essere del diritto determinata dalla possibile violazione di queste due sfere normative: dalla violazione per commissione della sfera dell'«indecidibile che» e dalla violazione per omissione della sfera dell'«indecidibile che non», cui conseguono antinomie e lacune che è compito della scienza giuridica accertare e denunciare. «Nel tematizzare queste divaricazioni», scrive Prieto, «la teoria del diritto si rivela al tempo stesso normativista e realista. È normativista nel dar conto di un 'dover essere' (costituzionale) ed è realista nel dar conto di un 'essere' (legale), cioè degli atti legislativi di fatto conformi o difformi dalla costituzione. Il programma della teoria del diritto di *Principia Iuris* si propone così di cancellare uno dei grandi dibattiti teorici del secolo XX, risoltosi in due riduzionismi di segno opposto: quello che confonde l'esistenza con la validità e quello che identifica l'esistenza con l'effettività» (p. 189). Vediamo ora i due aspetti sotto i quali questi due riduzionismi sono contestati e superati in *Principia iuris*.

14.1.3.1. Diritto come norma e diritto come fatto

Sotto un primo aspetto la «conciliazione tra normativismo e realismo», come l'ha chiamata Adrián Rentería (pp. 205 ss.), è a mio parere imposta dal paradigma gius-positivista e più ancora da quello gius-costituzionalista. Le due opposte concezioni del diritto espresse da questi due orientamenti – il *diritto come norma* e il *diritto come fatto* – altro non sono, infatti, che i due diversi modelli semantici della teoria del diritto corrispondenti ai due possibili approcci empirici o livelli di discorso sul diritto: quello della scienza giuridica, che guarda al diritto, attraverso l'interpretazione del linguaggio legale, come all'insieme delle norme che regolano i comportamenti; e quello della sociologia del diritto che invece guarda al diritto, attraverso l'osservazione sociologica, come all'insieme dei comportamenti che delle norme sono osservanti o inosservanti⁴. Sembrerebbero due ap-

⁴ Cfr. *La semantica della teoria del diritto*, in Uberto Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p. 104: «Normativismo» e «realismo giuridico» rappresentano due diversi modelli semantici o d'interpretazione empirica della teoria del diritto corrispondenti a due possibili universi della scienza giuridica: l'universo linguistico delle norme riguardato dall'interno, e l'universo extra-linguistico degli accadimenti riguardato dall'esterno. Correlativamente, dogmatica giuridica e sociologia del diritto, analisi del linguaggio legale e osservazione sociologica, verità giuridica e verità fattuale, confutazione giuridica e confutazione fattuale possono essere concepite come discipline, metodi d'indagine, criteri di verifica e di controllo empirico corrispondenti rispettivamente ai due distinti livelli osservativi – il livello dell'osservazione o interpretazione delle norme e il livello dell'osservazione o rilevazione dei fatti – che nel loro insieme costituiscono il livello osservativo della scienza giuridica». Rinvio anche a *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma - Bari, Laterza, 1999, parte seconda, cap. IV, pp. 110-113; *Livelli di norme nel diritto e livelli di verità nella scienza giuridica*, relazione svolta al seminario di Vaquerías (Córdoba, Argentina) il 3.9.1999, stampata in questo volume; *La pragmatica della teoria del diritto*, in P. Comanducci - R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 2002-2003*.

procci non solo diversi ma totalmente non comunicanti⁵. Tuttavia, se si considera che tali comportamenti possono essere, a loro volta, atti giuridici normativi – come sono, nel paradigma costituzionale, perfino le leggi, di grado subordinato alla costituzione –, i due diversi approcci o livelli di discorso risultano entrambi appartenenti alla scienza giuridica. In tutti i casi i due livelli, l'uno normativo rispetto al secondo, sono tra loro in una relazione di dover essere ad essere, corrispondente, virtualmente, a una *divaricazione deontica*. Nel primo caso la divaricazione tra norme e fatti si configura come divaricazione tra *vigore* ed *effettività*; nel secondo si configura altresì come divaricazione tra *validità* e *vigore*. Nessuno di questi due livelli osservativi, né quello normativo né quello fattuale, esaurisce da solo il campo d'indagine della scienza giuridica. Al contrario essi sono come le due facce della stessa medaglia, sicché l'ignoranza dell'uno o dell'altro equivale a una fallacia ideologica: la *fallacia normativistica*, che guarda solo alle norme vigenti, disconoscendone la possibile invalidità e ignorandone la possibile ineffettività, e la *fallacia realistica*, che guarda solo alle norme effettive, ignorandone la possibile invalidità e disconoscendo l'esistenza delle norme vigenti solo perché ineffettive.

È insomma la divaricazione tra dover essere ed essere del diritto che viene ignorata sia dall'approccio puramente normativistico che da quello esclusivamente realistico. L'indagine sul diritto ne risulta amputata, nel primo caso della dimensione dell'effettività, nel secondo di quella della normatività. Solo la tematizzazione della divaricazione tra le due dimensioni consente di coglierle entrambe e così di superare la falsa alternativa tra normativismo e realismo. E consente, soprattutto, di identificare le inevitabili antinomie e lacune conseguenti alla divaricazione ed equivalenti ad altrettanti profili di ineffettività delle norme di livello superiore e, correlativamente, di invalidità delle norme di livello inferiore. È così che, come osserva Rentería, l'effettività e l'ineffettività diventano il banco empirico di prova della tenuta e del funzionamento dell'ordinamento.

Rentería solleva tuttavia un'obiezione che mi sembra nasca da un'incomprensione. Il duplice modello semantico con cui è interpretabile la teoria del diritto e il conseguente superamento della contrapposizione tra normativismo e realismo, egli afferma, verrebbe «pagato» con un «ridimensionamento del carattere formale della teoria del diritto», facendomi «oscillare tra la caratterizzazione della teoria del diritto come una teoria

Ricerche di giurisprudenza analitica, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 361-364; *La teoría del derecho en el sistema de los saberes jurídicos*, in L. Ferrajoli - J.J. Moreso - M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 30-37.

⁵ Fu la tesi sostenuta da Kelsen nella famosa polemica con Eugen Ehrlich (H. Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie* [1915], tr. it. *Una fondazione della sociologia del diritto*, in E. Ehrlich - H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1992, pp. 67-68).

formale che non ci dice nulla su ciò che il diritto stabilisce [...] e la tesi secondo cui tra dogmatica giuridica e teoria del diritto la differenza è di natura metodologica, legata più al metodo di formazione dei relativi concetti e asserti che alle diverse sedi o tipi di discorso» (p. 220). È vero esattamente il contrario: proprio il carattere formale della teoria del diritto consente la duplice interpretazione, normativistica e realistica, entro un modello integrato di scienza giuridica, dei suoi concetti e dei suoi asserti⁶; i quali, pur non dicendoci nulla sui concreti fenomeni giuridici, sono elaborati in funzione della loro capacità esplicativa e sono impiegati a tal fine sia dalla dogmatica giuridica che dalle altre discipline empiriche che si occupano del diritto. Per questo non contrasta con il carattere formale della teoria, ma è solo la condizione della sua portata empirica ed esplicativa, il fatto che essa, come mi ricorda Rentería (*ibid.*), «non può prescindere dalla dogmatica, cioè dalla conoscenza dei concreti ordinamenti delle cui strutture si pone come teoria», così come, del resto, «la dogmatica non può prescindere dalla teoria»⁷. È infatti evidente, come dice Rentería, che «per constatare che vi è una lacuna, così come per affermare che vi è un'antinomia, è necessario ricorrere all'analisi non solo del livello sintattico delle norme coinvolte ma anche allo studio del livello semantico, al fine di mettere in rapporto i segni linguistici con i fatti da essi denotati e di verificare l'assenza di un diritto che dovrebbe esserci e/o la presenza di un diritto che non dovrebbe esserci» (pp. 219-220). Ma sia la constatazione di una lacuna come quella di un'antinomia non appartengono affatto alla teoria del diritto, bensì alla dogmatica giuridica. Consistono nell'uso, in sede dogmatica o in sede sociologica, del linguaggio teorico, in questo caso dei concetti teorici di «lacuna» e di «antinomia», per designare i fenomeni oggetto di indagine. È precisamente questa applicazione del linguaggio teorico ai fenomeni empirici indagati dall'approccio normativistico della dogmatica o da quello realistico della sociologia giuridica – o, se si preferisce, questa interpretazione semantica del linguaggio teorico mediante i suoi usi sia in sede dogmatica che in sede sociologica – che consente di parlare, grazie alla teoria formale del diritto e all'apparato concettuale da essa fornito ai diversi approcci empirici al diritto, di un

⁶ È opportuno precisare, dato che il fraintendimento è forse all'origine dell'equivoco, che io non dico affatto, come mi fa dire Rentería, che la «teoria del diritto si configura come un modello integrato di scienza giuridica, come un sistema di concetti e di asserti teorici interpretabili, a seconda dei fenomeni assunti come riferimenti empirici, da due tipi di discorso» (p. 15), bensì che «sarà possibile configurare la teoria del diritto, entro un modello integrato di scienza giuridica, come un sistema di concetti e di asserti teorici interpretabile, a seconda dei fenomeni assunti come riferimenti empirici, da due tipi di discorso – la *dogmatica giuridica* e la *sociologia del diritto* – tra loro distinti e tuttavia connessi come le facce della stessa medaglia» (*Pil*, pp. 8-9).

⁷ *Ivi*, p. 50.

«modello integrato di scienza giuridica» basato sulla loro distinzione ma anche sulla loro connessione.

14.1.3.2. Diritto vigente e diritto vivente

C'è poi un secondo profilo, messo in luce da Rentería Díaz, del superamento da me proposto dell'opposizione tra normativismo e realismo quali concezioni entrambe parziali del positivismo giuridico: «[...] da una parte», scrive Rentería, «vi è un giuspositivismo normativista, di matrice kelseniana-bobbiana, i cui sostenitori sono dell'idea che un ordinamento giuridico è un insieme di norme giuridiche, intese come significati prescrittivi, per lo più generali ed astratti, direttamente applicabili a una classe di casi concreti. Dall'altra, invece, c'è un giuspositivismo giusrealista, di matrice anglosassone e scandinava, i cui sostenitori affermano che un ordinamento giuridico non è affatto un insieme di norme per il semplice motivo che le norme non esistono, nel senso che non pre-esistono all'attività dell'interprete, bensì costituiscono il risultato dell'interpretazione» (p. 205). Ebbene, queste due concezioni apparentemente contraddittorie sulle quali si è a lungo divisa la filosofia gius-analitica italiana, dice Rentería, si rivelano in *Principia iuris* non solo compatibili ma tra loro in rapporto di reciproca implicazione ove si intenda ogni fenomeno normativo, sulla base delle relazioni tra causa ed effetto e tra segno e significato espresse dalle tesi T5.31 e D4.1, al tempo stesso come atto normativo e come norma, il primo quale causa e segno della seconda e questa come effetto e insieme come significato del primo⁸. Alla domanda «che cosa è il diritto positivo?» possiamo perciò rispondere che, sul piano empirico, esso è l'insieme degli atti e degli enunciati linguistici prodotti dalle autorità normative: che altro non è che la nozione di «diritto» affermatasi con quella conquista di civiltà che è stato il principio di legalità quale norma di riconoscimento del diritto esistente. Ma questo non solo non esclude, ma comporta che il diritto positivo, essendo un fenomeno linguistico, consiste altresì nei significati dei segni prodotti nella comunicazione giuridica quali sono ad essi associati dall'interpretazione degli operatori e della dottrina. Il postulato del positivismo giuridico resta il principio normativistico che il diritto è tutto e solo ciò che è posto o prodotto dalle autorità abilitate a produrlo, e cioè un insieme di segni o di enunciati normativi. Ma questo principio, essenziale per assicurare al diritto oggettività e intersoggettività, si coniuga necessariamente con la pluralità delle interpretazioni normative che a tali segni ed enunciati sono associabili. Possiamo dissentire sul significato della norma

⁸ Esse, «come tutte le regole, infatti, (non hanno ma) sono significati»; precisamente, «sono significati di precetti (T8.13), cui sono volta a volta associate tramite la loro interpretazione giuridica» (*PiI*, § 8.1, p. 416).

sul furto. Ma ciò che rappresenta il nostro comune riferimento empirico è l'enunciato formulato dall'art. 624 del codice penale.

Propongo dunque di distinguere tra *diritto vigente* (o positivo, o oggettivo, o materialmente esistente) e *diritto vivente* (o interpretato, o argomentato, o applicato). Il diritto *vigente* consiste nei soli enunciati normativi, che sono le sole cose «poste» e materialmente «esistenti», indipendentemente dai significati ad essi attribuiti dall'interprete. Il diritto *vivente* include invece anche l'interpretazione e l'argomentazione sviluppate dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica. È in questo secondo senso che il diritto è come lo interpretano e lo applicano giuristi e giudici ed è perciò il risultato della sua interpretazione dottrinarica e della sua applicazione operativa, le quali hanno, nei suoi confronti, un ruolo performativo⁹. Ma è chiaro che il diritto vivente è l'altra faccia del diritto vigente¹⁰, nel senso che lo implica e ne è implicato in almeno una delle sue possibili interpretazioni, così come ogni significato implica un segno e ogni segno implica almeno un significato (D4.1), ogni norma o situazione suppone un atto prescrittivo di cui è insieme effetto e un possibile significato (T9.69) e, inversamente, ogni atto prescrittivo implica, ossia ammette quale significato e produce quale effetto, almeno una norma o una situazione o uno status (T9.60). Per questo è insufficiente un approccio puramente realistico, che identifica il diritto con il solo diritto vivente, ignorando o comunque trascurando la sua base empirica, o positiva o oggettiva o vigente, sulla quale si fonda il principio di legalità; così come è insufficiente un approccio puramente normativistico, che identifica il diritto con il solo diritto

⁹ «Tutto il diritto – non solo il diritto che è, ma anche il diritto che giuridicamente deve essere – viene insomma costruito dagli uomini: i quali quindi ne portano la responsabilità per come lo producono e lo interpretano e, prima ancora, per come lo pensano, lo progettano, lo conquistano e lo difendono» (*Pil*, cap. XII, p. 849). Sul ruolo performativo nei confronti del loro oggetto svolto dalla teoria e dalla scienza giuridica, *vide* anche *Pil*, *Introduzione*, § 7, pp. 32-38 e *Pill*, pp. 39, 56, 101-104 e 608. In questo senso il diritto vivente corrisponde alla concezione realistica e pandettistica del diritto recentemente espressa da Riccardo Guastini: «[...] i testi normativi non hanno, per così dire, vita propria indipendentemente dall'interpretazione e dalla dogmatica», sicché «ciò che noi chiamiamo 'il diritto' è indistinguibile dai concetti e dalle dottrine che i giuristi usano: *apparentemente* per descriverlo a livello di metalinguaggio, *in realtà* per modellarlo. Da questo punto di vista il diritto è – in ogni tempo e luogo – semplicemente indistinguibile, avrebbe detto Giovanni Tarello, dalla 'cultura giuridica'» (R. Guastini, *Algunos aspectos de la metateoría de Principia iuris*, «Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho» 31 [2008], pp. 254-255).

¹⁰ *Pill*, cap. XIII, p. 102: «Il diritto non è mai 'naturale' ... Visto dal basso, esso è come lo fanno, lo vogliono e lo pensano i giudici e gli operatori giuridici, che in base ad esso nominano e leggono i fatti giuridicamente: è questo il senso del realismo giuridico. Ma come i giudici e gli altri operatori fanno legittimamente il diritto dipende da come il diritto è visto dall'alto, dal punto di vista delle norme, cioè da come lo fanno e lo vogliono i legislatori: è questo il senso del normativismo giuridico. Il punto di vista realistico è quello, sociologico, del diritto come è. Il punto di vista normativistico è quello, deontico, del diritto come deve essere».

vigente, ignorando o comunque trascurando il ruolo performativo della scienza giuridica e della giurisprudenza sul quale si fonda, di fatto, l'intera vita del diritto. Questa necessaria ambivalenza del diritto positivo dipende infatti dalla sua natura interamente linguistica. Il diritto, come ho scritto più volte, è un mondo di segni e di significati. E segni e significati, ripeto, sono tra loro in una relazione di implicazione reciproca, non dandosi alcun segno senza almeno un significato ad esso associabile da un interprete, né alcun significato senza il segno oggetto di interpretazione ¹¹.

Ebbene, possiamo ben dire che una netta distinzione tra diritto vigente e diritto vivente nel senso qui precisato non era operabile nel diritto premoderno, che era di tipo prevalentemente sapienziale, giurisprudenziale e dottrinario e nel quale perciò gli enunciati normativi vigenti avevano lo scarso spazio occupato dai contingenti interventi di tipo statutario. La distinzione è il frutto della modernità, cioè dell'affermazione del principio di legalità e del monopolio statale della produzione giuridica, grazie alla quale tutto il diritto è venuto costituendosi come un dato empirico oggettivo, identificandosi con il discorso del legislatore, cioè con i testi normativi da lui prodotti. Solo da allora si può parlare del diritto come di un diritto interamente «positivo», o «vigente» o «esistente» ¹². D'altro canto, con l'introduzione delle costituzioni è diventato diritto vigente o positivo anche l'insieme dei diritti e dei principi di giustizia in esse stipulati e sopraordinati, grazie alla loro rigidità, a tutto il diritto positivo. Si è così formato un *diritto costituzionale vigente*, sulla cui base si è sviluppato un *diritto costituzionale vivente* che include anche l'interpretazione e l'argomentazione sui suoi principi. Ma il riferimento oggettivo costituito dal diritto costituzionale vigente non può essere trascurato senza minare il carattere normativo delle costituzioni; se non altro perché il diritto costituzionale vivente è per sua natura mutevole e talora contraddittorio e quindi dotato della sola forza vincolante che è propria dei precedenti. Ciò che comunque si presuppone, anche per parlare del diritto vivente, è il diritto oggettivo o vigente, formato dagli enunciati normativi che preesistono a qualunque loro interpretazione ¹³.



¹¹ *PiI*, § 4.1, pp. 216-219, dove «segno» è definito dalla D4.1 come *tutto ciò di cui si dia almeno un significato* – $(x)(SEGx \equiv (\exists y)SIGyx)$ – sicché ogni segno (in funzione precettiva) ammette *almeno un* significato prescrittivo (ossia un'interpretazione) (T4.1) e ogni significato (o interpretazione) rimanda sempre a qualcosa che ne è segno (T4.2).

¹² «Vigore» e «vigente», del resto, sono stati da me predicati non dei significati, cioè delle norme, ma degli atti normativi e, più in generale, di tutti gli atti formali (*PiI*, § 9.9, p. 527, D9.16).

¹³ Possiamo dire, con riferimento per esempio all'ordinamento italiano, che la Corte di cassazione, cioè la giurisdizione di legittimità, censura il diritto vivente lasciando intatto il diritto vigente. La Corte costituzionale, in quanto giurisdizione di legittimità costituzionale delle leggi, censura invece il diritto vigente, annullando le leggi per contrasto con le norme costituzionali viventi. La prima interviene sui significati, e cioè sul linguaggio del diritto, ovvero sulla validità dell'uso dei segni legislativi da parte dei giudici di merito.

16.

GLI AUTORI

Italo Birocchi

Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi «La Sapienza» di Roma.

Gaetano Carcaterra

Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi «La Sapienza» di Roma.

Amedeo Giovanni Conte

Professore emerito di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Pavia, accademico dei Lincei.

Paolo Di Lucia

Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Milano.

Luigi Ferrajoli

Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Roma Tre.

Aurelio Gentili

Professore ordinario di Istituzioni di diritto privato presso l'Università degli Studi di Roma Tre.

Riccardo Guastini

Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Genova.

Claudio Luzzati

Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Milano.

Anna Pintore

Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Cagliari.

Pier Paolo Portinaro

Professore ordinario di Filosofia politica presso l'Università degli Studi di Torino.

Luis Prieto Sanchís

Catedrático di Filosofia del diritto presso la Universidad de Castilla la Mancha.

Adrián Rentería Díaz

Professore associato di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi dell'Insubria, Como.

Francesco Riccobono

Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi «Federico II» di Napoli.