

Aspetti notevoli della filosofia del diritto di Letizia Gianformaggio

GIORGIO PINO*

Presento questo mio intervento, dedicato ad alcuni aspetti notevoli della riflessione teorico-giuridica di Letizia Gianformaggio, in una forma volutamente asistemica, confortato in tal senso da una confessione un po' obliqua fatta da Letizia, e che a sua volta riprendeva uno spunto di Giovanni Tarello, su un possibile modo di praticare la riflessione filosofica, e la ricostruzione della riflessione filosofica altrui: non costruendo sistemi, grandi costruzioni intellettuali, o procedendo *more geometrico*, ma rispondendo a problemi particolari, o a stimoli culturali nuovi¹. E nella convinzione che comunque «affrontare a spizzico problemi teorici», per citare ancora Tarello², sia l'approccio appropriato al «metodo analitico in filosofia, e [alla] ricerca in genere: procedere pian piano ma, ad ogni passo, accertandosi con cura che il terreno che si è guadagnato sia solido. Pochi sono capaci di volare»³.

Questa confessione di Letizia (che, ripeto, lei riferiva a Tarello, ma è lecito sospettare intendesse obliquamente riferire anche a sé stessa) io sfrutterò qui in due modi: per un verso, non cercherò di interpretare il pensiero di Letizia Gianformaggio come lo sviluppo di un insieme di assiomi, né tanto meno come inserito coerentemente in un qualche sistema filosofico-giuridico – cercherò anzi di mostrare esattamente il contrario; e per altro verso, la ricostruzione che farò sarà alquanto soggettiva, guidata dai miei personali interessi filosofico-giuridici – interessi che hanno sempre trovato e tuttora trovano, nelle opere di Letizia, abbondante nutrimento.

Mi occuperò dunque: di un peculiare aspetto dello stile di analisi filosofica e filosofico-giuridica di Gianformaggio (§ 1); di alcune tesi generali sul concetto di diritto che emergono dalle opere di Gianformaggio (§ 2); dell'atteggiamento di Gianformaggio (l'atteggiamento suo proprio, e l'atteggiamento che raccomanda di tenere) nei confronti del diritto come concreta pratica istituzionale, come fenomeno sociale effettivo, atteggiamento che etichetterò come “anti-legalismo etico”, o “anti-positivismo ideologico”⁴ (§ 3).

Ho detto che non mi interessa ricondurre la produzione filosofico-giuridica di Letizia Gianformaggio ad un “sistema”. Ma ciò non vuol dire, ovviamente, negare che i vari aspetti su cui

* Professore associato di Filosofia del diritto, Università di Palermo | email: giorgio.pino@unipa.it | www1.unipa.it/gpino

¹ L. GIANFORMAGGIO, *Dalla semantica all'interpretazione dei precetti*, in S. CASTIGNONE (a cura di), *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea*, Bologna, 1989, p. 48, nt. 1, dove si fa riferimento a questo passo in cui Tarello, dopo aver ridicolizzato la tendenza degli storici della filosofia di indirizzo idealistico «a concepire la filosofia come sistema, ed il pensiero di ogni filosofo del passato come un sistema (o per lo meno come inserito in un sistema)», con gli sforzi, e le forzature, che ne conseguono per rendere il pensiero di ogni filosofo coerente con sé stesso o con il sistema in cui è inserito, afferma che «molti storici della filosofia (o, come sovente questi preferiscono chiamarsi, storici della cultura), lavorano sull'ipotesi che singole opere o singole affermazioni o tesi di pensatori possano essere meglio comprese come risposte a problemi o a stimoli concreti che come parti di un sistema coerente; [...] che la coerenza non è necessariamente un pregio maggiore che, ad esempio, la pronta risposta ad uno stimolo culturale nuovo» (G. TARELLO, *Diritto enunciati usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 441-442).

² TARELLO, *Diritto enunciati usi*, cit., p. 442.

³ L. GIANFORMAGGIO, *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica ovvero i giuristi presi sul serio*, in F. GENTILE (a cura di), *Interpretazione e decisione. Diritto ed economia*, Milano, 1989, p. 119.

⁴ Dove gli aggettivi “etico” e “ideologico” vanno rispettivamente riferiti ai sostantivi “legalismo” e “positivismo”, non al prefisso “anti-”.

concentrerò la mia attenzione siano tra loro collegati: come avremo modo di vedere, peraltro, se “sistema” è un concetto verso il quale Letizia sembra nutrire un interesse piuttosto limitato (sia nel senso di sistema *filosofico*, sia nel senso di sistema *giuridico*), tutt’al contrario una delle ideaguida della filosofia del diritto di Letizia è proprio quella di “coerenza”.

1. Lo stile di Letizia Gianformaggio

Un primo aspetto notevole del pensiero filosofico-giuridico di Letizia Gianformaggio è, per così dire, il suo stile di analisi filosofica. È uno stile che rifugge quasi programmaticamente dal giurare assoluta e incondizionata fedeltà a qualcuna delle grandi “correnti” della filosofia del diritto (le «impacciante preoccupazioni di ortodossia»⁵). Certo, Letizia Gianformaggio aveva una solida formazione nel campo del positivismo giuridico e della filosofia analitica, e la rivendicava⁶. Tuttavia, non concepiva il suo lavoro come lo sviluppo rigoroso di un sistema preconstituito, né tantomeno era disposta a lasciare che gli strumenti filosofici si trasformassero in gabbie, o in feticci⁷. Non che per lei non avesse senso proclamarsi giuspositivista (o normativista, o filosofa analitica): semplicemente, riteneva che queste “appartenenze” (ma meglio sarebbe dire: percorsi di formazione) non dovessero fare velo a quanto di utile, di filosoficamente fecondo si potesse ricavare da correnti diverse.

Così, pur da giuspositivista, Gianformaggio non esita a denunciare i limiti di quella tradizione di ricerca, e a segnalare i meriti che invece risiedono nella contrapposta tradizione del giusnaturalismo. Limiti e meriti che consistono principalmente in questo: il positivismo giuridico è una tradizione di ricerca fondamentalmente “monista”, in quanto si concentra solo sul diritto *che è*, sul diritto come fatto, sul diritto che esiste (in quanto diritto *già* prodotto); di contro, osserva Gianformaggio, il giusnaturalismo è una tradizione di ricerca dualista, che guarda al diritto sia come fatto (il diritto positivo), sia come valore (il diritto naturale)⁸. E questa attenzione esclusiva del positivismo giuridico al solo diritto “fatto”, “prodotto”, anziché anche al *farsi* del diritto, ai processi e agli argomenti che guidano la produzione del diritto (ai modi in cui il diritto positivo diventa come deve essere, e ai modi in cui il diritto che deve essere, il diritto giusto, diventa diritto positivo⁹), questo secondo Gianformaggio fa del giuspositivismo una teoria non solo monista, ma anche «dimezzata»¹⁰ (ritornerò più ampiamente su questo punto tra poco, § 2).

Parimenti, pur da normativista, Gianformaggio ha prestato costante attenzione alla dimensione *fattuale* del diritto. Per Gianformaggio infatti la dimensione fattuale del diritto non si riduce alla sola “positività” intesa come la produzione di diritto nelle forme e procedure autorizzate da una norma giuridica (questa sarebbe, in effetti, una buona definizione di normativismo)¹¹, ma si allarga a ricomprendere, come costitutive del fenomeno giuridico, le prassi

⁵ L. GIANFORMAGGIO, *Realismi giuridici italiani*, in «Analisi e diritto», 1991, p. 176 (riferendosi a Luigi Ferrajoli appunto come esempio di filosofo del diritto assolutamente libero da simili preoccupazioni).

⁶ L. GIANFORMAGGIO, in «Doxa», 1984, 1, p. 99, per il riferimento alla sua adesione al positivismo giuridico e alla filosofia analitica (si tratta di un contributo, senza titolo, dedicato alla presentazione del proprio itinerario formativo nella ricerca scientifica); v. anche *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi* (1985), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICHIOTTI e V. VELLUZZI, Torino, 2008, p. 176, nt. 7, per il riferimento alla sua adesione al normativismo.

⁷ V. anche *infra*, nt. 13 e testo corrispondente.

⁸ L. GIANFORMAGGIO, *Per una definizione del diritto naturale* (1987), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., pp. 44-45.

⁹ L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., p. 34.

¹⁰ L. GIANFORMAGGIO, *Per una definizione del diritto naturale*, cit., p. 45; v. anche *Realismi giuridici italiani*, cit., p. 175.

¹¹ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit., p. 176, nt. 7, dove questa è considerata la «differenza specifica della giuridicità». Analoga

degli organi, le attività di riconoscimento da parte di funzionari e di giuristi, gli atti di esercizio di poteri normativi anche non formalmente attribuiti, ma pian piano esercitati o reclamati da un organo in via di fatto (si pensi, ad esempio, alla competenza autoattribuitasi dalla Corte costituzionale a sindacare le leggi costituzionali e di revisione costituzionale)¹².

Un'altra manifestazione di questo stesso atteggiamento spiccatamente problematico (cioè, critico) da parte di Gianformaggio emerge, ritengo, non solo riguardo alla sua collocazione nell'ambito delle "grandi correnti", ma anche in merito a questioni più specifiche: intendo dire che se Gianformaggio non era disposta a giurare assoluta fedeltà a qualche sistema o modello generale filosofico-giuridico (il positivismo giuridico, il normativismo kelseniano, ecc.), tanto meno era incline a riutilizzare tralattivamente distinzioni e schemi concettuali ampiamente diffusi tra i giuristi e i filosofi del diritto: anzi, il suo atteggiamento era più spesso quello di criticare una certa distinzione concettuale o in quanto infondata (e magari *anche* ideologicamente compromessa), o in quanto questione solo di grado e non di sostanza, o infine in quanto questione solo di parole. Mi piace a questo proposito ricordare un brano molto eloquente, che condensa in poche parole quanto sto dicendo su questo aspetto (il suo stile) di riflessione filosofico-giuridica: lì Gianformaggio, a proposito delle categorie dell'essere e del dover essere e della stessa tesi della separazione tra diritto e morale (ma ritengo che il punto possa essere generalizzato a tutti gli strumenti teorici), dice che questi sono «dei meri strumenti; e gli strumenti vanno usati, non trasformati in feticci, né si deve da essi farsi prendere la mano»¹³.

Così, come esempio di distinzione ampiamente usata dalla cultura giuridica, ma sottoposta da Gianformaggio a dissoluzione analitica, vi è il caso della distinzione tra eguaglianza formale e sostanziale, distinzione che, nelle varie accezioni in cui circola nella cultura giuridica, Gianformaggio ritiene teoreticamente insostenibile (e talvolta *anche* ideologicamente compromessa)¹⁴.

Come esempio di distinzioni asseritamente concettuali o categoriali, ma che sono in realtà questioni di grado¹⁵, Gianformaggio indica la distinzione tra analogia, interpretazione estensiva, e

espressione ricorre in *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, cit., p. 35, riferita al potere giuridico – il che è sostanzialmente la stessa cosa.

¹² L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, cit. Enrico Diciotti ha pertanto esplicitamente accostato il pensiero di Gianformaggio al realismo giuridico: E. DICHIOTTI, *Ordinamento giuridico*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, p. 216, nt. 89.

¹³ L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in Ead. (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, p. 31.

¹⁴ L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza e le norme* (1997), in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di A. FACCHI, C. FARALLI, T. PITCH, Bologna, 2005; *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit. In *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, in EAD., *Eguaglianza, donne e diritto*, cit., pp. 65-69, Gianformaggio propone peraltro una ridefinizione della coppia uguaglianza formale/uguaglianza sostanziale, alquanto diversa rispetto alle declinazioni della coppia stessa correnti nella cultura giuridica.

¹⁵ È interessante notare, comunque, che Gianformaggio insiste nel qualificare almeno una distinzione come «di sostanza e non di grado»: si tratta della distinzione tra regole e principi (cfr. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit., p. 183, nt. 15). Come è noto, nel dibattito teorico-giuridico degli ultimi quaranta anni o giù di lì, si rinvengono due opposte ricostruzioni teoriche delle norme qualificabili come regole e delle norme qualificabili come principi. Secondo le teorie della "distinzione forte", regole e principi sono due tipi di norme nettamente distinti, in quanto hanno caratteristiche differenti: alcune caratteristiche, strutturali o funzionali, sono presenti solo nelle regole, mentre altre sono presenti solo nei principi. Secondo le teorie della "distinzione debole", regole e principi sono due tipi di norme differenziabili solo su base quantitativa, nel senso che una norma è qualificabile come regola oppure come principio in base al fatto che contenga in misura maggiore o minore certe caratteristiche (ad esempio, la genericità e l'indeterminatezza della fattispecie e/o della conseguenza). I due schieramenti hanno anche una più profonda coloritura filosofico-giuridica, in quanto versioni della teoria della distinzione forte sono di solito sostenute da autori non-positivisti o anti-positivisti (come Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero), mentre versioni della teoria della distinzione debole sono solitamente sostenute da autori variamente ascrivibili al positivismo analitico. Ebbene, come ho detto Letizia Gianformaggio (richiamando espressamente Dworkin e Alexy) ritiene che tra regole e principi si dia una

ricorso ai principi generali¹⁶; ma perfino la stessa distinzione tra diritto e morale è considerata da Gianformaggio una distinzione solo graduale e non categoriale, sulla base dell'assunto che anche la morale, e non solo il diritto, è un sistema che regola la propria produzione¹⁷.

E infine, come esempio di presunte distinzioni che in realtà celano solo questioni di parole o questioni puramente definitorie, Gianformaggio pensa alla polemica se i giudici creino diritto; o alla questione se l'analogia sia un procedimento interpretativo, integrativo, o creativo di nuovo diritto («una questione tutto sommato abbastanza futile», «una questione di parole»)¹⁸.

Vorrei essere il più chiaro possibile. Non intendo affatto affermare che Gianformaggio provasse una preconcetta ostilità per le distinzioni solo in quanto distinzioni¹⁹, cosa che sarebbe invero alquanto sorprendente per una studiosa formatasi appunto nell'ambito della filosofia analitica. Piuttosto, di fronte a distinzioni concettuali, anche consolidate tra i filosofi o tra i giuristi, Gianformaggio manteneva un atteggiamento del tutto "laico", consistente a) nel considerarle come meri strumenti, come abbiamo visto poco sopra, e pertanto da utilizzare solo se ed in quanto utili, non come dogmi o feticci (e pertanto passibili di essere ripensate, riformulate, criticate, e anche tralasciate); b) nel prestare attenzione e nel provare interesse, all'interno di molte distinzioni concettuali correnti, non tanto verso le caratteristiche distintive tra i fenomeni o concetti presi in considerazione, ma piuttosto verso le loro interazioni, contaminazioni e influenze reciproche²⁰.

Così, data una distinzione o dicotomia, Gianformaggio si sforza di vedere come le polarità della distinzione reagiscano l'una sull'altra, o comunque siano talvolta inseparabili. Come nel caso della secolare alternativa tra formalismo e antiformalismo (o realismo): alternativa che Gianformaggio, dopo averla riformulata in termini di ragionamento giuridico (formalismo e antiformalismo come «matrici di argomenti»), risolve osservando che il giurista – ogni giurista – semplicemente è e non può non essere entrambe le cose: perché alcuni aspetti e momenti del suo lavoro gli impongono di essere formalista (cioè, di utilizzare schemi argomentativi formalisti), e altri aspetti e momenti del suo lavoro gli impongono di essere antiformalista (cioè, di utilizzare schemi argomentativi antiformalisti)²¹. O come nel caso della distinzione, proveniente da H.L.A. Hart, tra punto di vista interno e punto di vista esterno²², a proposito della quale Gianformaggio osserva che è irrealistico assumere che nei confronti di un fenomeno complesso come quello

distinzione forte, categoriale: ciò perché secondo Gianformaggio la distinzione in oggetto emerge interamente in sede di argomentazione giuridica, e in quel contesto, secondo Gianformaggio, regole e principi si comportano in maniera nettamente differente. Per una sintesi di questo dibattito, v. G. PINO, *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 11, 2011, pp. 75-110, alla p. 87, nt. 26 (dove peraltro la posizione di Gianformaggio è erroneamente ascritta alle teorie della distinzione debole).

¹⁶ L. GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica* (1985), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., pp. 143-144.

¹⁷ L. GIANFORMAGGIO, *Sul senso della giustificazione morale e giuridica*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO (a cura di), *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, p. 165.

¹⁸ L. GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, cit., pp. 142-143.

¹⁹ Per riprendere una efficace espressione di N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici* (1954), in ID., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, p. 91.

²⁰ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, cit., p. 72: «il fenomeno giuridico è una miniera di coppie di principi [...] tra loro potenzialmente confliggenti»; qui Gianformaggio intende per "principio" (il "principio del sillogismo", il "principio dell'analogia"...) qualcosa di non troppo dissimile, credo, dai *principia iuris tantum* di cui parla Luigi Ferrajoli.

²¹ L. GIANFORMAGGIO, *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione o dell'ordinamento concreto* (1993), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., pp. 55-56. In *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVIII, 1988, 2, p. 464, Gianformaggio definisce la diatriba tra formalisti e antiformalisti «eterna e oziosa disputa» che, se riformulata come questione logica, ammette «una sola risposta, corretta e banale» (p. 465): che è vera la tesi formalista ogni qualvolta la norma utilizzata come premessa maggiore del sillogismo è a sua volta conclusione di un argomento formalmente valido, mentre è vera la tesi antiformalista ogni qualvolta la norma utilizzata come premessa maggiore del sillogismo è conclusione di una inferenza ampliativa.

²² H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 1994².

giuridico si possa adottare esclusivamente l'uno o l'altro²³. (Indicherò alcuni altri esempi assai rilevanti tra poco, § 2.)

In tutto questo, ripeto, non c'era in Gianformaggio il segno né del narcisismo iconoclasta del *contrarian*, né di un atteggiamento sintetico, confusamente postmoderno per cui in fondo *anything goes*, tutte le cose si rassomigliano e dunque sono indistinguibili²⁴; piuttosto, c'era il segno della rivendicazione della autonomia critica, esercitata in maniera anche faticosa e sofferta²⁵, che è la ragion d'essere stessa del lavoro filosofico.

2. Una teoria "integrata" del diritto²⁶

Dunque, Gianformaggio rifugge da atteggiamenti monistici o riduzionistici nell'elaborazione della sua comprensione teorica del fenomeno giuridico. Difatti, Gianformaggio insiste spesso sulla *complessità* del fenomeno giuridico – complessità che, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, rende a sua volta problematiche e precarie molte distinzioni pur comunemente accettate nei discorsi dei giuristi e dei filosofi del diritto.

Proviamo allora a coglierla, questa complessità del fenomeno giuridico, facendo tesoro degli spunti, spesso asistemati e posti nei luoghi più impensati, offerti da Gianformaggio. In primo luogo, mi sembra di poter dire che nella teoria del diritto di Gianformaggio vi sia una vittima illustre, per così dire: meglio, che un certo concetto, normalmente percepito come avente assoluta centralità nella teoria del diritto del Novecento, nella teoria di Gianformaggio receda invece alquanto sullo sfondo. Si tratta del concetto di *sistema* (giuridico). Non che Gianformaggio non usi o menzioni questo concetto. Piuttosto, mi sembra di poter dire che Gianformaggio per un verso non lo consideri un concetto molto utile o illuminante; e per altro verso, quando lo usa, gli fa fare un lavoro che è tendenzialmente opposto a quello che il concetto di sistema ha svolto nella teoria generale del diritto "classica" del Novecento.

Infatti, per un verso Gianformaggio preferisce utilizzare ai fini della ricostruzione teorica del fenomeno giuridico immagini piuttosto diverse rispetto a quella del "sistema": immagini quali quella del "processo", del "progetto", del "farsi"²⁷. Per Gianformaggio il diritto non è mai un prodotto finito, un "fatto", ma è qualcosa che si fa, che si produce e si riproduce continuamente, e questo suo "farsi" può anche essere disordinato, caotico, nel concorso conflittuale (oltre che, ovviamente, cooperativo) tra soggetti diversi²⁸.

²³ L. GIANFORMAGGIO, *La critica morale del diritto: critica interna o critica esterna?* (1992), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit.

²⁴ Vedi infatti il recupero degli elementi distintivi delle tradizioni di *civil law* e di *common law* (l'uno basato principalmente sulla deduzione, l'altro basato principalmente sull'analogia), che Gianformaggio sottolinea proprio perché – afferma – era ormai diventato "un luogo comune" proclamare l'inconsistenza della distinzione tra i due modelli: vedi L. GIANFORMAGGIO, *Ragionamento giuridico e somiglianza* (1998), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit.; *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, in «Politica del diritto», 4, 1997, p. 532.

²⁵ Non era raro che Gianformaggio scrivesse chiaro e tondo, in qualche suo lavoro, di «non essere ancora venuta a capo» di un certo problema (*L'eguaglianza e le norme*, cit., p. 126), o di considerare certe sue riflessioni come ancora solo abbozzate.

²⁶ Così Gianformaggio stessa definisce la teoria contemporanea del ragionamento giuridico: *Per una definizione del diritto naturale*, cit., p. 45.

²⁷ È estremamente frequente il ricorso da parte di Gianformaggio a queste e consimili espressioni; a mero titolo di esempio v. L. GIANFORMAGGIO, *Rapporti tra etica e diritto*, cit., p. 58; *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, cit., p. 33; *Modificare la Costituzione, violare la Costituzione, o cambiare Costituzione?*, in E. RIPEPE, R. ROMBOLI (a cura di), *Cambiare Costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995, p. 269; *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, cit.; *Lo studio del diritto e lo stato di diritto*, in «Annali dell'Università di Ferrara – Scienze Giuridiche», XVI, 2002, pp. 325, 327.

²⁸ L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, cit., pp. 33, 38; *L'analogia giuridica*, cit., p. 142. Sul punto cfr. anche E. DICIOTTI, *La filosofia del diritto di Letizia Gianformaggio*, in «Ragion pratica», 27, 2006, p. 340.

E per altro verso, quando Gianformaggio svolge considerazioni che evocano l'aspetto "sistematico" del fenomeno giuridico, lo fa in un modo e con finalità sostanzialmente speculari rispetto al modo "classico", tradizionale (almeno per gran parte del Novecento) con cui era di solito usata la nozione di sistema giuridico da parte della filosofia del diritto e negli usi dei giuristi: e cioè per mettere in luce la circostanza che, a causa della dimensione dinamica (in senso kelseniano) del fenomeno giuridico, è sostanzialmente inevitabile che si producano antinomie tra le norme di grado superiore e le norme dei gradi inferiori – è sostanzialmente impossibile che la produzione normativa di livello inferiore realizzi completamente e senza residui il "progetto" statuito dalle norme superiori. E così, mentre la teoria "classica" del sistema giuridico ha nella coerenza una sua caratteristica saliente (insieme all'unità e alla completezza²⁹), in Gianformaggio la dimensione sistematica del diritto – cioè «il suo essere un sistema di norme *positive gerarchizzato*»³⁰ – serve a far emergere esattamente l'opposto: la tendenziale incoerenza del diritto positivo (e di conseguenza l'illegittimità del diritto di grado inferiore rispetto a quello di grado superiore).

Ciò detto in linea generale, ritengo che il modo in cui Gianformaggio intenda la complessità del fenomeno giuridico possa essere illuminato da due coppie concettuali, da due coppie di opposizioni che devono essere intese esattamente nel modo visto alla fine del paragrafo precedente: come polarità contrapposte tra le quali esiste sia una tensione, sia varie interazioni.

Le coppie, solo parzialmente sovrapponibili, sono queste: *I*) la dimensione del potere e la dimensione della ragione; *II*) l'aspetto fattuale e l'aspetto normativo del diritto.

I) Quanto alla prima coppia (la dimensione del potere e la dimensione della ragione), Gianformaggio nota che il diritto è costituito da vari fattori quali: testi³¹ (prodotti da autorità a ciò competenti), significati attribuiti a quei testi (le norme), ragionamenti (con cui si giustifica l'attribuzione di quei significati), e prassi applicative delle norme³². Da ciò, deriva che il diritto è «una combinazione, sempre precaria, sempre estremamente instabile, di *ragione e potere*»³³. Perché potere giuridico è quello abilitato a produrre i testi giuridici, ma potere giuridico è anche quello di chi deve interpretare (se l'interpretazione è effettuata da soggetti giuridicamente competenti) e applicare il diritto; e queste ultime attività (l'interpretazione e l'applicazione del diritto) sono attività che richiedono ragionamenti – ragionamenti svolti in pubblico (la motivazione della sentenza) – con cui si argomenta, si giustifica la decisione interpretativa e applicativa come *coerente* con il diritto di grado superiore, o con il diritto nel suo complesso³⁴ – con il diritto come "progetto", come vedremo tra poco (e ancor più l'interpretazione richiede argomentazione se è svolta da soggetti che non abbiano alcun potere giuridico, ma possano contare solo sulla forza della persuasione, come nel caso dei giuristi "accademici").

II) Quanto alla seconda coppia (l'aspetto fattuale e l'aspetto normativo del diritto), Gianformaggio afferma che i due elementi che la compongono non sono separabili all'interno di

²⁹ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), in ID., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.

³⁰ L. GIANFORMAGGIO, *La critica morale del diritto: critica interna o critica esterna?*, cit., p. 76 (corsivi nell'originale).

³¹ Sulla centralità della dimensione della scrittura nel diritto, che per Gianformaggio marca un'importante differenza tra la sfera giuridica e quella morale, v. L. GIANFORMAGGIO, *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, cit., pp. 74, 84.

³² L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, cit., p. 30; *Lo studio del diritto e lo stato di diritto*, cit., p. 325.

³³ L. GIANFORMAGGIO, *Le ragioni del realismo giuridico come teoria dell'istituzione o dell'ordinamento concreto*, cit., p. 50 (corsivi nell'originale); *La critica morale del diritto: critica interna o critica esterna?*, cit., p. 220. Si noti peraltro che Gianformaggio istituisce un ulteriore legame, molto forte, tra diritto e ragione (intesa come razionalità): nel senso che una pratica sociale che non aspiri a realizzare un minimo di razionalità (generalità delle leggi, applicazione costante delle norme a fattispecie uguali, assenza di arbitrarie discriminazioni) non può essere nemmeno *definito* come diritto, perché violerebbe una moralità intrinseca del diritto: cfr. *L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?*, cit., p. 70.

³⁴ Sulla coerenza come criterio fondamentale di giustificazione giuridica, L. GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto, coerenza e consenso*, cit.; *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, cit., pp. 38-39.

una adeguata comprensione del fenomeno giuridico³⁵. Il diritto positivo ha certamente un'esistenza fattuale, ma non è mero fatto (è casomai un farsi, come abbiamo visto); e a questo farsi concorrono soggetti diversi, anche non dotati di formale investitura come organi di produzione giuridica (i giuristi)³⁶. Peraltro, questa peculiare dimensione "diffusa" dell'aspetto fattuale del diritto retroagisce sull'elemento del "potere" che abbiamo visto poco sopra: perché un soggetto formalmente investito di potere di produzione giuridica è comunque sottoposto a prassi complesse e diffuse di riconoscimento all'interno della società (tipicamente, ad opera dei giuristi teorici e pratici).

Oltre alla dimensione fattuale, poi, il diritto ha una inevitabile componente normativa, è un dover essere, cioè è un progetto: un progetto rivolto al "mondo", cioè alla società su cui intende intervenire; e un progetto rivolto anche a quella specifica porzione della vita sociale che è il diritto stesso (è tesi fondamentale del normativismo che «il mutamento del diritto non può non essere oggetto di regolamentazione giuridica»³⁷); e il progetto giuridico «non solo, per il fatto di essere appunto un progetto, non è *mai compiutamente eseguito*, ma non è neanche *mai compiuto come progetto*»³⁸. D'altronde (ma non mi sembra, questa, una conclusione che Gianformaggio abbia tratto esplicitamente), se il diritto è un progetto, e se il diritto è prodotto da molteplici attori, segue almeno la possibilità che non tutti questi attori condividano *esattamente* lo stesso progetto: il diritto allora potrà esistere come fenomeno unitario solo se si verificherà una sostanziale – e non quantificabile in astratto – sovrapposizione e convergenza tra i vari progetti condivisi dai vari attori giuridici³⁹.

Un'ultima osservazione. Come è evidente, entrambe le coppie che abbiamo appena visto, e che a mio parere rappresentano il cuore della teoria del diritto di Letizia Gianformaggio, dirigono la nostra attenzione di giuristi e di filosofi del diritto sulla dimensione del ragionamento, della giustificazione. Per quanto riguarda la prima coppia, il ruolo del ragionamento e della giustificazione è evidente. Per quanto riguarda la seconda coppia, la dimensione normativa e progettuale del diritto richiedono che la produzione e riproduzione del diritto non possano consistere in puri atti di decisione, ma in sviluppi ragionati e coerenti del progetto stesso⁴⁰: «non da un atto di volontà (che sia del legislatore o del giudice) qualcosa è reso diritto, ma da un ragionamento»⁴¹. Ebbene, la dimensione del ragionamento e della giustificazione è talmente pervasiva che Gianformaggio rielabora quasi tutti i concetti centrali della filosofia e della teoria generale del diritto esattamente *come problemi del ragionamento giuridico*. Si pensi ad esempio al concetto di coerenza, che abbiamo visto poco sopra: una tradizionale questione di teoria dell'ordinamento (Bobbio), e che in effetti anche MacCormick riferisce primariamente ad un insieme di norme⁴², viene da Gianformaggio trasferita di peso nel campo dell'argomentazione e

³⁵ L. GIANFORMAGGIO, *Realismi giuridici italiani*, cit., p. 175 («una teoria del diritto senza fenomenologia sarebbe monca, né più né meno di quanto lo sarebbe una teoria del diritto senza assiologia»); *L'eguaglianza e le norme*, cit., pp. 127-129; *Certezza del diritto, coerenza e consenso*, cit., p. 463; *Modificare la Costituzione, violare la Costituzione, o cambiare Costituzione?*, cit., pp. 266-267.

³⁶ E a questo proposito si ricordino anche le ormai celebri parole con cui Gianformaggio descrive il carattere "graduale", e non "tutto-o-niente", della positività del diritto: cfr. *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, cit., p. 30 (v. anche pp. 34, 38).

³⁷ L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della costituzione, tempo della consolidazione*, cit., p. 541; conseguentemente, poco più avanti Gianformaggio afferma che «il costituzionalismo è l'esaltazione del normativismo» (p. 542).

³⁸ L. GIANFORMAGGIO, *Lo studio del diritto e lo stato di diritto*, cit., p. 325 (corsivi nell'originale).

³⁹ Per qualche cenno su questo problema, G. PINO, *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, 2014, pp. 61-66.

⁴⁰ L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, cit., p. 38.

⁴¹ L. GIANFORMAGGIO, *Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico* (1983), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., p. 101.

⁴² I lavori di Neil MacCormick in materia di *coherence* sono una delle principali, e dichiarate, fonti di ispirazione per la riflessione di Gianformaggio sulla coerenza (anche se Gianformaggio se ne discostata poi in vari aspetti); cfr. N. MACCORMICK, *Coherence in Legal Justification*, in W. KRAWIETZ, H. SCHELSKI, G. WINKLER, A. SCHRAMM (a cura di), *Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weiberger zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1984, pp. 37-53.

del ragionamento giuridico; o alla questione della distinzione tra regole e principi⁴³; o alla distinzione tra diritto e morale⁴⁴; e, come vedremo tra poco, la stessa filosofia del diritto diventa, in un senso molto importante, metodologia giuridica, cioè indagine sul ragionamento giuridico.

3. *Anti-legalismo etico*

Abbiamo visto che per Gianformaggio il diritto è, anche, progetto, dover essere. Progetto o dover essere rivolto al mondo, o anche rivolto a quella specifica porzione di mondo che è il diritto stesso (il diritto regola la propria produzione). Ebbene, è nella natura di qualunque progetto la possibilità che il progetto non si traduca in realtà – che fallisca.

Ora, il progetto giuridico può “fallire”, o essere difettoso, in molti modi (talvolta non nettamente distinguibili tra loro⁴⁵). Può fallire in senso “assiologico”, nel senso che è un progetto *ab origine* sbagliato, ingiusto (il diritto nazista), e in tal caso il diritto sarà soggetto ad una critica puramente morale, “esterna”. O può fallire in senso “fattuale”, perché non viene attuato o comunque non riesce a cambiare la realtà nella direzione desiderata⁴⁶. Oppure può fallire in senso propriamente “giuridico”: perché *a*) in ragione della natura nomodinamica del diritto, il diritto di grado inferiore può in vario modo disattendere il diritto di grado superiore (incoerenze, incompatibilità), e anche questo è un fallimento assiologico del diritto, ma interno al diritto stesso, e come tale oggetto di una critica morale che è *anche* giuridica; o perché *b*) il diritto applicato ai livelli inferiori risulta incerto⁴⁷, o applicato con argomentazioni scorrette (si verificano cioè dei “fallimenti” che attengono al funzionamento del diritto)⁴⁸.

Ebbene, è proprio questa fallibilità (queste diverse specie di fallibilità) del diritto, oltre ovviamente al legame inscindibile del diritto con la dimensione del potere, a rendere necessario un ruolo critico e di controllo da parte dei giuristi, e dei filosofi del diritto.

Ovviamente, quello esercitato da parte della filosofia del diritto non è l’unico controllo possibile, né forse il più importante (nel senso di: dotato di maggiore incisività). Almeno altre due forme di controllo sul potere giuridico sono altrettanto se non più importanti: il controllo “burocratico”, cioè da parte di organi istituzionalmente deputati a svolgere proprio quel controllo; e il controllo “democratico”, da parte dell’opinione pubblica⁴⁹. Tuttavia, la filosofia del diritto, in quanto filosofia del diritto fatta da giuristi, ha senza dubbio un ruolo importante da svolgere: perché il controllo burocratico, specialmente, ha bisogno di strumenti logico-giuridici (quello democratico può ben essere svolto su altre basi); e perché necessariamente il controllo burocratico ad un certo punto si arresta, una volta arrivati ad una autorità di controllo che non è

⁴³ L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit., pp. 178-181.

⁴⁴ L. GIANFORMAGGIO, *Rapporti tra etica e diritto* (1990), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit.

⁴⁵ Questa classificazione dei possibili fallimenti del progetto giuridico non è espressamente formulata da Gianformaggio nei termini indicati nel testo: si tratta di una mia rielaborazione di spunti sparsi nei lavori di Gianformaggio.

⁴⁶ Abbiamo visto peraltro che secondo Gianformaggio il progetto giuridico non può mai essere attuato *completamente* (*supra*, nt. 38 e testo corrispondente).

⁴⁷ Sulla certezza come valore giuridico fondamentale, L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto* (1986), in EAD., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, cit., p. 84: «il diritto per questo esiste, per esser certo».

⁴⁸ L. GIANFORMAGGIO, *Sul senso della giustificazione morale e giuridica*, cit., p. 165: «il fallimento completo di questa impresa si ha allorché si combinano all’ingiustizia delle norme e alla scorrettezza dei ragionamenti l’incertezza sui doveri e l’inefficacia delle disposizioni».

⁴⁹ L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., p. 87; *Lo studio del diritto e lo stato di diritto*, cit., pp. 328-330.

gerarchicamente subordinata ad altre autorità; e perché, infine, il potere formale, burocratico, di controllo è, a sua volta, un potere: che è necessario controllare a sua volta⁵⁰.

Allora i modi in cui secondo Gianformaggio si esercita la funzione critica, di controllo, della filosofia del diritto mi pare siano essenzialmente tre: *I*) la filosofia del diritto come metodologia giuridica, *II*) la filosofia del diritto come critica morale del diritto, interna al diritto stesso, e *III*) la filosofia del diritto come “pedagogia civile” nei confronti dei cittadini. Tutti e tre questi modi sono ispirati, mi pare, ad un atteggiamento di laico disincanto verso il diritto – o meglio, verso la possibilità che le promesse, spesso nobili, contenute nel progetto giuridico siano poi realmente realizzate. Per questo le ho tutte ricondotte ad un generico atteggiamento di anti-legalismo etico, o anti-positivismo ideologico.

I) Come metodologia giuridica, la filosofia del diritto predispone strumenti e tecniche per svolgere un controllo sulle argomentazioni dei giuristi, e in tal modo consiste in una forma di controllo del potere (o meglio, agevola o rende possibile tale controllo)⁵¹; questo è ciò che Gianformaggio chiama la funzione civile, o politica, della metodologia⁵². La metodologia giuridica, la meta-giurisprudenza, l’analisi del ragionamento giuridico diventano così momenti essenziali e qualificanti del lavoro del filosofo del diritto: non una parte del lavoro del filosofo del diritto, insieme e accanto ad altri oggetti di indagine, ma *un modo di fare filosofia del diritto*⁵³.

II) In uno stato costituzionale, nel quale sono stati positivizzati al livello più elevato della gerarchia delle fonti una serie di diritti fondamentali e principi etico-politici, al filosofo del diritto spetta anche il compito di svolgere una critica morale interna del diritto: cioè una critica del diritto di livello inferiore se e nella misura in cui esso sia incompatibile o incoerente con il diritto (il progetto) di livello superiore. Si tratta di una critica morale, secondo Gianformaggio, perché essa presuppone l’accettazione di alcune norme (quelle superiori, costituzionali) come parametro del controllo di quelle inferiori, ed avendo quelle norme carattere etico-politico, la loro accettazione che non può che essere una accettazione morale⁵⁴. Ma è anche, allo stesso tempo, una critica *giuridica*, perché si svolge sulla base di valori saldamente incorporati dal diritto stesso.

III) Infine, un’ulteriore funzione “civile” della filosofia del diritto che si può rintracciare in Gianformaggio è la seguente: il diritto, abbiamo visto, è (tra le altre cose) inestricabilmente legato alla sfera del potere. Ma il potere, *di per sé*, non giustifica nulla: il fatto del potere (il fatto che qualcuno detenga un potere) può servire come fonte di informazione sull’origine, la provenienza, la fondazione delle norme, ma non come giustificazione dell’obbligo di osservare le norme poste da quel potere. Nel paragrafo precedente ho fatto riferimento alla dimensione normativa del diritto; spero sia stato chiaro che con questa espressione non ho inteso avvicinare Gianformaggio al dibattito contemporaneo sulla “normatività del diritto”, cioè sul fondamento del carattere obbligatorio del diritto, e sulla eventuale autonomia dell’obbligo giuridico dall’obbligo morale⁵⁵. Spero di non aver ingenerato questo accostamento perché, diversamente da gran parte del dibattito attuale, Gianformaggio aveva in proposito idee alquanto chiare: l’unico caso in cui l’espressione “obbligo giuridico” non è ridondante si dà quando l’obbligo in questione coincide con un obbligo morale, il che è affatto contingente. Secondo Gianformaggio, non esiste nemmeno un obbligo

⁵⁰ Non è un caso, pertanto, che Gianformaggio dedichi alcune attente analisi critiche alle decisioni e ai percorsi argomentativi della Corte costituzionale: *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit.; e si veda anche *Lo studio del diritto e lo stato di diritto*, cit., p. 239.

⁵¹ Su questi aspetti del pensiero di Gianformaggio, v. in particolare B. PASTORE, *Argomenti e controlli. La teoria del ragionamento giuridico in Letizia Gianformaggio*, in «Ragion pratica», 27, 2006, 2, pp. 351-364.

⁵² L. GIANFORMAGGIO, *L’interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, cit., p. 204 (sulla necessità di controlli dell’argomentazione giuridica).

⁵³ L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto, coerenza e consenso*, cit., p. 460; cfr. anche *La critica morale del diritto: critica interna o critica esterna?*, cit., pp. 63, 64 (la filosofia del diritto è indagine sul ragionamento giuridico), e *Logica e argomentazione nell’interpretazione giuridica ovvero i giuristi presi sul serio*, cit., p. 113 (la filosofia del diritto è meta-giurisprudenza, cioè metodologia giuridica).

⁵⁴ L. GIANFORMAGGIO, *La critica morale del diritto: critica interna o critica esterna?*, cit., p. 67.

⁵⁵ Su cui vedi A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, Pisa, 2010.

prima facie di obbedire al diritto⁵⁶. In sintesi, Gianformaggio avverte molto chiaramente che il giurista si deve guardare bene dal confondere (senza ulteriori argomenti) legalità e legittimità, dall'attribuire quel pericoloso «premio superlegale al possesso legale del potere legale»⁵⁷. Da questo punto di vista, perfino l'uso della nozione positivista di sistema o ordinamento appare sospetta a Gianformaggio – sospetta di legittimare il diritto esistente, di grado inferiore, ancorché confliggente con quello di grado superiore: come potenziale strumento di una «ideologia giustificazionista» del diritto esistente, nascosta in un positivismo giuridico malinteso⁵⁸.

Questa è dunque la lezione centrale che emerge dall'opera di Gianformaggio, incarnando al loro meglio il liberalismo, il divisionismo, e il positivismo (metodologico): il lavoro del filosofo del diritto è essenzialmente, strutturalmente, “critico”. Critico verso il proprio stesso lavoro (il filosofo deve rifiutare programmaticamente le comode gabbie dell'ortodossia), e verso il suo oggetto, cioè verso il fenomeno giuridico: il filosofo del diritto non può essere una quinta colonna dell'ordine giuridico esistente, né un cortigiano (a meno che non rivendichi con onestà e chiarezza le ragioni di una simile scelta⁵⁹). Il lavoro del filosofo del diritto consiste nel ricordare costantemente che il re è nudo; e in ciò sfidando quella che secondo Gianformaggio è «una delle regole non scritte più efficaci che vigono in tutte le società, [...] che chiunque dica che il re è nudo è un pazzo»⁶⁰.

⁵⁶ L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo*, cit., pp. 36-37.

⁵⁷ L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, cit., p. 28, citando C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), in ID., *Le categorie del 'politico'*, Bologna, 1998. Cfr. anche L. GIANFORMAGGIO, *Modificare la Costituzione, violare la Costituzione, o cambiare Costituzione?*, cit., p. 268: «la scienza del diritto ha un'importante funzione di garanzia da svolgere. Lungi dall'essere in obbligo di fedeltà nei confronti delle leggi, i giuristi *in primis*, e poi con loro tutti i cittadini, hanno viceversa la funzione specifica di denunciarne l'eventuale illegittimità».

⁵⁸ L. GIANFORMAGGIO, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, cit., pp. 32-34.

⁵⁹ Come fa ad es. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.

⁶⁰ L. GIANFORMAGGIO, *Sul senso della giustificazione morale e giuridica*, cit., p. 163.