

Prefazione
Non sola auctoritas facit legem.
Il costituzionalismo logico di Luigi Ferrajoli
di Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel

[La] Dottrina pura del diritto non vuole essere considerata come un'esposizione di risultati definitivi, bensì come un'impresa che necessita di essere ulteriormente sviluppata per mezzo di aggiunte e miglioramenti. Lo scopo di questa impresa sarà conseguito se altre persone [...] la riterranno degna di tale ulteriore sviluppo.

HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960

1. *Un superamento e un compimento della teoria pura del diritto*

Il nome di Hans Kelsen (Praga, 1881-Orinda, presso Berkeley, 1973) è legato indissolubilmente a quella “teoria pura del diritto” che egli presentò a Vienna nel 1934 nel volume *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, e che seguì a rielaborare, anche dopo il trasferimento negli Stati Uniti, dapprima nella *General Theory of Law and State* del 1945 (che egli per un certo tempo reputò la versione definitiva della propria teoria)¹, e successivamente, nella seconda e più corposa edizione in lingua tedesca della *Reine Rechtslehre*, pubblicata nel 1960².

¹ Cfr. J.L. KUNZ, *La teoría pura del derecho. Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, Imprenta Universitaria, México, 1948; nuova edizione: Ediciones Coyoacán, México, 2010, p. 29.

² Entrambe le edizioni in lingua tedesca della teoria pura del diritto (quella del 1934

La teoria pura di Kelsen è stata la teoria del diritto più influente in Europa nella seconda metà del XX secolo e rimane ancora oggi un punto di riferimento imprescindibile per la riflessione filosofica e teorica sul diritto³.

Una dimostrazione della permanente attualità di essa è costituita dall'ampio dibattito che è stato suscitato dal volume *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* (Laterza, Roma-Bari, 2016), nel quale il filosofo del diritto Luigi Ferrajoli muove a Kelsen dieci fondamentali obiezioni su altrettante "aporie" o incongruenze da lui rilevate nella teoria pura del diritto.

L'esistenza di queste dieci aporie non costituisce per Ferrajoli una ragione sufficiente per abbandonare la teoria pura del diritto di Kelsen. Al contrario, è proprio da essa che egli muove per costruire la propria "teoria assiomaticizzata del diritto": nella teoria assiomaticizzata, attraverso il superamento delle aporie kelseniane, Ferrajoli da un lato intende portare a compimento il progetto metateorico dello stesso Kelsen, dall'altro lato intende fornire un modello teorico che egli ritiene più adeguato a rendere conto della specifica struttura dei moderni stati costituzionali di diritto.

Un tratto caratteristico dell'atteggiamento metodologico e filosofico di Ferrajoli è il suo costante desiderio di confrontarsi con colleghi e studiosi sui risultati della propria ricerca. È proprio da questo atteggiamento che nasce il presente volume *Il dover essere del diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*: esso raccoglie venticinque contributi di altrettanti studiosi che si sono confrontati criticamente con Ferrajoli tanto sulla sua lettura della teoria pura del diritto, quanto su quei concetti della teoria assiomaticizzata del diritto che sono stati introdotti da Ferrajoli anche per superare i limiti derivanti dalle aporie della teoria pura kelseniana⁴.

e quella del 1960) sono apparse con il titolo *Reine Rechtslehre*, ma nel 1967 l'editore Einaudi, al fine di differenziare le traduzioni delle due edizioni, ha deciso di riservare il titolo *La dottrina pura del diritto* alla traduzione della seconda edizione curata da Mario G. Losano nel 1966, e di intitolare la prima edizione curata da Renato Treves nel 1951 *Lineamenti di dottrina pura del diritto*.

³In Italia la fortuna di Kelsen in Italia si deve inizialmente e principalmente ai contributi di Renato Treves e Norberto Bobbio.

⁴La prima formulazione della teoria assiomaticizzata del diritto proposta da Ferrajoli risale al volume *Teoria assiomaticizzata del diritto* (Giuffrè, Milano, 1970). Lo sviluppo più maturo e più completo della formalizzazione della teoria assiomaticizzata del diritto è costituito dai tre volumi intitolati *Principia iuris* pubblicati da Ferrajoli nel 2007 (Laterza, Roma-Bari).

2. Il paradosso della validità del diritto illegittimo

Le obiezioni più gravi mosse da Ferrajoli a Kelsen si rivolgono principalmente all'ultima fase della produzione scientifica kelseniana, nella quale Kelsen approda, secondo Ferrajoli, ad una "concezione interamente dinamica" del diritto, così come essa è presentata nella seconda edizione della *Dottrina pura* del 1960, e nella *Teoria generale delle norme* pubblicata postuma nel 1979⁵.

L'espressione usata da Ferrajoli, "concezione interamente dinamica" del diritto, può essere chiarita tenendo conto di due distinzioni kelseniane che è necessario tenere separate.

Da un lato, infatti, Kelsen distingue due *modi di descrivere il diritto*. Secondo Kelsen il diritto può essere alternamente descritto da un punto di vista *statico* (o nomostatico), in base al quale si considera il diritto in stato di quiete come un *sistema di norme* senza riguardo al processo della sua creazione e applicazione, oppure da un punto di vista *dinamico* (o nomodinamico), in base al quale si considera, invece, il diritto in movimento come un sistema di *atti di creazione e di applicazione delle norme*, ossia "nel processo attraverso il quale esso viene creato e applicato"⁶.

Dall'altro lato, Kelsen distingue due specie di *sistemi di norme*: i sistemi *statici* (esemplificati dagli ordinamenti morali e dal diritto naturale) e i sistemi *dinamici* (di cui sono, invece, esemplificazione gli ordinamenti giuridici positivi). Questa distinzione riflette due differenti principi in base ai quali, all'interno del sistema, le norme possono essere derivate a partire da una norma fondamentale: nel caso dei sistemi statici la derivazione è *diretta*, per *deduzione* (per il *principio di staticità* una norma appartiene al sistema se e soltanto se essa può essere dedotta dalla norma fondamentale attraverso un'operazione meramente intellettuale); nel caso dei sistemi dinamici, invece, la derivazione è *indiretta*, per *produzione* (per il *principio di dinamicità* una norma appartiene al sistema non in virtù di un'operazione meramente intellettuale di tipo deduttivo,

⁵ *Infra*, L. FERRAJOLI, *Logica del diritto, metodo assiomatico e garantismo. A partire da Kelsen*, in L. FERRAJOLI ET AL., *Il dover essere del diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*, Giappichelli, Torino, p. 5.

⁶ H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane*, Quodlibet, Macerata, pp. 51-52. Sulla complementarità tra nomostatica e nomodinamica, cfr. A.G. CONTE, *Nomostatica e nomodinamica*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, Utet, vol. XI, 1965, pp. 321-333 (ora in A.G. CONTE, *Filosofia dell'ordinamento normativo*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 323-335).

ma soltanto in virtù di un atto di produzione da parte di un'autorità delegata dalla norma fondamentale).

In base al principio di positività del diritto, che contraddistingue il positivismo giuridico (in cui si riconoscono tanto Kelsen quanto Ferrajoli), gli ordinamenti giuridici sono sistemi normativi *essenzialmente dinamici*, nei quali le norme vengono ad esistenza in virtù di atti di produzione (di posizione) delle autorità delegate dalla norma fondamentale.

Se, tuttavia, si intende la positività dei sistemi giuridici in termini *esclusivamente* dinamici, come secondo Ferrajoli fa Kelsen, in particolare nei suoi ultimi scritti, si incorre per Ferrajoli in un paradosso inaccettabile: il paradosso per il quale una norma di grado inferiore (per esempio, una sentenza o una legge) il cui contenuto contraddica esplicitamente una norma di grado superiore (rispettivamente, una legge o una norma della costituzione) risulta essere esistente e valida nell'ordinamento, al pari di tutte le altre norme, per il solo fatto che essa è stata posta da un'autorità delegata dalla norma fondamentale.

In altri termini, il fatto che il contenuto di una norma di grado inferiore sia logicamente incompatibile con il contenuto di una norma di grado superiore non comporterebbe alcuna conseguenza sul piano dell'esistenza e della validità della norma di grado inferiore: quella norma fa parte del diritto al pari di tutte le altre.

3. I difetti della "concezione interamente dinamica" del diritto di Kelsen secondo Ferrajoli

Il paradosso per il quale una norma di grado inferiore risulta essere esistente e valida nell'ordinamento al pari di tutte le altre norme anche quando il suo contenuto contraddica esplicitamente una norma di grado superiore è connesso, secondo Ferrajoli, a quelle che egli considera le due più gravi aporie della teoria pura del diritto: l'identificazione della validità delle norme giuridiche con la loro esistenza (la *quarta aporia* individuata da Ferrajoli) e la negazione dell'applicabilità della logica al diritto (la *settima aporia* individuata da Ferrajoli).

L'identificazione della validità delle norme giuridiche con la loro esistenza (ossia, nella lettura di Ferrajoli, con l'esistenza e con la validità meramente formale degli atti normativi attraverso cui le norme sono prodotte) porta Kelsen a privilegiare, nell'indagine della validità giuridica, il punto di vista nomodinamico, e con esso la dimensione

pragmatica della validità degli atti linguistici di creazione e di applicazione del diritto. A questo privilegiamento corrisponde, secondo Ferrajoli, il disconoscimento della dimensione *semantica* del *contenuto* delle norme prodotte attraverso quegli atti, contenuto che costituisce invece oggetto dell'indagine del diritto compiuta dal punto di vista nomostatico.

Nell'identificazione della validità delle norme giuridiche con la loro esistenza (tesi fermamente sostenuta da Kelsen in tutte le sue opere) è implicita, secondo Ferrajoli, anche l'altra grave aporia kelseniana, che consiste nella negazione dell'applicabilità della logica al diritto: l'eventuale relazione logica di contraddittorietà tra la norma di grado inferiore e la norma di grado superiore non interferisce in alcun modo, secondo Kelsen, con l'esistenza e la validità di una norma che sia stata posta da un'autorità delegata dalla norma fondamentale. Kelsen, in realtà, giunge a formulare esplicitamente questa seconda tesi soltanto negli scritti posteriori alla seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960), nella quale egli sosteneva ancora, invece, l'applicabilità, seppure in via indiretta, dei principi logici alle norme giuridiche⁷.

4. *La teoria pura del diritto e lo spirito del positivismo giuridico*

La formulazione esplicita, da parte di Kelsen, della tesi della inapplicabilità della logica al diritto, connessa alla concezione interamente dinamica del diritto, appare a Ferrajoli in aperta contraddizione con quello che sembrava essere un elemento costitutivo del progetto teorico originario di Kelsen.

La contraddizione, evidenziata da Ferrajoli, tra la concezione interamente dinamica propria dell'ultimo Kelsen e il progetto teorico originario della teoria pura del diritto appare evidente se si prende in esame, per esempio, un'opera di Kelsen risalente al 1928: *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*. In questo saggio, Kelsen aveva affermato, infatti, che "positivismo significa che *soltanto* ciò che è creato mediante un procedimento costituzionale è diritto

⁷ Per una ricostruzione della riflessione kelseniana sui rapporti tra diritto e logica cfr. A.G. CONTE, *In margine all'ultimo Kelsen*, in *Studia ghisleriana*, serie I, 4 (1967), pp. 113-125 (ora in A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 17-30).

to, ma non che *tutto* ciò che è creato in questo determinato modo debba essere accettato come diritto”⁸.

Secondo il Kelsen del 1928, dunque, il principio di dinamicità che contraddistingue i sistemi normativi di diritto *positivo* incontra dei limiti, tra i quali egli menziona espressamente il principio logico di non contraddizione, allora concepito da Kelsen come una condizione trascendentale di concepibilità del diritto positivo facente parte del contenuto stesso della norma fondamentale. Scrive infatti Kelsen:

La norma fondamentale non significa soltanto che deve essere diritto [*Recht*] ciò che questa autorità [la suprema autorità creatrice del diritto] statuisce e per il fatto che essa lo statuisce, e che dunque null'altro possa essere diritto oltre a ciò che essa statuisce. Essa contiene anche la correlata garanzia che ciò è stato prodotto in questo modo possa essere compreso come dotato di senso [*sinnvoll*]. [...] La norma fondamentale stabilisce che quando si verificano certe condizioni determinate o da determinare, è posta come dovuta una conseguenza determinata o da determinare. Così facendo essa stabilisce anche che, quando si verificano le stesse condizioni, questa conseguenza non sia posta allo stesso tempo come non dovuta. Ciò in quanto nel concetto di legge [*Gesetz*] deve essere presupposto anche il principio di contraddizione, perché senza di esso verrebbe meno l'idea stessa di legalità [*Gesetzlichkeit*]⁹.

Come si evince dall'ultima frase di Kelsen, l'applicazione del principio logico di non contraddizione è una condizione essenziale per poter determinare che cosa sia “legale”, ossia conforme alla legge e, correlativamente, che cosa sia “non-legale”, ossia non conforme alla legge. Ed è

⁸H. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, Heise, Berlin, 1928, p. 24. Cfr. anche T. MAZZARESE, *Logica deontica e linguaggio giuridico*, CEDAM, Padova, 1989, p. 116 ss.

⁹H. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, cit., p. 25. Questa osservazione di Kelsen secondo la quale il principio di non contraddizione è presupposto nel concetto di “legge” (*Gesetz*), e correlativamente nel concetto di “legalità” (*Gesetzlichkeit*), riguarda non soltanto la legge giuridica (*Rechtsgesetz*), ma anche la legge di natura (*Naturgesetz*). Con il concetto di legge, nel quale deve essere presupposto il principio di contraddizione, Kelsen fa riferimento, in generale, alla connessione specificamente funzionale tra un fatto condizionante e una conseguenza condizionata (se *A*, allora *B*); nel caso della legge di natura la forma della connessione dei fatti è la causalità, nel caso della legge giuridica la forma della connessione dei fatti è l'imputazione, “in cui la teoria pura del diritto ravvisa la speciale struttura del diritto” (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, p. 63). In entrambi i casi è solo presupponendo il principio di non contraddizione che si può dire che un fatto sia “conforme ad una legge”.

dunque soltanto attraverso l'applicazione del principio di non contraddizione che si può dire che la produzione di una sentenza che abbia un contenuto contraddittorio rispetto alla legge di cui essa è applicazione, o la produzione di una legge che abbia un contenuto contraddittorio rispetto a una norma costituzionale (che, per esempio, sancisce un determinato diritto fondamentale), sono atti non conformi alla legge.

Come già notava Kelsen nel 1928, non sempre negli ordinamenti giuridici positivi, le norme di grado superiore si limitano a dettare le *forme* in cui può essere prodotto il diritto tramite le leggi e le sentenze: in molti casi, le norme di grado superiore determinano in maniera più o meno ampia quale debba essere il *contenuto* delle norme che possono o devono essere prodotte. Se, tuttavia, nello stato legislativo di diritto la determinazione del contenuto della norma di grado inferiore da parte della norma di grado superiore risulta evidente principalmente nel rapporto tra legislazione e giurisdizione (a chi abbia commesso un reato il giudice può e deve irrogare soltanto la sanzione prevista dalla legge)¹⁰, il fatto che il legislatore stesso debba produrre determinati contenuti legislativi e non altri è una caratteristica distintiva, secondo Ferrajoli, dello stato costituzionale di diritto. Le moderne costituzioni rigide che statuiscono determinati diritti fondamentali, determinano almeno parzialmente, in negativo o in positivo, il contenuto delle norme che possono e devono essere create dal legislatore, e stabiliscono così dei limiti specifici all'attività legislativa¹¹.

Una teoria del diritto che voglia rendere conto della struttura giuridica dei moderni stati costituzionali di diritto deve dunque necessa-

¹⁰ La costituzione stabilisce dei limiti in negativo all'attività del legislatore quando sancisce, per esempio, dei *diritti di libertà*, in virtù dei quali risulterebbero illegittime, perché indebitamente prodotte, eventuali leggi ordinarie che istituiscano un divieto che rispetto a quei diritti risulti contraddittorio; essa stabilisce dei limiti in positivo quando sancisce, invece, dei *diritti sociali*, in virtù dei quali risulterebbero indebitamente non prodotte (perché da quei diritti implicate) le norme di attuazione che istituiscano le corrispondenti garanzie primarie (cfr. L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., p. 55). Per esplicitare le relazioni logiche che sussistono tra diritti costituzionalmente garantiti e norme di attuazione che istituiscano le garanzie primarie corrispondenti, Ferrajoli introduce, nella propria teoria del diritto formulata in *Principia iuris*, accanto alle figure deontiche attive (permisioni positive, permisioni negative, facoltà, divieti, obblighi, imperativi), le figure deontiche passive (aspettative positive e aspettative negative) (cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 151, e *infra*, *Logica del diritto, metodo assiomatico e garantismo, passim*).

¹¹ H. KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, cit., p. 20.

riamente, secondo Ferrajoli, affermare l'applicabilità del principio logico di non contraddizione al diritto, in particolare nei rapporti tra norme di grado diverso.

5. *Il principio di non contraddizione: un primo aspetto del dover essere del diritto*

Ma in che senso, per Ferrajoli, il principio logico di non contraddizione si “applica” al diritto e, in particolare, si “applica” a norme di grado diverso?

Cercheremo di rispondere a questa domanda proponendo una possibile chiave di lettura incentrata sulla nozione di “dover essere del diritto”, una nozione centrale che contraddistingue in modo specifico la prospettiva teorica di Ferrajoli rispetto a quella di Kelsen.

Nel 1960, come si è detto, Kelsen aveva sostenuto che il principio di non contraddizione, quantunque sia applicabile in modo diretto soltanto a enunciati veri o falsi (apofantici), fosse però *indirettamente* applicabile anche alle norme giuridiche. La convinzione di Kelsen era che l'applicazione del principio di non contraddizione alle norme giuridiche fosse possibile *indirettamente* nella misura in cui quel principio è applicabile agli enunciati veri o falsi che asseriscono l'esistenza e la validità delle norme giuridiche. Il senso dell'applicazione indiretta, per il Kelsen del 1960, è molto chiaro: di due norme confliggenti non è possibile asserire veridicamente che siano entrambe *valide*.

In un saggio pubblicato nello stesso anno della seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*, Kelsen scriveva:

Due enunciati, uno dei quali asserisca la validità di una norma che prescrive agli uomini un dato comportamento, mentre l'altro asserisca la validità di una norma che prescrive agli uomini un comportamento opposto, si contraddicono tra loro. [...] Se uno di essi è vero, l'altro deve essere falso. In tal caso, di due norme confliggenti possiamo dire che si “contraddicono” tra loro. Di conseguenza, due norme confliggenti non possono essere considerate entrambe valide¹².

¹²H. KELSEN, *Che cos'è la teoria pura del diritto?*, in H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Il Saggiatore, Milano, 1981, pp. 178-188 (qui pp. 180-181).

A partire dal 1962, Kelsen ritratta apertamente la tesi dell'applicabilità indiretta del principio di non contraddizione, sulla base del seguente argomento: se la validità di una norma giuridica coincide con la sua esistenza, e se l'esistenza di quella norma dipende *esclusivamente* dal principio di dinamicità (una norma appartiene al sistema soltanto in virtù dell'atto di produzione compiuto da una autorità delegata dalla norma fondamentale, indipendentemente dal suo contenuto), allora il principio di non contraddizione non si applica alle norme giuridiche né direttamente né indirettamente¹³.

L'argomento di Kelsen è però, secondo Ferrajoli, fallace, in quanto si fonda sulla fallace identificazione di esistenza e validità di una norma giuridica.

È vero, infatti, che il principio logico di non contraddizione non può interferire con la dimensione *pragmatica* dell'*esistenza* e della *validità formale* dell'atto di normazione, e come tale, esso non può determinare di per sé stesso l'inesistenza di un atto di normazione che non doveva essere compiuto ma è stato invece compiuto. Ma è proprio per questo motivo che è indispensabile, secondo Ferrajoli, distinguere l'*esistenza* e la *validità formale* dell'atto di normazione che produce una norma giuridica dalla *validità sostanziale* della norma da esso prodotta.

Se, infatti, il principio di non contraddizione non può determinare immediatamente l'*inesistenza* di un atto di normazione che è stato effettivamente compiuto in maniera formalmente valida, esso consente, tuttavia, secondo Ferrajoli, di rendere conoscibile l'*invalidità sostanziale*, in quanto norma illegittima, della norma prodotta da quell'atto qualora il contenuto semantico di quella norma sia in contraddizione con il contenuto semantico di una norma sovraordinata. In altri termini, il principio di non contraddizione, che non si applica, sul piano *pragmatico*, all'*esistenza* e alla *validità formale* dell'atto di normazione, si applica, sul piano *semantico*, al *contenuto* e alla *validità sostanziale* delle norme¹⁴.

¹³ Cfr. H. KELSEN, *La derogazione*, in H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo*, cit., pp. 189-204 (in particolare p. 200); *Diritto e logica*, in H. KELSEN, *Problemi di teoria del diritto*, il Mulino, Bologna, 1980, 173-195; *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985.

¹⁴ È in questo senso che, secondo Ferrajoli, si può affermare l'applicabilità del principio logico di non contraddizione alle norme; soltanto grazie ad esso si può affermare, per esempio, che "è escluso che 'un comportamento permesso (o proibito) da norme superiori sia proibito (o permesso) da norme alle prime di livello subordinato'" (L. FERRAJOLI, *La logica del diritto e il ruolo della teoria del diritto*, in F. RICCOBONO, F. ROMEO, *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, Napoli, pp. 133-158, qui p. 153).

Tuttavia, una norma che pure è *invalida* sul piano sostanziale in ragione del proprio contenuto contraddittorio rispetto a una norma ad essa sovraordinata, non è per ciò stesso una norma *inesistente*. Il venire ad esistenza di norme che sono *invalidate*, dal punto di vista sostanziale, in ragione del loro contenuto è sempre possibile in un ordinamento giuridico in virtù del principio di positività e della validità formale dell'atto che le produce. Ciò che, però, Ferrajoli mette in evidenza è che la produzione di queste norme costituisce una violazione del "dover essere del diritto", e produce ciò che egli chiama "diritto illegittimo".

Il principio di non contraddizione, attraverso il quale soltanto si possono individuare le incoerenze dell'ordinamento (ossia l'esistenza di norme che non dovrebbero esistere in virtù del loro contenuto contraddittorio rispetto alle norme ad esse sovraordinate), consente così, secondo Ferrajoli, di determinare un primo aspetto della nozione di "dover essere del diritto": questo primo aspetto consiste nella *coerenza* del diritto rispetto a sé stesso, in particolare nei rapporti di contenuto tra norme di grado superiore e norme di grado inferiore.

6. *Dal principio di non contraddizione al principio di implicazione: un secondo aspetto del dover essere del diritto*

Il dover essere del diritto non riguarda, tuttavia, soltanto la *coerenza* del diritto, ma anche la sua *completezza*¹⁵. L'applicazione della logica al diritto consente non soltanto di rendere riconoscibili, attraverso il principio di non contraddizione, le incoerenze che illegittimamente vengono prodotte in un ordinamento, ma consente anche di rendere riconoscibili, attraverso il principio di implicazione, le lacune di quell'ordinamento, ossia l'assenza in quell'ordinamento di norme che, in virtù del contenuto delle norme di grado superiore, devono essere prodotte ma non sono state prodotte.

¹⁵ Il problema della completezza del diritto evidenziato da Ferrajoli non coincide con il tradizionale problema della completezza del diritto indagato dalla teoria dell'ordinamento giuridico, ove per completezza s'intende, come scrive Bobbio, "la proprietà per cui un ordinamento giuridico ha una norma per regolare qualsiasi caso" (N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 237). Incidentalmente, il problema di completezza evidenziato da Ferrajoli non potrebbe essere risolto né ricorrendo alla tesi dello spazio giuridico vuoto, né ricorrendo alla tesi della norma generale esclusiva quale norma implicita di chiusura dell'ordinamento.

Le lacune costituiscono diritto illegittimo per Ferrajoli non “per commissione” ma “per omissione”: per l’omissione, per esempio, da parte del legislatore ordinario di produrre le norme di attuazione di diritti sociali sanciti dalla costituzione, come per esempio il diritto alla salute¹⁶.

Anche il principio logico di implicazione, così come il principio logico di non contraddizione, investe non la dimensione *pragmatica* dell’esistenza e della validità formale degli atti di normazione, ma la dimensione *semantica* del contenuto delle norme. Come tale, il principio logico di implicazione non può determinare di per sé l’esistenza di un atto normativo che doveva essere compiuto ma non è stato compiuto. Esso consente, però, di riconoscere il fatto che sul grado inferiore dell’ordinamento mancano quelle norme che istituiscono gli obblighi o i divieti implicati dalle norme di grado superiore che stabiliscono aspettative di commissione o di omissione di un comportamento.

È in questo senso che il principio di implicazione consente di determinare un secondo e ulteriore aspetto del dover essere del diritto. Questo secondo aspetto del dover essere del diritto consiste nella *conseguenzialità* del diritto rispetto a sé stesso: ove una norma di grado superiore stabilisca che un determinato diritto deve essere garantito, e istituisca in tal modo l’aspettativa della commissione o della omissione dei comportamenti che consentano l’attuazione di quel diritto, il legislatore è tenuto a produrre le norme che istituiscono gli obblighi o i divieti corrispondenti. Il principio di implicazione mostra, in altri termini, che certe norme, che non esistono di fatto nell’ordinamento in quanto non sono state prodotte, *devono* invece esistere in quanto implicate dalle norme di grado superiore.

7. La logica del diritto come logica della legislazione

Sostenere l’applicabilità alle norme giuridiche dei principi logici di non contraddizione e di implicazione non significa, per Ferrajoli, sostenere che il diritto, in virtù di questi principi, sia di per sé coerente e completo; significa piuttosto sostenere che questi principi consentono di conoscere come il diritto deve essere per essere coerente e completo, evidenziando correlativamente le eventuali incoerenze e lacune presenti nel diritto come esso di fatto è.

¹⁶Cfr. *infra*, L. FERRAJOLI, *Logica del diritto, metodo assiomatico e garantismo*, p. 19.

Coerenza e completezza del diritto, pertanto, non costituiscono, per Ferrajoli, “un dato, ma un obiettivo dell’attività di legislazione e di giurisdizione”¹⁷. Evidenziare, attraverso i principi logici di non contraddizione e di implicazione, le eventuali incoerenze e lacune di un ordinamento è, secondo Ferrajoli, un compito specifico che la teoria del diritto suggerisce (o impone) alla scienza giuridica positiva, la quale assume così un ruolo critico e progettuale, e non meramente descrittivo, rispetto al diritto vigente.

Nell’assegnare alla scienza e alla teoria del diritto questo ruolo critico e progettuale nei confronti delle incoerenze e delle lacune di un ordinamento, Ferrajoli esplicita due corollari della tesi dell’applicabilità della logica al diritto.

Il *primo corollario* può essere formulato come segue: se l’esistenza di una norma di grado inferiore che sia invalida e illegittima in ragione del contenuto contraddittorio rispetto alle norme di grado superiore costituisce una violazione del dover essere del diritto, il riconoscimento di questa violazione implica il dovere di modificare il diritto affinché esso torni ad essere conforme a come esso deve essere, attraverso l’eliminazione delle norme di grado inferiore contraddittorie.

Nell’esplicitare questo corollario, Ferrajoli istituisce un nesso tra la razionalità logica che riguarda il contenuto semantico delle norme e la razionalità pragmatica che riguarda l’attività di normazione del legislatore: in virtù del principio logico di non contraddizione, infatti, il riconoscimento della contraddittorietà tra il contenuto della norma di grado inferiore e il contenuto di una norma ad essa sovraordinata impegna l’autorità competente ad annullare o ad abrogare la norma di grado inferiore affinché il diritto torni ad essere così come deve essere.

Non è detto, tuttavia, che entro un ordinamento giuridico vi sia un organo che abbia attivamente il *dovere giuridico* di sanare tutte le violazioni del dover essere del diritto eliminando le norme che costituiscono diritto illegittimo. Questo non toglie, secondo Ferrajoli, che il dovere di ristabilire il diritto nella sua condizione di legittimità vi sia.

Il *secondo corollario* può essere invece formulato come segue: se una norma di grado superiore sancisce un diritto in forza del quale esistono l’aspettativa della commissione o della omissione dei comportamenti che consentano l’attuazione di quel diritto, e per il principio di implicazione devono conseguentemente esistere i correlativi obblighi e divieti, allora il riconoscimento di questa implicazione implica un dovere per il legisla-

¹⁷L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, p. 148.

tore: il dovere di modificare il diritto attraverso la produzione della norma implicata, affinché esso giunga ad essere conforme a come deve essere.

Anche in questo caso Ferrajoli sembra istituire un nesso tra la razionalità logica che riguarda il contenuto semantico delle norme e la razionalità pragmatica che riguarda l'attività di normazione del legislatore.

Questo duplice nesso tra razionalità logica e razionalità pragmatica dell'attività di normazione che si manifesta nei due corollari presenta una suggestiva analogia con un nesso che sussiste tra razionalità logica e razionalità cognitiva: il riconoscimento della contraddittorietà tra due proposizioni impegna ad abbandonare la credenza in almeno una delle due proposizioni, e il riconoscimento dell'implicazione tra due proposizioni impegna, qualora la prima delle due sia vera, a credere alla verità anche della seconda¹⁸.

Il principio logico di non contraddizione e il principio logico di implicazione assumono così nella teoria del diritto di Ferrajoli una valenza normativa che trascende il loro significato logico-semantico.

È per dovere di coerenza che il legislatore deve abrogare e il giudice costituzionale deve annullare le norme di grado inferiore invalide in quanto contraddicono le norme di grado superiore; è per dovere di completezza che il legislatore deve produrre le norme di grado inferiore che sono implicate dalle norme di grado superiore.

La logica del diritto assume così in Ferrajoli il senso di una "logica della legislazione"¹⁹, in virtù della quale il legislatore ha il dovere di produrre un ordinamento che sia coerente e completo.

Secondo Ferrajoli, i principi logico-formali di non contraddizione e di implicazione sono congiuntamente indispensabili per evidenziare da un lato le eventuali (ed inevitabili) incoerenze, dall'altro lato le eventuali (ed inevitabili) lacune del diritto positivo vigente rispetto al "dover essere del diritto", dover essere il cui contenuto è tuttavia deter-

¹⁸ Cfr., per esempio, J.R. SEARLE, *Razionalità in azione*, Raffaello Cortina, Milano, 2003, cap. 1.

¹⁹ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., p. 148. È questo un aspetto che avvicina almeno in parte la teoria del diritto di Ferrajoli alla riflessione sullo statuto della logica deontica del logico e filosofo finlandese Georg Henrik von Wright, che negli anni '80 del XX secolo ha reinterpretato la logica deontica come *praxeologia della legislazione*, ossia come insieme di principi che rendono possibile una legislazione razionale. Scrive von Wright "Deontic logic is neither a logic of norms nor a logic of norm-propositions, but a study of the conditions which must be satisfied in rational norm-giving activity" (G.H. VON WRIGHT, *A Pilgrim's Progress. Voyage d'un pèlerin*, in A. MERCIER-M. SVILAR (a cura di), *Philosophes critiques d'eux-mêmes*, vol. 12, P. Lang, Bern, 1985, pp. 257-294, qui alla p. 270).

minato non *ab extra* da principi di giustizia esterni all'ordinamento, ma *ab intra* dalle norme di grado superiore dell'ordinamento stesso²⁰.

8. *Due livelli del dover essere del diritto*

Nell'interpretazione della logica del diritto come logica della legislazione si intrecciano due livelli di ciò che Ferrajoli chiama il "dover essere del diritto".

Un *primo livello* è il livello *metagiuridico* del dovere *praxeologico* che riguarda l'attività di legislazione in generale²¹. Questo dovere praxeologico consiste nel dovere del legislatore di essere coerente e conseguente rispetto ai contenuti delle norme di grado superiore²².

Tuttavia, questo dovere di livello metagiuridico non determina di per sé quale sia il contenuto delle norme che il legislatore è tenuto a produrre e a eliminare. Affinché il contenuto di queste norme sia determinato è necessario che vi siano effettivamente, nell'ordinamento giuridico, delle norme di grado superiore alla legislazione che stabiliscano specifici vincoli e limiti relativi al contenuto dell'attività di legislazione. È questo il *secondo livello* del dover essere del diritto, un livello non più metagiuridico, ma propriamente *giuridico*: giuridico in quanto è positizzato nelle costituzioni rigide dei moderni stati costituzionali di diritto.

²⁰ Ferrajoli insiste sul fatto che nella sua concezione del costituzionalismo (che egli chiama costituzionalismo garantista in contrapposizione al costituzionalismo principialista) il dover essere del diritto è determinato *ab intra* attraverso la positivizzazione dei diritti fondamentali e non *ab extra* attraverso il riferimento a criteri di giustizia esterni. In questo senso egli considera il suo modello di costituzionalismo "non già un superamento, bensì un rafforzamento del positivismo giuridico" (cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 55 (2010), n. 3, pp. 2721-2816, qui p. 2781).

²¹ Dovere praxeologico è quel dovere che inerisce ad una *praxis*, in questo caso specifico alla *praxis* chiamata legislazione.

²² Il fatto che il dovere praxeologico del legislatore tematizzato da Ferrajoli riguardi norme subordinate a norme di grado ad esse superiore costituisce l'elemento differenziale della logica della legislazione di Ferrajoli rispetto alla reinterpretazione della logica deontica come praxeologia della legislazione proposta da Georg Henrik von Wright (cfr. G.H. VON WRIGHT, *Norme, verità e logica*, in "Informatica e diritto", 9 (1983), pp. 5-87, e G.H. VON WRIGHT, *Practical Reason. Philosophical Papers. Volume I.*, Cornell University Press, Ithaca (New York), 1983).

Come scrive Ferrajoli:

È in questo che consiste il costituzionalismo odierno: nella positivizzazione non più solo dell'essere, ma anche del dover essere del diritto; non più solo delle sue forme di produzione ma anche delle scelte che la sua produzione deve rispettare ed attuare²³.

Nella prospettiva di Ferrajoli, i due livelli del dover essere del diritto che abbiamo distinto sono inscindibilmente intrecciati: non v'è alcun dovere praxeologico da parte del legislatore di essere coerente e conseguente rispetto ai contenuti delle norme di grado superiore laddove non vi siano norme di grado superiore che stabiliscano vincoli e limiti di contenuto all'attività di legislazione; ma le norme di grado superiore che stabiliscono vincoli e limiti di contenuto all'attività di legislazione generano doveri per il legislatore soltanto se al diritto si applicano, nel senso che abbiamo visto, i principi di non contraddizione e di implicazione.

L'intrecciarsi da un lato del livello *metagiuridico* del dover essere del diritto, connesso con i principi logici di non contraddizione e di implicazione, e dall'altro del livello *giuridico* del dover essere del diritto, positivizzato nelle odierne costituzioni rigide, ci sembra essere l'elemento che contraddistingue il "costituzionalismo logico" di Luigi Ferrajoli²⁴.

Milano, 13 dicembre 2019

Nota editoriale

La maggior parte dei testi raccolti nel presente volume traggono spunto dalle discussioni del volume di Luigi Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, che si sono svolte in sette Università italiane tra l'aprile del 2016 e il maggio del 2017.

In particolare, il testo di Mauro Volpi è stato presentato all'Università degli Studi di Perugia l'8 aprile 2016; i testi di Mario G. Losano, di

²³ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., p. 236.

²⁴ La responsabilità scientifica della Prefazione (*Non sola auctoritas facit legem. Il costituzionalismo logico di Luigi Ferrajoli*), concepita e discussa in collaborazione tra i due autori, è così suddivisa: Paolo Di Lucia è autore dei paragrafi 1-4; Lorenzo Passerini Glazel è autore dei paragrafi 5-8.

Claudio Luzzati, di Carlo Nitsch e di Maria Zanichelli sono stati presentati all'Università degli Studi di Milano, presso la biblioteca di Politeia, il 18 maggio 2016; il testo di Pierluigi Chiassoni è stato presentato all'Università degli Studi di Torino il 18 maggio 2016; i testi di Giulio Itzcovich, di Tecla Mazzarese, di Lorenzo Passerini Glazel, di Juan Ruiz Manero e di Giovanni Tuzet sono stati presentati all'Università degli Studi di Brescia il 27 settembre 2016; i testi di Mauro Barberis, di Baldassare Pastore e di Giorgio Pino sono stati presentati all'Università degli Studi di Ferrara il 6 dicembre 2016; i testi di Luca Baccelli, di Fabrizio Mastromartino, di Sara Spuntarelli e di Francescomaria Tedesco sono stati presentati all'Università degli Studi di Camerino il 23 maggio 2017; i testi di Giovanni Bisogni, di Agostino Carrino e di Dario Ippolito sono stati presentati all'Università degli Studi di Roma Tre il 25 maggio 2017.

I testi di Nicoletta Bersier Ladavac, di Alí Lozada, di José Juan Moroso e di Antonino Scalone sono stati scritti appositamente per questo volume.

Ringraziamo ciascuno degli autori per aver inviato il proprio contributo al presente volume. Siamo grati, in particolare, a Luigi Ferrajoli per aver accettato di rispondere ai commenti dei singoli autori nelle repliche che chiudono il volume, e per aver commentato una prima versione della *Prefazione* dei curatori. Ringraziamo, inoltre, Riccardo Mazzola per il prezioso aiuto datoci nella preparazione editoriale dei testi.