

GIORGIO PINO

*Costituzione, positivismo giuridico, democrazia*  
*Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi*  
*Ferrajoli*

ABSTRACT

The essay discusses three key-concepts in Luigi Ferrajoli's legal philosophy; these concepts are: constitution, legal positivism, and democracy. Ferrajoli articulates these concepts in an interestingly original way and, in his latest book *La democrazia attraverso i diritti*, also stresses their interconnection. The essay critically assesses Ferrajoli's use of these concepts, and in the process also highlights some problems with Ferrajoli's "formal" definition of fundamental rights.

Il saggio discute tre concetti-chiave della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli: costituzione, positivismo giuridico, e democrazia. Si tratta di tre concetti che Ferrajoli rielabora profondamente e in maniera originale, e sulla cui interdipendenza insiste in particolare nel recente libro *La democrazia attraverso i diritti*. Nel corso della analisi critica di questi tre concetti, inoltre, saranno anche messi in evidenza alcuni problemi della definizione formale di "diritto fondamentale" elaborata da Ferrajoli.

KEYWORDS

constitution, legal positivism, democracy

costituzione, positivismo giuridico, democrazia

GIORGIO PINO\*

*Costituzione, positivismo giuridico, democrazia  
Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto  
di Luigi Ferrajoli*

1. Una filosofia dello Stato costituzionale, tra diritto e politica – 2. Sulla superiorità della costituzione – 2.1. Rigidità costituzionale, controllo di costituzionalità e gerarchie normative – 2.2. La normatività della costituzione (e dei diritti fondamentali) – 3. Ferrajoli giuspositivista, e innovatore del positivismo giuridico – 3.1. Validità formale, validità sostanziale, e la separazione tra diritto e morale – 3.2. Una chiosa sulla validità sostanziale – 4. Sulla teoria della democrazia di Luigi Ferrajoli – 4.1. Il concetto di democrazia messo a fuoco – 4.2. Questioni di metodo – 5. Sulla teoria dei diritti fondamentali – 5.1. E la nomodinamica? – 5.2. I titolari dei diritti fondamentali – 5.3. Una modesta (contro)proposta – Riferimenti bibliografici.

1. *Una filosofia dello Stato costituzionale, tra diritto e politica*

L'ultimo libro di Luigi Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, è un ulteriore capitolo di un progetto tanto ambizioso

\* Professore associato di Filosofia del diritto, Università di Palermo.  
E-mail: [giorgio.pino@unipa.it](mailto:giorgio.pino@unipa.it).

Ringrazio Riccardo Guastini per aver commentato una versione precedente di questo saggio.

quanto rigoroso perseguito instancabilmente dall'Autore: costruire una teoria del diritto e della democrazia per lo Stato costituzionale – un ordinamento giuridico dotato di costituzione rigida che codifica un catalogo di diritti e principi fondamentali<sup>1</sup>.

Se il senso del costituzionalismo, nel senso più generale del termine, riposa sull'esigenza della limitazione del potere, Ferrajoli articola questa questione su diversi livelli, in vario modo collegati tra loro: con riferimento all'ambito della politica (la limitazione dell'arbitrio della maggioranza tramite l'individuazione della sfera del "non decidibile"), del potere giudiziario (la limitazione dell'arbitrio interpretativo e decisionale tramite il principio di stretta legalità), dei poteri privati (la limitazione dei poteri sregolati del mercato tramite la sottrazione dei diritti fondamentali alla sfera dell'autonomia privata, e la subordinazione dei diritti di autonomia civile ai diritti fondamentali sociali e di libertà). Allo stesso tempo, peraltro, Ferrajoli avverte chiaramente che la dimensione statale è oggi solo un tassello del mosaico: rilevantissime decisioni politiche e scelte economiche vengono ormai prese in contesti extra-statali, e dagli stati sostanzialmente subite. Tuttavia, secondo Ferrajoli, il modello dello Stato costituzionale, lungi dal diventare obsoleto, svela qui tutte le sue potenzialità: essendo necessariamente destinato ad espandersi al di là dei confini statali, e a proiettarsi in un costituzionalismo mondiale. "Necessariamente": a pena cioè di cancellare progressivamente, magari sotto lo scacco di parole d'ordine come "efficienza", "mercato", "rigore", le conquiste di civiltà che hanno

<sup>1</sup> FERRAJOLI 2013a (nel testo le successive indicazioni di pagina, senza alcuna altra indicazione, si intendono riferite a quest'opera). L'immediato antecedente di questo libro è rappresentato ovviamente da FERRAJOLI 2007a e 2007b; ma si vedano anche FERRAJOLI 2011 e 2013b.

caratterizzato il costituzionalismo della seconda metà del Novecento.

Dunque il libro di Ferrajoli, così come gran parte della sua produzione scientifica, si muove su un doppio binario: una proposta *politica*, talvolta di ampio respiro, talvolta molto dettagliata (penso ad esempio alle pagine sul reddito minimo garantito: 216-219); e una costruzione *teorico-giuridica*, che prosegue e allo stesso tempo rinnova la tradizione più nobile del positivismo giuridico (Hans Kelsen e Norberto Bobbio sono i maestri con cui Ferrajoli ingaggia un continuo dialogo critico), ed è destinata a costituire la spina dorsale della proposta politica.

In questo contributo, intendo sottoporre ad analisi critica il modo in cui Ferrajoli costruisce, utilizza e incrocia tre concetti-cardine dell'apparato teorico-giuridico, filosofico-giuridico e filosofico-politico della sua opera. Devo avvertire subito che le mie critiche alla parte *teorica* (in senso ampio) dell'opera di Ferrajoli non intendono coinvolgere anche la parte *politica*: sono pronto infatti a sottoscrivere tutte o quasi tutte le proposte "politiche" di Ferrajoli, proposte che condivido nel merito e che ammiro per la generosità e per la passione civile con cui sono difese. Ma penso che sia possibile difendere e accettare tutte o quasi tutte le proposte politiche di Ferrajoli senza doverne necessariamente utilizzare in blocco l'apparato teorico.

I concetti che sottoporro ad analisi critica sono quelli di costituzione, positivismo giuridico, e democrazia (con alcune necessarie digressioni anche sulla definizione di diritto fondamentale). Sono tre cardini teorici del pensiero giuridico-politico di Ferrajoli, legati tra loro (nell'opera di Ferrajoli) da un nesso inestricabile, o quantomeno da forti interdipendenze. Infatti, la costituzione (rigida, che positivizza diritti e principi fondamentali) è per Ferrajoli la grande novità del XX secolo, che ha determinato un profondo mutamento di paradigma nella forma di Stato: lo

Stato costituzionale, la legalità “in senso forte” o legalità costituzionale. Il mutamento di paradigma dello Stato costituzionale determina a sua volta, secondo Ferrajoli, un necessario ripensamento del (“vecchio”) positivismo giuridico, rimasto modellato sullo stampo dello Stato legislativo ottocentesco, e il passaggio ad un nuovo giuspositivismo (“garantista”, “costituzionalista”); e determina anche, secondo Ferrajoli, un nuovo modo di concepire la democrazia: la democrazia costituzionale, che si articola in due dimensioni, formale e sostanziale. Inoltre, nell’opera di Ferrajoli non vi è solo un rapporto assai stretto tra la costituzione e, per un verso, il positivismo giuridico e, per l’altro verso, la democrazia: vi è altresì uno stretto rapporto anche tra il positivismo giuridico e la democrazia. Dunque, costituzione, positivismo giuridico e democrazia sono non solo tre concetti “fondanti” nel pensiero di Ferrajoli, ma ciascuno di essi è anche strettamente collegato agli altri due.

In particolare, allora, discuterò in primo luogo (§ 2) il modo in cui Ferrajoli costruisce la nozione di superiorità, o rigidità, o normatività, della costituzione. In secondo luogo (§ 3), discuterò in che senso Ferrajoli può essere considerato un giuspositivista, e in che modo la sua – esplicita, convinta – adesione al positivismo giuridico sia davvero compatibile con alcuni dei contributi più originali e duraturi che egli stesso ha offerto al dibattito teorico-giuridico contemporaneo; in particolare mi chiederò se per caso Ferrajoli non sottovaluti l’impatto che la costituzionalizzazione degli ordinamenti giuridici contemporanei (ciò che Ferrajoli chiama il “costituzionalismo rigido”) ha su uno dei postulati del positivismo giuridico, la separazione tra diritto e morale. In terzo luogo (§ 4), commenterò brevemente il concetto di democrazia utilizzato e difeso da Ferrajoli, cercando di mostrarne alcuni limiti, che si possono riassumere nel fatto che Ferrajoli fa ricorso ad una nozione di democrazia non chiara ed ipertrofica. Inoltre, la discussione sulla nozione

ferrajoliana di superiorità e normatività della costituzione, e sulla dimensione sostanziale della democrazia, sarà anche un'occasione per fare emergere alcune ulteriori questioni relative alla nozione di "diritto fondamentale" utilizzata da Ferrajoli (§§ 2.2 e 5). Quello dei diritti fondamentali è, a ben vedere, un tema trasversale a tutto il resto dell'impalcatura filosofico-giuridica di Ferrajoli: è la presenza dei diritti fondamentali a determinare il nuovo modello di costituzione presente nello Stato costituzionale, e dunque a determinare una nuova configurazione del positivismo giuridico e della democrazia (la democrazia costituzionale).

Quale sarà la morale della favola? In realtà, e sempre che le mie osservazioni critiche siano corrette, si tratterà di schermaglie in gran parte analitico-definitorie che non mi pare incidano più di tanto sul progetto politico di Ferrajoli<sup>2</sup>

<sup>2</sup> A questo proposito va comunque ricordato che per Ferrajoli la teoria del diritto ha anche una rilevante dimensione pragmatica: essa serve anche a modificare il suo oggetto (il diritto) (cfr. ix, 130; 2007a, 32-38; 2012, 244). E dunque le schermaglie teoriche e anche quelle definitorie *hanno*, per Ferrajoli, un impatto politico. Devo confessare che l'insistenza di Ferrajoli sulla dimensione pragmatica della teoria del diritto, e sui suoi effetti performativi, mi ha sempre causato un po' di disagio. Perché per un verso credo che egli abbia ragione: il diritto è un linguaggio, e le pareti che separano il linguaggio *del* diritto dai linguaggi *sul* diritto (quello della dottrina, e della teoria del diritto) sono sottili e porose. Ma per altro verso non si deve né esagerare l'impatto performativo che una costruzione teorica può avere sul diritto positivo: il diritto si evolve sotto ben altre spinte che non i discorsi dei teorici del diritto (Ferrajoli stesso, peraltro, ridicolizza una certa tesi kelseniana, la congiunzione di diritto soggettivo e obbligo, «quasi che la teoria avesse funzioni legislative», 67); né abdicare a quello che considero il ruolo primario della teoria del diritto, che è un ruolo di *analisi e chiarificazione* dei discorsi del diritto e dei giuristi. Insomma, non è distruggendo il termometro che passa la febbre. Il

– progetto che, ripeto, in larghissima parte condivido. Probabilmente, il nocciolo di quello che obietterò a Ferrajoli è che è meglio non aspettarsi, né dal positivismo giuridico, né dalla democrazia, più di quanto possano realmente dare. Peraltro, almeno su alcune questioni (la superiorità della costituzione, il concetto di validità sostanziale) è del tutto possibile che un approccio diverso da quello di Ferrajoli assicuri meglio quella normatività forte della costituzione che Ferrajoli considera, giustamente, un grande valore politico e giuridico.

## 2. *Sulla superiorità della costituzione*

Quella di Ferrajoli è, come ho già detto, una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale. Non è esagerato affermare che Luigi Ferrajoli abbia letteralmente costretto il dibattito teorico-giuridico italiano (e del mondo latino in generale) a fare i conti con le novità imposte dall'introduzione delle costituzioni rigide negli ordinamenti contemporanei, e con la conseguente necessità di rinnovare l'apparato concettuale della teoria del diritto, a cominciare dalla nozione di validità (su cui tornerò più avanti). Gran parte dell'apparato teorico elaborato da Ferrajoli negli ultimi quaranta anni è finalizzato dunque a dar conto non solo della *presenza* di un testo costituzionale nel panorama delle fonti del diritto, ma anche della sua *normatività*, vale a dire del ruolo apicale e fondamentale della costituzione rispetto alla legge, a tutto

problema allora, è cercare il giusto equilibrio tra la funzione conoscitiva e la funzione politica della teoria del diritto. Un problema per la cui soluzione, ovviamente, non servono (né esistono) formule matematiche ma semmai una gran dose di ragionevolezza e di onestà intellettuale.

l'ordinamento giuridico, e anche agli atti di produzione giuridica tra privati – in breve, la superiorità della costituzione.

Su questo aspetto della teoria del diritto di Ferrajoli farò principalmente due osservazioni: una per così dire di sintassi giuridica, o teorico-giuridica, relativamente al concetto di rigidità costituzionale (§ 2.1); l'altra relativa a quanto "normativa" sia effettivamente la costituzione così come concepita da Ferrajoli (§ 2.2).

### *2.1. Rigidità costituzionale, controllo di costituzionalità e gerarchie normative*

La prima osservazione riguarda dunque il modo in cui Ferrajoli ricostruisce la posizione "gerarchica" della costituzione nel contesto dello Stato costituzionale. Ferrajoli a questo proposito utilizza la nozione di *rigidità* della costituzione, che identifica con la superiorità di quest'ultima, e con la sua normatività<sup>3</sup>; questa identificazione è tanto forte che Ferrajoli arriva a definire lo Stato costituzionale, o forse il modello gius-politico da esso incarnato, come "costituzionalismo rigido"<sup>4</sup>. Giova ricordare che, nel linguaggio

<sup>3</sup> Sul concetto di rigidità costituzionale v. 22, 56-59. Sull'identificazione tra rigidità e superiorità della costituzione, v. ad es. 57 (la rigidità costituzionale è «un connotato strutturale delle costituzioni legato alla loro collocazione al vertice della gerarchia delle norme»; essa «si identifica, in breve, con il grado sopraordinato delle norme costituzionali rispetto a quello di tutte le altre fonti dell'ordinamento»). Sull'identificazione tra rigidità e normatività della costituzione, v. 57 (la rigidità «si identifica [...] con la normatività» delle norme costituzionali rispetto a tutte le altre fonti), 59 («le garanzie della rigidità, cioè della normatività della costituzione»).

<sup>4</sup> Per questa espressione v. ix, 10, 16, 36, 45, 51, 52, 68, 71, 75, 79, 89, 184, 185; v. anche 58 (sulla «rigida costituzionalizzazione» dei diritti).



corrente della teoria costituzionale e della dottrina costituzionalistica, per rigidità della costituzione si intende la caratteristica che la costituzione possa essere modificata solo tramite procedure particolari, di solito piuttosto gravose, lunghe, e che richiedono il consenso di ampie maggioranze politiche: ed è esattamente a questa nozione che Ferrajoli si riferisce quando parla di rigidità della costituzione. (Ferrajoli peraltro precisa, del tutto correttamente, che non si deve fare confusione tra la *rigidità* e la *garanzia giurisdizionale* della costituzione: 57.)

Ora, il problema (un problema di sintassi teorico-giuridica, come ho detto) è che l'esistenza di una procedura particolare per l'approvazione, per la revisione o per la soppressione di un tipo di atto normativo non rende di per sé quell'atto normativo *superiore* ad altri atti normativi. Si possono fare vari esempi al riguardo: nell'ordinamento italiano all'interno del genere "legge", vi sono alcuni tipi di leggi che richiedono procedure di approvazione particolari (c.d. leggi rinforzate), così come leggi ordinarie ma dotate di ciò che i giuristi chiamano una particolare "forza passiva" (cioè, non soggette a deroga nelle procedure ordinarie): che però rimangono sullo stesso piano della legge, e degli atti aventi forza di legge, da un punto di vista della gerarchia delle fonti<sup>5</sup>. Inoltre, nell'ordinamento italiano, la legge

<sup>5</sup> Come esempi di leggi rinforzate si pensi, nell'ordinamento italiano, alle leggi di amnistia e indulto, alle leggi che intendono riconoscere a determinate Regioni «forma e condizioni particolari di autonomia» (art. 116 cost.), alle leggi di bilancio, e alle leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali. Come esempi di leggi aventi particolare forza passiva (più intensa rispetto alle altre leggi ordinarie), nell'ordinamento italiano alcune leggi ordinarie sono sottratte ad abrogazione referendaria (v. art. 75, co. 2, cost.), dunque hanno una forza passiva superiore alle altre leggi ordinarie (che invece

ordinaria e gli altri atti aventi forza di legge (decreti-legge e decreti legislativi) hanno *diverse* procedure di approvazione (cioè diverse condizioni di validità *formale*), ma *la stessa* forza passiva e pari rango nella gerarchia delle fonti.

Il dato importante da rilevare al riguardo è che, da un punto di vista di teoria delle gerarchie normative, una gerarchia tra atti normativi non è istituita dalla diversa, ed eventualmente più gravosa, procedura di approvazione o revisione di un certo tipo di atto, e nemmeno da una particolare “forza passiva” di un certo atto normativo, ma *dall’esistenza di un controllo di legittimità*. Solo se un certo tipo di atto normativo A è suscettibile di essere annullato ogni volta in cui possa essere giudicato in contrasto con un altro tipo di atto normativo B, solo in questo caso B è *superiore* ad A; e correlativamente, in questo caso, la conformità a B è condizione di validità di A (dal punto di vista della validità *materiale* o, nel lessico di Ferrajoli, “sostanziale”)<sup>6</sup>. In altre parole, è il controllo di legittimità ad istituire la gerarchia normativa tra gli atti normativi o le norme coinvolti in quel controllo (la norma-parametro e la norma-oggetto).

Trasferendo questo discorso generale al rapporto specifico tra costituzione e legge, la superiorità della costituzione

sono tutte soggette ad abrogazione referendaria). Ma non per questo sono normalmente considerate come collocate su un gradino superiore della gerarchia delle fonti. Su “leggi rinforzate” e “fonti atipiche” si vedano in generale BIN, PITRUZZELLA 2005, 327-332.

<sup>6</sup> Quella sinteticamente indicata nel testo è una gerarchia *materiale*, che è a sua volta associata al concetto di validità materiale o sostanziale. La gerarchia materiale non rappresenta l’unico tipo di gerarchia normativa: negli ordinamenti giuridici si possono trovare anche gerarchie “formali” e gerarchie “assiologiche”. Per queste tipologie, v. GUASTINI 2010, 241-254; PINO 2010a, cap. II; PINO 2014a, 23-36; FERRER BELTRÁN, RODRÍGUEZ 2011, cap. III.

sulla legge deriva dall'esistenza di un controllo di costituzionalità della legge, non dall'esistenza del procedimento c.d. aggravato di revisione costituzionale. Il controllo di costituzionalità, dunque, a ben vedere non è solo condizione di *effettività* della costituzione (cioè del fatto che in tal modo si rafforza la probabilità che la costituzione venga rispettata, introducendo uno strumento che sanzioni o elimini le violazioni della costituzione)<sup>7</sup>, ma anche condizione *concettuale* o *strutturale* della superiorità della costituzione sulla legge. Senza controllo di costituzionalità, legge e costituzione sarebbero indistinguibili quanto a forza normativa e a rango nella gerarchia delle fonti – la costituzione sarebbe, in effetti, flessibile, o più correttamente non potrebbe fungere da parametro di validità della legge e dunque non sarebbe ad essa sovraordinata.

Se tutto ciò è corretto, allora non risulta condivisibile l'affermazione di Ferrajoli secondo cui «la rigidità costituzionale [è] un connotato strutturale delle costituzioni legato alla loro collocazione al vertice della gerarchia delle norme, sicché le costituzioni sono rigide per definizione, nel senso che, se non lo fossero, non sarebbero in realtà costituzioni ma equivarrebbero a leggi ordinarie» (58, corsivo aggiunto). Le costituzioni contemporanee non sono rigide perché collocate al vertice della gerarchia delle norme; piuttosto, sono collocate al vertice della gerarchia delle norme *in quanto* esiste il controllo di costituzionalità della legge. È l'esistenza del controllo di costituzionalità a cambiare la struttura dell'ordinamento, e a porre strutturalmente la costituzione al di sopra della legge ordinaria.

Ovviamente, la presenza di una procedura aggravata di revisione della costituzione è tutt'altro che irrilevante, sia da

<sup>7</sup> Sul controllo di costituzionalità come condizione di *effettività* della costituzione, v. 59-60.

un punto di vista giuridico, sia da un punto di vista politico. Da un punto di vista giuridico, perché incide sulle condizioni di validità formale delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali. Da un punto di vista politico, perché cerca di assicurare, per le modifiche della costituzione, condizioni di ampio consenso politico analoghe a quelle che hanno portato all'approvazione della costituzione, e in generale tutela le minoranze. Ma non si tratta, come invece afferma Ferrajoli, di un dato *strutturale* attinente alla collocazione gerarchica della costituzione.

Nemmeno appare condivisibile (e tantomeno coerente con l'impostazione filosofico-giuridica dello stesso Ferrajoli) un'ulteriore definizione di rigidità della costituzione che Ferrajoli suggerisce poco più avanti (78). La "naturale" rigidità della costituzione<sup>8</sup> deriverebbe infatti, afferma qui Ferrajoli, dal fatto che la costituzione proclama una serie di diritti fondamentali, i quali – nella definizione di Ferrajoli – sono i diritti che sono attribuiti a tutti e a ciascuno. Essendo i diritti fondamentali "di tutti", non sono disponibili da parte di una contingente maggioranza politica; dunque, ecco che la costituzione (che quei diritti "ospita") è necessariamente rigida.

Questa seconda definizione della rigidità costituzionale suscita invero numerose perplessità. In primo luogo, nulla nella definizione ("formale") di diritto fondamentale elaborata da Ferrajoli richiede che tali diritti siano consacrati in una costituzione<sup>9</sup>: sempre che ricorrano le caratteristiche

<sup>8</sup> L'idea che la rigidità sia una caratteristica "naturale" della costituzione rinvia ovviamente a PACE 1993 e 1996, che Ferrajoli richiama esplicitamente.

<sup>9</sup> Ferrajoli, come è noto, definisce i «diritti fondamentali come diritti universali, attribuiti a tutti in quanto persone o cittadini o capaci d'agire, quali che siano in concreto, anche se futuri o peggiori».

previste dalla definizione di Ferrajoli, tali diritti potrebbero ben essere stabiliti in una legge ordinaria; coerentemente, ne dovremmo allora concludere che anche una legge ordinaria che proclama diritti fondamentali (così come definiti da Ferrajoli) risulti sottratta ad abrogazione nei modi ordinari<sup>10</sup>: «la maggioranza, infatti, non può disporre di ciò che non le appartiene» (78; dovrò tornare nuovamente più avanti su questo aspetto della teoria dei diritti fondamentali di Ferrajoli). In secondo luogo, affermare che la costituzione è necessariamente rigida in quanto contiene una proclamazione di diritti fondamentali suona come una tesi un po' giusnaturalistica – come, peraltro, anche la tesi precedente. Infatti, secondo questa tesi il regime giuridico di un atto normativo (in questo caso, la rigidità della costituzione) verrebbe derivato non dalle contingenti meta-norme vigenti in quell'ordinamento giuridico, ma dal suo contenuto; il contenuto di un atto normativo ne determinerebbe in maniera necessaria il regime giuridico.

Che il rapporto tra superiorità della costituzione, rigidità e controllo di costituzionalità debba essere impostato in una maniera differente da quella prospettata da Ferrajoli emerge, in realtà, da alcune precisazioni marginali che lo stesso Ferrajoli apporta alla propria costruzione teorica – marginali perché figurano in nota, o quasi *en passant*, ma che in realtà

moralmente riprovevoli, le aspettative positive o negative con essi stipulate» (90, note omesse). Ma si veda anche FERRAJOLI 2007a, 23-24, 725-731.

<sup>10</sup> Si noti che questa idea, cripto-giusnaturalista, fa talvolta capolino nella cultura giuridica italiana: si veda ad es. la tesi secondo cui le leggi (ordinarie) che attuano diritti fondamentali riconducibili all'art. 2 cost. sarebbero sottratte a revisione costituzionale o anche a declaratorie di illegittimità da parte della Corte costituzionale: cfr. ad es. RUGGERI 1993, spec. parr. 5 e 6.

mettono in discussione e quasi contraddicono il modo in cui Ferrajoli aveva precedentemente costruito i concetti rilevanti. Qui, infatti, Ferrajoli afferma:

«in assenza di controllo di costituzionalità e pur in presenza di norme sulla revisione, la costituzione sarebbe di fatto flessibile, dato che nessun organo sarebbe in grado di censurarne le violazioni» (63, n. 11). «È chiaro che qualora la costituzione non prevedesse nessun procedimento di revisione e tuttavia prevedesse il controllo giurisdizionale di costituzionalità, la rigidità della costituzione sarebbe assoluta» (63-64).

In questi brevi incisi emerge finalmente con chiarezza, e a mio giudizio in maniera del tutto corretta, che a fare la differenza – a rendere la costituzione gerarchicamente superiore alla legge (impropriamente: a renderla “rigida”) – non sono le procedure aggravate di revisione, ma l’esistenza del controllo giudiziario di costituzionalità. Il che però richiede di ripensare quanto precedentemente affermato da Ferrajoli sull’identità tra rigidità della costituzione e sua collocazione apicale nella gerarchia delle fonti.

## *2.2. La normatività della costituzione (e dei diritti fondamentali)*

Come abbiamo visto, Ferrajoli identifica la rigidità della costituzione non solo con la sua superiorità, ma anche con la sua normatività – con la sua attitudine a vincolare le fonti subordinate, in primo luogo la legge, e a prevalere su di esse in caso di contrasto<sup>11</sup>. Nel paragrafo precedente, ho cercato di mostrare che non è possibile identificare “rigidità” con

<sup>11</sup> Cfr. i passi citati *supra*, n. 3.

“superiorità” della costituzione. In questo paragrafo, darò sostanzialmente per scontato che non è possibile neppure identificare “rigidità” con “normatività” della costituzione: la prima è semplicemente un dato relativo alla particolare procedura di revisione della costituzione, la seconda riguarda invece la capacità della costituzione di penetrare nell’ordinamento, di essere rispettata dagli attori giuridici e politici e dagli stessi cittadini. Volendo utilizzare un linguaggio metaforico, potremmo dire con qualche approssimazione che la rigidità è una nozione “difensiva”, che denota un certo meccanismo procedurale di protezione della costituzione dalle contingenti maggioranze politiche; mentre la normatività è una nozione “espansiva”, che denota la capacità della costituzione di penetrare nell’ordinamento giuridico e di influenzare i rapporti politici. Mi sembra evidente che si tratta di due nozioni distinte e non credo sia necessario argomentare diffusamente al riguardo (per una chiara distinzione tra rigidità e “forza vincolante” della costituzione v. comunque GUASTINI 2014, 192-195). Mi interessa però esaminare più da vicino in che modo Ferrajoli concepisce la normatività della costituzione – e quanto “normativa” essa in effetti risulti essere.

L’apparato teorico di Ferrajoli – una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale – è infatti ispirato proprio dall’ideale di assicurare la maggior normatività possibile delle costituzioni rigide nel contesto dello stato costituzionale. Quindi: non solo la costituzione dello stato costituzionale è di per sé “rigida” (cioè, nel lessico di Ferrajoli, realmente normativa, una vera e propria norma giuridica e non un mero manifesto politico), ma la teoria del diritto deve individuare tutti gli strumenti necessari per rendere conto di questo mutamento di paradigma, cioè necessari al pieno dispiegarsi della normatività della costituzione all’interno dell’ordinamento. Da qui, ad esempio, una nuova (ma ormai consolidata, proprio grazie all’influenza dell’opera di

Ferrajoli) teoria della validità, che distingue la validità formale dalla validità sostanziale; e anche la rivendicazione di un ruolo critico e progettuale, anziché passivamente descrittivo, per la scienza giuridica (81-89).

Bene, come ho già detto è impossibile ignorare l'impatto che l'opera di Ferrajoli ha avuto nel rinnovare gli studi filosofico-giuridici per portarli al passo dello Stato costituzionale. Ma viene il sospetto che Ferrajoli abbia inserito nella sua costruzione teorica alcuni elementi che finiscono per indebolire, preterintenzionalmente, il progetto di supportare sul piano teorico l'ideale della normatività forte della costituzione. Mi riferisco in particolare ad alcuni elementi presenti nella definizione di diritto fondamentale, ed è evidente che i diritti fondamentali sono gran parte della materia di cui sono fatte le costituzioni.

Ferrajoli infatti, in primo luogo, insiste ripetutamente sulla circostanza che *tutti* i diritti fondamentali (e non solo, ad esempio, i diritti sociali) necessitano di una legislazione di attuazione (68, 69, 113; FERRAJOLI 2012, 244). Questo rimanda, certamente contro le intenzioni di Ferrajoli, alla vecchia dottrina della natura "programmatica" di molte norme costituzionali (tra cui quasi tutte quelle che proclamano diritti fondamentali), dottrina che Ferrajoli stesso peraltro stigmatizza (115). Infatti, esattamente come nella teoria della natura programmatica delle norme costituzionali, in Ferrajoli è solo il legislatore che può dare "vita" ad un diritto proclamato in costituzione, introducendo la necessaria legislazione di attuazione. Ferrajoli non sembra contemplare la possibilità che un diritto costituzionale sia "*self-executing*" (per mutuare una nota espressione invalsa nel diritto comunitario), che sia suscettibile di applicazione diretta in sede giudiziaria: il giudice applica la legge, non la costituzione, e in mancanza di apposita *interpositio legislatoris* (che secondo Ferrajoli è necessaria, ripeto, per tutti i diritti fondamentali) il giudice deve solo rassegnarsi a



constatare una deprecabile lacuna. Poco importa che, come Ferrajoli sa perfettamente (anche per aver vissuto in prima persona quella stagione; e v. qui p. 115), dalla storia della cultura giuridica italiana specialmente degli anni '60 e '70 emerga con evidenza che la normatività della costituzione è stata assicurata, nell'inerzia del legislatore, proprio grazie allo strumento dell'applicazione diretta di principi costituzionali da parte dei giudici comuni, che ha consentito di superare alcuni aspetti particolarmente retrivi dell'ordinamento italiano su cui il legislatore non aveva ritenuto di intervenire<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Si pensi al famoso "caso Gennarino" (Tribunale di Milano, 18.1.1971, in «Giurisprudenza di merito», 1971, I, pp. 209 ss.), in cui al figlio di un manovale rimasto vittima di un incidente fu risarcito il danno alla persona assumendo come parametro il reddito di un manovale, posto che si riteneva che il figlio avrebbe seguito la medesima carriera del padre; vicende di questo tipo hanno poi indotto la giurisprudenza più innovativa ad escogitare la figura del danno biologico, per mezzo dell'applicazione diretta del diritto alla salute di cui all'art. 32 cost. In generale su questa evoluzione giurisprudenziale si veda MARINI 2008; sul "caso Gennarino" si vedano GALOPPINI 1971a e 1971b; RODOTÀ 1971.

Si pensi poi all'applicazione diretta dell'art. 36, in base al quale «il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa», oggetto di applicazione diretta da parte della giurisprudenza ordinaria al fine di dare efficacia generalizzata alle clausole retributive dei contratti collettivi (Corte di Appello l'Aquila, 24 ottobre 1950, in «Rivista giuridica del lavoro», 1951, II, p. 1; Corte di Appello Genova, 18 gennaio 1954, in «Orientamenti di giurisprudenza del lavoro», 1954, p. 460; Cassazione 21 febbraio 1952, n. 461, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 1952, II, p. 95; 13 settembre 1954, n. 3046, citata dallo stesso Ferrajoli, p. 115). Vedi in proposito BARTOLE 2004, 166 ss., e GUASTINI 2014, 202-203.

La differenza principale tra la posizione di Ferrajoli e la vecchia dottrina delle norme programmatiche sembra allora essere la seguente: mentre in quest'ultima la legislazione di attuazione rientra in una piena e incontrollata discrezionalità *politica* del legislatore, in Ferrajoli il legislatore è soggetto ad un obbligo *giuridico* di dare attuazione ai (a tutti i) diritti fondamentali. Il che però rimanda alla questione di quali siano gli strumenti giuridici per rendere tale obbligo effettivo: e Ferrajoli ammette che la questione della sanzione del comportamento omissivo del legislatore (cioè delle lacune "strutturali") è di tutt'altro che facile soluzione (114) – un obbligo sostanzialmente privo di garanzie secondarie, almeno nella maggior parte degli Stati costituzionali a noi noti.

Forse si potrebbe ipotizzare a tal fine un ruolo "sostitutivo" della Corte costituzionale, che interverrebbe a seguito dell'accertamento dell'indebita lacuna, cioè dell'inerzia del legislatore. Ma non sembra che Ferrajoli sarebbe disposto ad ammettere questo tipo di attivismo giudiziario – in effetti, Ferrajoli sembra in generale aderire ad un ideale di giustizia costituzionale *come puro legislatore negativo*. Una possibilità che invece Ferrajoli sembra contemplare, ispirandosi all'esperienza brasiliana, è quella di introdurre in costituzione un obbligo di destinare una quota del bilancio pubblico alla soddisfazione dei diritti sociali (70, 220); in tal modo, una legge che violasse tale obbligo sarebbe passibile di annullamento da parte di una corte costituzionale, il che è coerente, appunto, con l'idea della Corte costituzionale come legislatore solo negativo. Ma una simile strumentazione potrebbe valere, a ben vedere, solo per i diritti sociali, e peraltro si risolverebbe solamente nella "giustiziabilità"

Infine, si pensi all'area dei diritti della personalità (riservatezza, identità personale), inizialmente introdotti nell'ordinamento italiano per via puramente interpretativa: cfr. PINO 2003.

dell'obbligo del legislatore di predisporre la relativa provvista finanziaria (con conseguente annullamento di una legge che non rispettasse gli equilibri finanziari a garanzia dei diritti sociali), il che dice ancora poco su come i diritti sociali in questione verranno effettivamente attuati<sup>13</sup>; questa stessa strumentazione non potrebbe invece valere, palesemente, anche per l'eventuale assenza della legislazione di attuazione che per Ferrajoli, si ricordi, è necessaria per *tutti* i diritti fondamentali: in tal caso, infatti, non ci sarebbe alcuna legge da annullare, ma solo una lacuna.

In secondo luogo, Ferrajoli costruisce la nozione di diritto fondamentale in modo che ad ogni diritto corrisponda un obbligo, che ne rappresenta la "garanzia primaria". In tal modo egli si è però trovato a far fronte alla seguente, potente obiezione: se – come abbiamo appena visto – è il legislatore a dover emanare la legislazione di attuazione dei diritti fondamentali, cioè le garanzie primarie di ciascun diritto (gli obblighi richiesti per soddisfare o rispettare quel diritto), e se in ipotesi accade che il legislatore rimane indebitamente inerte al riguardo, allora si deve concludere che il diritto pur proclamato in costituzione *in realtà non esiste*, almeno fino a quando il legislatore non si deciderà ad emanare la legge di attuazione che introduce le necessarie garanzie primarie. Questo discende direttamente dalla stipulazione di Ferrajoli, secondo cui ad ogni diritto corrisponde necessariamente, concettualmente un obbligo (la garanzia primaria): se l'obbligo non c'è allora, per necessità concettuale, non c'è neanche il diritto<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Il che, intendiamoci, in tempi di attacco frontale al *welfare state* non sarebbe certo un risultato da buttar via. Ma da un punto di vista di teoria del diritto, ciò conferma che Ferrajoli ricade ancora una volta in una concezione *programmatica* dei diritti fondamentali: perché l'attuazione dei diritti è interamente nelle mani del legislatore.

<sup>14</sup> Per questa obiezione v. ad es. GUASTINI 2001; JORI 2001; ZOLO 2001.

È evidente che Ferrajoli non può accettare questa conclusione, che contraddice clamorosamente il suo assunto filosofico-giuridico che promette di assicurare il maggior grado possibile di normatività alla costituzione. Ferrajoli allora suggerisce, qui, un chiarimento che consente di far salva la sua definizione originaria di diritto fondamentale (ogni diritto è concettualmente connesso ad un obbligo che ne rappresenta la garanzia primaria), senza dover concludere che il diritto esiste solo se il legislatore introduce l'obbligo corrispondente. Il chiarimento è il seguente: anche nel caso dei diritti costituzionali esiste sempre, sin dall'origine, un obbligo corrispondente – e dunque esiste concettualmente anche il diritto; si tratta infatti dell'obbligo del legislatore di configurare in sede legislativa gli obblighi che servono a rendere effettivo il diritto stesso (69). Così, la connessione necessaria diritto-obbligo è salva.

Sfortunatamente, questa replica ha tutte le sembianze di una vittoria di Pirro: perché rende abbastanza contorta e controintuitiva la grammatica dei diritti fondamentali, e avvicina nuovamente Ferrajoli ad una concezione “programmatica” dei diritti costituzionali. Infatti, accogliendo questa precisazione di Ferrajoli si finisce per sostenere che, ad esempio, il contenuto del diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 21 o dall'art. 19 della costituzione sia *non*, rispettivamente, il vero e proprio diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero, o il vero e proprio diritto di professare liberamente una fede religiosa, *ma piuttosto* l'aspettativa che il legislatore legiferi in maniera tale da rendere possibile manifestare liberamente il proprio pensiero, o in maniera tale da rendere possibile professare liberamente una fede religiosa – aspettativa a cui corrisponde l'obbligo del legislatore di legiferare ecc. ecc. In tal modo, mi pare, non si fa che ribadire ancora una volta il carattere solo programmatico dei diritti costituzionali (*di tutti* i diritti costituzionali), introducendo un “obbligo” del legislatore la cui

attuazione non sembra assistita da strumenti giuridici realisticamente praticabili, come abbiamo già notato poco sopra (salvo ipotizzare, nuovamente, l'intervento "sostitutivo" da parte di un potere distinto rispetto al legislatore, cosa che Ferrajoli sembra escludere). E inoltre si offre una rappresentazione abbastanza tortuosa del contenuto dei diritti costituzionali, i quali ad occhio e croce sembrerebbero effettivamente poter "funzionare" (cioè essere "normativi" o, più semplicemente, applicabili) anche nell'inerzia del legislatore, come in effetti ritengono pressoché tutte le giurisprudenze ordinarie e costituzionali degli Stati costituzionali contemporanei, tramite costruzioni argomentative come la *Drittwirkung*, e la diretta applicabilità delle norme costituzionali.

Insomma, per concludere su questo punto, si possono avanzare numerose riserve sulla possibilità che la definizione teorica dei diritti fondamentali elaborata da Ferrajoli sia uno strumento effettivamente idoneo a far emergere la normatività forte dei diritti fondamentali, e delle costituzioni che li proclamano. A conferma di ciò non è senza significato, mi pare, che lo stesso Ferrajoli indichi incidentalmente come esempio notevole di normatività forte dei principi costituzionali la vicenda già ricordata poco sopra dell'applicazione diretta dell'art. 36 cost. (115-116; v. *supra*, n. 11), vicenda che però sembra contraddire in un colpo solo sia la tesi della necessità di una legislazione di attuazione, essendo in questo caso il diritto fondamentale attuato direttamente in sede giudiziaria; sia la tesi che l'obbligo corrispondente ad un diritto costituzionale ricada sul legislatore, visto che in questo caso l'obbligo in questione (l'obbligo di corrispondere una "giusta" retribuzione) ricade direttamente su soggetti privati – i datori di lavoro.

### 3. Ferrajoli giuspositivista, e innovatore del positivismo giuridico

Come è ampiamente noto, Ferrajoli è un profondo e coraggioso innovatore della tradizione filosofico-giuridica giuspositivista.

Per un verso, infatti, Ferrajoli rivendica con orgoglio la persistente superiorità epistemologica e “politica” della filosofia del diritto giuspositivista rispetto alle alternative storicamente proposte, in primo luogo rispetto al giusnaturalismo. Da questo punto di vista, Ferrajoli individua i principali meriti del positivismo giuridico nella circostanza che esso ha accompagnato e incoraggiato un processo di secolarizzazione e laicizzazione del diritto (la distinzione tra reato e peccato; *auctoritas non veritas facit legem*, 7); il positivismo giuridico poi ha reso possibile concepire il diritto come una costruzione interamente artificiale, in tal modo demistificando la maestà del diritto e rimarcando il primato del “punto di vista esterno” (il punto di vista della giustizia) rispetto al “punto di vista interno” (l’obbedienza all’ordinamento giuridico: 26, 100-102); e inoltre, secondo Ferrajoli, il positivismo giuridico ha anche reso possibile la democratizzazione degli ordinamenti giuridici moderni (20, 23-26).

Per altro verso però Ferrajoli ha anche portato avanti, instancabilmente, un programma di rinnovamento dell’apparato teorico giuspositivista: un rinnovamento finalizzato, come ho detto più volte, a rendere il positivismo giuridico adeguato alla mutata realtà giuridica rappresentata dallo Stato costituzionale. E anche per il proprio giuspositivismo “costituzionalista”, o “garantista”, Ferrajoli rivendica numerosi vantaggi rispetto alle alternative offerte dall’attuale dibattito filosofico-giuridico internazionale – cioè, segnatamente, rispetto al costituzionalismo “principalista” o neocostituzionalismo di Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel

Atienza, e Gustavo Zagrebelsky. (Il principale vantaggio, come abbiamo visto anche nel paragrafo precedente, consiste nella maggiore normatività che esso riconoscerebbe alle norme costituzionali; di contro, le concezioni alternative indebolirebbero la normatività delle norme costituzionali, poiché affermano che tali norme sono soggette a bilanciamento legislativo o giudiziale.)

Nuovamente, non è possibile ignorare la profonda influenza che Ferrajoli ha esercitato sul dibattito filosofico-giuridico internazionale. Tuttavia, in questo paragrafo intendo sollevare un dubbio: fino a che punto le innovazioni mostrate da Ferrajoli sono realmente compatibili con il positivismo giuridico? Forse, nel contesto dello Stato costituzionale, alcune tesi – centrali – del positivismo giuridico richiedono un ripensamento ancora più profondo di quanto non ci abbia mostrato Ferrajoli? Vediamo un po'.

Le coordinate minime del positivismo giuridico sono, notoriamente, due: la tesi secondo cui tutto il diritto è diritto positivo, cioè creato da atti umani (principalmente, ma non necessariamente, atti di creazione intenzionale); e la tesi della separazione tra diritto e morale. Sottoscrivendo *congiuntamente* queste due tesi si ottiene la tessera dell'ambito club del positivismo giuridico.

La prima tesi è chiaramente condivisa da Ferrajoli, il quale indica ripetutamente il principio di positività (11, 14, 131), o di (“mera”) legalità (20-21), o la struttura dinamica dell'ordinamento giuridico, come elementi imprescindibili per comprendere il diritto moderno.

Anche la seconda tesi è da Ferrajoli accettata e difesa, respingendo peraltro come premoderni e sostanzialmente oscurantisti i tentativi promossi da alcuni autori “neocostituzionalisti” di confutare la tesi della separazione tra diritto e morale. Ma è proprio su questa seconda tesi, la tesi della separazione tra diritto e morale, che è necessario spendere qualche parola in più.

Il problema, ovvio, è che la tesi della separazione tra diritto e morale è una tesi ambigua, che può avere diversi significati, alcuni del tutto banali, altri meno (GREEN 2008; PINO 2014b; ma v. già HART 1958). E Ferrajoli riconosce questo con grande chiarezza, quando distingue un significato assertivo e un significato normativo della tesi della separazione, e quando indica anche vari tipi di rapporti tra diritto e morale che nessun giuspositivista si sognerebbe di negare (96-102). Peraltro, una (deprecabile) caratteristica di gran parte del dibattito internazionale, e segnatamente anglosassone, sulla separazione tra diritto e morale è di aver assunto le fattezze di una discussione estremamente sottile e sofisticata, pressoché iniziatica, talvolta più simile ad una partita a scacchi che ad una impresa animata da genuini scopi conoscitivi (cioè di migliorare la nostra comprensione del fenomeno giuridico)<sup>15</sup>.

Ad ogni modo, mi pare si possano isolare tre profili distinti, e sufficientemente riconoscibili, della tesi positivista della separazione o separabilità tra diritto e morale. Non sono gli unici, ma sono quelli certamente più rilevanti per la filosofia giuspositivistica, e hanno particolare rilievo per l'argomento che intendo sviluppare qui.

Un primo profilo della tesi della separazione tra diritto e morale è una tesi sullo statuto epistemologico della scienza giuridica: in base a questa tesi, la scienza giuridica (se vuole essere, appunto, scienza e non propaganda) deve essere descrittiva e "avalutativa". Si tratta di una tesi presente in Kelsen (la dottrina "pura", l'interpretazione "scientifica"), Ross, Bobbio (il positivismo "metodologico"), e secondo Ferrajoli rappresenta un elemento costante della "scolastica

<sup>15</sup> Per un'ottima presentazione del dibattito contemporaneo, si veda SCHIAVELLO 2004; per una critica alquanto caustica dello stato del dibattito, cfr. DWORKIN 2002.



giuspositivista” (82; ma si veda VILLA 1999 e 2004; in generale comunque si può notare che questa versione “epistemologica” della tesi della separazione ha animato la discussione dei positivisti europei-continentali, mentre è abbastanza ignorata dal dibattito anglosassone). Ferrajoli respinge esplicitamente questa declinazione della tesi della separazione, affermando che nello Stato costituzionale la scienza giuridica deve necessariamente assumere un ruolo critico e progettuale; necessariamente, cioè a causa dell’inevitabile presenza, a livello infra-costituzionale, di antinomie e lacune rispetto al progetto costituzionale (83-84; v. anche GIANFORMAGGIO 1992 e, in senso critico, GUASTINI 2004). E questo è, in effetti, un esempio di quel programma di aggiornamento che Ferrajoli propone rispetto al positivismo tradizionale.

Un secondo profilo della tesi della separazione tra diritto e morale è una tesi (o definizione) della validità giuridica. In questo senso, la tesi consiste nell’affermare che la validità di una norma giuridica non è funzione della sua giustizia, e viceversa: una cosa è la validità, altra cosa è il valore morale di una norma giuridica. Di conseguenza, è possibile – o forse necessario<sup>16</sup> – accertare la validità di una norma giuridica senza far uso di valutazioni morali. Questo è probabilmente il significato più diffuso e immediato della tesi della separazione nella letteratura giuspositivista (ne ho dato più diffusamente conto in PINO 2014b), e lo stesso Ferrajoli sembra riferirsi esattamente a questo significato della tesi della separazione, come tesi sulla validità, quando

<sup>16</sup> Sull’alternativa possibile/necessario si basa la distinzione tra positivismo giuridico “inclusivo” (che imposta la questione in termini di possibilità) ed “esclusivo” (che imposta la questione in termini di necessità). V. al riguardo nuovamente lo studio di Schiavello citato nella nota precedente.

fa ad essa riferimento senza ulteriori specificazioni (100: «la giustizia di una norma non è né una condizione necessaria né una condizione sufficiente della sua validità»<sup>17</sup>; v. anche FERRAJOLI 1989, 204; FERRAJOLI 2012, 234; sul rapporto tra il concetto di validità e la tesi della separazione tra diritto e morale, in Ferrajoli e nel positivismo giuridico in generale, v. anche GIANFORMAGGIO 1993, 27 ss.).

Un terzo profilo della tesi della separazione tra diritto e morale infine consiste, potremmo dire, nella difesa di una sorta di atteggiamento laico, disincantato nei confronti del diritto. Si tratta dell'idea seguente: il diritto, in quanto diritto positivo, non ha niente di misterioso, né di sacrale: è un prodotto umano, una “specifica tecnica sociale” (Kelsen), uno strumento di organizzazione sociale prodotto da chi ha il potere di imporlo all'interno della società. Di conseguenza, il diritto non solo è qualcosa di moralmente fallibile, come tutto ciò che gli esseri umani fanno, ma è anche qualcosa su cui dobbiamo sempre tenere aperto il nostro scrutinio morale: il punto di vista giuridico non deve mai confondersi con il punto di vista morale (parafrasando Bobbio, potremmo chiamare questo un anti-legalismo etico, cioè il rovesciamento di quel positivismo “ideologico” che, come è noto, per Bobbio come anche per Ross rappresenta in realtà una variante del giusnaturalismo). Anche a questo riguardo, Ferrajoli si mostra in linea con la migliore tradizione di ricerca giuspositivista<sup>18</sup>: Ferrajoli infatti, come

<sup>17</sup> Sfortunatamente, in altri luoghi del libro Ferrajoli associa talvolta la tesi della separazione non alla validità, ma alla “esistenza” o alla “positività” del diritto – nozioni, queste ultime, che in Ferrajoli non sono del tutto equivalenti a “validità”. V. in proposito *infra*, § 3.1.

<sup>18</sup> Per amore di argomento, noto che Ferrajoli ascrive al filone di pensiero che rifiuta il positivismo ideologico anche Bentham e Kelsen (12, n. 9). Purtroppo, si tratta di due esempi un po' infelici. Di

abbiamo già visto, rivendica la superiorità del punto di vista esterno sul punto di vista interno, e l'autonomia di Antigone, «portatrice del punto di vista morale e politico irriducibilmente esterno, critico e progettuale nei confronti del diritto vigente» (26). E peraltro basta uno sguardo cursorio alla sterminata produzione di Ferrajoli in ambito penalistico per rendersi conto che nulla è più alieno al pensiero di Ferrajoli di un atteggiamento di acritica deferenza verso il diritto positivo, o dell'idea che il diritto positivo abbia un intrinseco valore morale.

### *3.1. Validità formale, validità sostanziale, e la separazione tra diritto e morale*

Bene: abbiamo individuato tre significati prominenti della tesi positivista della separazione tra diritto e morale, e abbiamo visto che Ferrajoli respinge recisamente il primo (relativo alla avalutatività della scienza giuridica), mentre mantiene con decisione gli altri due (relativi rispettivamente alla teoria della validità, e al “distacco morale” verso il diritto positivo).

Il problema che intendo sollevare è il seguente: fino a che punto Ferrajoli può coerentemente affermare la tesi

Bentham, infatti, Ferrajoli stesso ricorda il famoso slogan «obbedire puntualmente, criticare liberamente» (87, n. 41): che, nella misura in cui invita alla puntuale obbedienza alla legge, incarna l'atteggiamento che Bobbio denomina “positivismo etico moderato” (BOBBIO 1961, 280, 151 ss.; BOBBIO 1965, 101 ss.). Quanto a Kelsen, è noto che vari aspetti della sua teoria del diritto (la concezione normativa della validità come obbligatorietà, la teoria della norma giuridica come giudizio di dover essere) hanno portato a definirlo come un “quasi-positivista” (ROSS 1961; CELANO 1999).

della separazione tra diritto e morale, intesa specificamente come tesi sulla validità delle norme giuridiche?

Il problema emerge con maggiore chiarezza se si ricorda che uno dei più importanti e originali contributi di Ferrajoli al rinnovamento delle categorie concettuali del positivismo giuridico consiste nella distinzione tra validità *formale* e validità *sostanziale*: distinzione resa necessaria, secondo Ferrajoli, dalla struttura dello Stato costituzionale, che pone non solo condizioni formali-procedurali, ma anche restrizioni contenutistiche, sulla produzione giuridica – inclusa e anzi in primo luogo la produzione legislativa. Così, la validità formale dipende dal rispetto delle metanorme procedurali e di competenza relative alla produzione di quel tipo di atto normativo (in ipotesi, la legge); e la validità sostanziale consiste nella circostanza che delle norme infracostituzionali possa essere predicata la «coerenza o compatibilità con i principi di giustizia stabiliti dalla costituzione» (73, 95): una norma infracostituzionale è valida in senso sostanziale se è coerente con le norme costituzionali (che, si badi, sono «principi etico-politici», 84).

Ora, l'accertamento della validità sostanziale, in quanto accertamento della compatibilità della norma subordinata con quella sovraordinata, è palesemente dipendente dall'interpretazione: sia della norma subordinata che di quella sovraordinata; dire che la norma  $N_1$  è valida (in senso sostanziale) perché coerente con la norma  $N_2$  presuppone di aver prima esperito un'interpretazione di entrambe. E presuppone altresì una valutazione sostanziale di coerenza tra l'una e l'altra. Ma la norma  $N_2$  è, nel nostro caso, una norma costituzionale, cioè una norma che esprime, come abbiamo appena visto, «principi etico-politici». Ebbene, il punto cruciale è il seguente: non sembra possibile né interpretare una norma che esprime un principio etico-politico, né valutare la coerenza rispetto ad essa delle norme subordinate, senza con ciò esperire corpose valutazioni *sostanziali*.

Valutazioni che, contrariamente a quanto afferma Ferrajoli, non possono essere di tipo prettamente ed esclusivamente giuridico<sup>19</sup>, ma saranno anche – e necessariamente – di carattere etico-politico: proprio perché etico-politica è la sostanza delle norme in considerazione. A ciò si aggiunga che, come Ferrajoli ammette chiaramente, *l'attività interpretativa in sé*, a qualunque livello, è condizionata da scelte morali ed opzioni etico-politiche<sup>20</sup>.

La conclusione mi sembra scontata, e ineludibile: l'accertamento della validità sostanziale impone (anche) scelte e valutazioni morali. E dunque, *quantomeno* al livello della validità sostanziale, la tesi positivista della separazione tra diritto e morale non tiene<sup>21</sup>. (Si ricordi che per Ferrajoli la

<sup>19</sup> Cfr. 83: la dimensione valutativa che la teoria del diritto suggerisce alle discipline giuridiche positive «è solamente e puramente giuridica». Questa affermazione è condivisibile se intesa nel senso che è lo stesso diritto positivo che impone al giurista di far ricorso a valutazioni sostanziali. Ma non è accettabile se intesa nel senso che tali valutazioni sono a loro volta puramente giuridiche.

<sup>20</sup> Cfr. 97: nessuno si sognerebbe di negare, osserva Ferrajoli, che «nell'interpretazione dei testi delle leggi e soprattutto delle costituzioni intervengano inevitabilmente, a suo sostegno, scelte orientate da opzioni morali o comunque etico-politiche delle quali deve essere argomentata razionalmente la conformità ai principi costituzionali».

<sup>21</sup> Quantomeno: perché anche l'accertamento della validità formale è una questione interpretativa (cfr. FERRAJOLI 2007a, 577, n. 23: «anche il vigore e, più in generale, la conformità e la difformità, che più oltre chiamerò “validità formale” e “invalidità formale”, non sono solo questioni di fatto, essendo riconoscibili come tali sulla base (dell'interpretazione) delle norme formali di cui sono l'osservanza o l'inoservanza»). E dunque anche a tale livello si dovrebbe porre quella connessione interpretativa necessaria tra diritto e morale, che Ferrajoli ammette (v. n. precedente). Ma in questa sede non approfondirò tale ultimo profilo.

tesi positivista della separazione è anche, e forse soprattutto, una tesi sulla validità.)

Che su questo specifico punto ci sia qualcosa che non fila del tutto liscio, per così dire, nella posizione giusfilosofica di Ferrajoli emerge, a mio giudizio, da un paio di indizi abbastanza eloquenti. Il primo indizio consiste nel fatto che, pressoché tutte le volte in cui introduce la tesi positivista della separazione tra diritto e morale, Ferrajoli finisce per riferirla, di fatto, *alla sola positività o validità formale*, o perfino a ciò che egli chiama “esistenza” (vale a dire, il fatto che un certo atto normativo sia stato prodotto in modo da rispettare almeno alcune delle metanorme formali e procedurali rilevanti per quale tipo di atto)<sup>22</sup>. In buona sostanza, in questi casi, Ferrajoli si richiama ad una definizione di diritto non dissimile da quella che egli stesso riferisce al contesto dello stato legislativo<sup>23</sup>. Ma è stato proprio Ferrajoli ad insegnarci che nel modello “costituzionale”, o “neo-giuspositivista”, la validità delle norme «si

<sup>22</sup> La tesi della separazione tra diritto e morale «vuol dire soltanto che “diritto”, in un ordinamento nomodinamico, è tutto e solo ciò che è posto come tale dalle autorità giuridicamente abilitate a produrlo, quale che sia – piaccia o non piaccia, sia esso considerato giusto o ingiusto – il suo contenuto normativo»; «la positività di una norma, sia pure di rango costituzionale, non ne implica la giustizia [...], mentre la sua giustizia, inversamente, non ne implica affatto l’esistenza giuridica positiva» (100).

<sup>23</sup> Cfr. 7 «Di qui [nel modello legislativo, o paleo-positivista, ndr] la separazione tra diritto e morale, o tra validità e giustizia [...]: se l’esistenza delle norme dipende unicamente dalla loro positività, possono ben darsi norme positive ingiuste e tuttavia esistenti e norme giuste e tuttavia non positive e perciò inesistenti»; in tale modello, la validità delle norme «si riconosce e si identifica con la loro *positività*, legata unicamente alla conformità delle loro *forme* di produzione alle norme formali sulla loro produzione» (9, corsivi nell’originale).

riconosce e si identifica, oltre che con la conformità delle loro *forme*, anche con la coerenza della loro *sostanza* o significato con le norme non più solo formali ma anche sostanziali sulla loro produzione» (9, corsivi nell'originale). Dunque, per un verso Ferrajoli ha mostrato con forza che nello Stato costituzionale la validità è una nozione complessa, che deriva dalla congiunzione di validità formale e validità sostanziale. Ma per altro verso, quando difende la tesi positivista della separazione tra diritto e morale, egli utilizza formulazioni che rimandano in effetti alla sola validità formale tipica dello Stato legislativo. Ora, non ci sarebbe nulla di male a voler difendere, eventualmente, l'idea che nello Stato costituzionale la tesi della separazione si applica solo alla validità formale: ma allora sarebbe opportuno avvertire il lettore che, nel contesto dello Stato costituzionale, la tesi della separazione è un altro di quegli aspetti del positivismo giuridico che richiedono un serio ripensamento – cosa che Ferrajoli fa a proposito di altre tesi positivistiche (il concetto di validità, la descrittività della scienza giuridica...), ma si guarda dal fare in questo caso.

Un secondo indizio riguarda il trattamento che Ferrajoli fa del problema del conflitto tra diritti fondamentali – un tema tipico dell'argomentazione costituzionale nello Stato costituzionale contemporaneo. Ebbene, a questo riguardo Ferrajoli afferma che gran parte dei conflitti tra diritti sono conflitti solo apparenti, la cui soluzione non richiede affatto un bilanciamento: in verità, secondo Ferrajoli, si tratta solo di individuare i limiti «*impliciti nella struttura logica* degli stessi principi o diritti, talora esplicitati dalle stesse norme costituzionali e comunque *riconoscibili in via generale ed astratta in sede di interpretazione* giudiziaria o dottrinale» (122, corsivi miei); Ferrajoli aggiunge peraltro che «non si tratta di limiti dettati da opzioni morali o ideologiche» (122). Ora, a parte il fatto che non è chiaro in che modo si possa conciliare quest'ultima affermazione con la già

menzionata tesi, difesa in via generale dallo stesso Ferrajoli, secondo cui «nell'interpretazione dei testi delle leggi e soprattutto delle costituzioni intervengano inevitabilmente, a suo sostegno, scelte orientate da opzioni morali o comunque etico-politiche» (97); a parte questo, dicevo, Ferrajoli fa l'esempio di un presunto limite "logico" ad un diritto fondamentale: infatti, «la libertà di manifestazione del pensiero incontra certamente il limite della dignità della persona» (123). Bene: non si vede come la dignità della persona possa essere considerata un limite *puramente logico* alla libertà di manifestazione del pensiero, anziché un limite individuato sulla base di considerazioni sostanziali anche di carattere etico-politico – cosa resa ancora più evidente dal fatto che si tratta di un limite nemmeno espressamente menzionato dal testo della costituzione<sup>24</sup>.

### 3.2. *Una chiosa sulla validità sostanziale*

Concluderò questa sezione dedicata al positivismo giuridico di Ferrajoli con un'ulteriore notazione relativa al concetto di validità sostanziale: concetto strategico, come ormai sappiamo, nel rinnovamento del positivismo giuridico proposto da Ferrajoli, e anche (come vedremo tra breve) nella sua teoria della democrazia. Generalmente parlando, abbiamo detto, la validità sostanziale è data dalla conformità di una norma alle norme ad essa superiori. Ferrajoli, tuttavia, propone anche una definizione (stipulativa) più precisa di validità sostanziale, «che richiede che all'atto normativo sia associabile

<sup>24</sup> Peraltro, che l'individuazione di tale limite sia frutto non della logica, ma di apprezzamenti sostanziali appare chiaro in virtù del fatto che «tale limite può essere ritenuto più o meno rigido, dando luogo a soluzioni diverse nei casi concreti a seconda, per esempio, del ruolo pubblico della persona di cui viene violata la riservatezza» (123).



*almeno un significato* coerente con *tutte* le norme sostanziali ad esso sopra-ordinate», mentre si parlerà di invalidità sostanziale «se *nessun* significato normativo associabile all'atto è compatibile con le norme sostanziali sulla sua produzione» (41, n. 56, corsivi nell'originale; cfr. anche FERRAJOLI 2007a, 527-530).

A dire il vero, non è chiara la ragione teorico-generale di questa qualificazione («almeno un significato»), che peraltro sembra anche controproducente per gli obiettivi di politica del diritto di fondo perseguiti dallo stesso Ferrajoli. Infatti, da un punto di vista teorico-generale, si consideri che Ferrajoli accetta la comune (e imprescindibile) distinzione tra atto normativo (composto a sua volta da enunciati linguistici – “disposizioni”, o “segni”) e norma (cioè il significato degli enunciati linguistici contenuti nell'atto normativo; 40, 131). Ebbene, applicando coerentemente la distinzione standard tra atto normativo, disposizione e norma al problema della validità sostanziale, si dovrebbe affermare che gli enunciati linguistici (le disposizioni) inclusi in ciascun atto normativo sono solitamente suscettibili di plurime interpretazioni, cioè possono essere interpretati in modo da esprimere, alternativamente, diverse norme – ad esempio le norme  $N_1$ ,  $N_2$ ,  $N_3$ ,  $N_4$ ; di queste norme, *alcune*, ad esempio  $N_1$  e  $N_2$ , saranno coerenti con le norme sostanziali sopra-ordinate, *e dunque* saranno valide in senso sostanziale; e *altre*, ad esempio  $N_3$  e  $N_4$ , saranno incompatibili con tali norme, *e dunque* saranno invalide in senso sostanziale. E questa sembrerebbe una raffigurazione abbastanza lineare del rapporto tra gli enunciati normativi, i loro possibili significati, e le norme sostanziali sopra-ordinate.

Invece la stipulazione di Ferrajoli, anziché dire che uno stesso atto normativo può esprimere tanto norme valide quanto norme invalide, come pare ovvio, afferma che un atto normativo è valido in senso sostanziale se almeno una delle norme che esprime è coerente con le norme superiori.

Ma in tal modo Ferrajoli produce una sorta di “sanatoria”, in sede teorica, di quegli atti normativi che esprimono allo stesso tempo sia norme valide sia norme invalide – perfino, in ipotesi, di quegli atti normativi che, pur potendo esprimere norme conformi a costituzione, nella prassi risultino costantemente ed esclusivamente interpretati e applicati dagli organi dell’applicazione in un senso che è incompatibile con le norme superiori (ipotesi tutt’altro che peregrina, visto anche che l’accertamento della coerenza tra norme inferiori e superiori è, come ogni questione interpretativa, opinabile); applicando coerentemente la stipulazione di Ferrajoli, infatti, dovremmo dire che in tale ultima situazione siamo comunque in presenza di un atto normativo valido in senso sostanziale, anche se il significato compatibile con la costituzione è di fatto costantemente ignorato dagli organi dell’applicazione – i quali si trovano invece ad applicare l’atto normativo attribuendogli significati contrari alla costituzione<sup>25</sup>.

Davvero non si capisce quale utilità teorica abbia questa stipulazione, che consente di qualificare come valido in senso sostanziale un atto che esprime (anche) norme invalide. Forse Ferrajoli dà semplicemente per scontato che, in

<sup>25</sup> La situazione descritta nel testo è in effetti quella che si verifica, nell’ordinamento italiano, quando la Corte costituzionale dichiara l’incostituzionalità del diritto vivente. In tali casi, infatti, la Corte prende atto del fatto che, pur essendo astrattamente disponibili dei significati conformi a costituzione, la giurisprudenza costante si è di fatto assestata su un significato non compatibile con la costituzione. E, non avendo il potere di imporre una propria interpretazione alle altre corti, alla Corte costituzionale non resta che dichiarare incostituzionale *l’atto normativo in sé*. Utilizzando la stipulazione di Ferrajoli, dovremmo concludere che in questi casi la Corte costituzionale annulla una norma valida in senso sostanziale, il che non sembra una descrizione particolarmente perspicua di ciò che in effetti accade.

presenza di quell'unico significato conforme a costituzione, gli interpreti *debbano* senz'altro sceglierlo, ignorando del tutto i possibili significati (cioè le possibili norme) incostituzionali («i giudici sono pur sempre sottoposti alla legge, ma solo alla legge ritenuta costituzionalmente valida», 54); e ciò spiegherebbe perché per avere un atto normativo valido in senso sostanziale è sufficiente che esso possa esprimere anche un solo significato coerente con la costituzione. Si tratterebbe in buona sostanza della tacita cristallizzazione, all'interno di una definizione stipulativa di validità, di una direttiva interpretativa, quella dell'interpretazione conforme a costituzione.

Ma, oltre a non “quadrare” molto con la logica della distinzione standard tra atti normativi, disposizioni e norme, questa stipulazione sottovaluta anche il fatto che talvolta è più opportuno, da un punto di vista di politica del diritto (ovvero, dal punto di vista di quel ruolo critico che Ferrajoli assegna ai giuristi), mettere in evidenza esattamente la possibilità che un atto normativo dia luogo a norme incostituzionali, pur potendo esso esprimere anche norme conformi a costituzione – ad esempio, nel caso in cui l'interpretazione incostituzionale appaia più ovvia mentre quella conforme a costituzione sarebbe più cervellotica: spesso, è meglio chiedere alla Corte costituzionale la rimozione di un atto normativo *prima facie* incostituzionale, anziché affidarsi alla vaga speranza che esso venga interpretato in senso conforme a costituzione.

#### 4. *Sulla teoria della democrazia di Luigi Ferrajoli*

In questa sezione discuterò alcuni aspetti della teoria della democrazia di Luigi Ferrajoli. Come ho già detto, la teoria della democrazia è, in Ferrajoli, del tutto integrata sia con il modello dello Stato costituzionale, sia con il positivismo

giuridico rivisitato alla luce di quello stesso modello (20, 23-26, 34-38, 45).

Il concetto di democrazia che si conviene allo Stato costituzionale è, per Ferrajoli, la “democrazia costituzionale” (v. in generale il cap. I). Quest’ultima si compone di due dimensioni: una “formale” e una “sostanziale”. La dimensione formale della democrazia, o democrazia formale, riguarda le forme, le procedure e i soggetti abilitati a prendere le decisioni pubbliche (il “chi” e il “come”). La dimensione sostanziale della democrazia, o democrazia sostanziale, riguarda le restrizioni sostanziali al contenuto delle decisioni pubbliche (il “che cosa”, “l’indecidibile”), e si riferisce alle decisioni pubbliche che *devono* essere prese (ad esempio in relazione all’attuazione di diritti di prestazione) e alle decisioni pubbliche che *non devono* essere prese (ad esempio, decisioni che violino diritti fondamentali) – rispettivamente, “l’indecidibile che non” e “l’indecidibile che” (25, 35-37, 48).

Inoltre, Ferrajoli disarticola ciascuna di queste due dimensioni della democrazia in due ulteriori dimensioni (risultandone così un modello “quadridimensionale” di democrazia”, 45): la dimensione formale si distingue in una dimensione “politica”, costituita dall’insieme dei diritti politici e che incarna l’auto-determinazione nella sfera pubblica; e in una “civile”, costituita dall’insieme dei diritti civili e che si esplica nell’attività negoziale dei privati capaci di agire (46). La dimensione sostanziale della democrazia si distingue per un verso nell’insieme dei diritti di libertà e di autonomia, che *non devono essere lesi* dalle decisioni pubbliche (la “democrazia liberale”), e per altro verso nell’insieme dei diritti sociali, che *devono essere attuati* dalle decisioni pubbliche (la “democrazia sociale”)<sup>26</sup>. Per Ferrajoli queste quattro dimensioni della

<sup>26</sup> Ma si ricordi che, in realtà, secondo Ferrajoli *tutti* i diritti fondamentali necessitano di leggi di attuazione: v. *supra*, § 2.2.

democrazia sono «tutte necessarie e congiuntamente sufficienti» (49) per aversi una democrazia costituzionale. Le quattro dimensioni della democrazia dunque corrono in parallelo a quattro classi distinte di diritti fondamentali: diritti politici, diritti civili, diritti di libertà e diritti sociali.

Ferrajoli, infine, istituisce un parallelo tra le dimensioni della democrazia e quelle della validità normativa: le tecniche e le procedure che integrano la democrazia formale sono funzionali alla validità formale degli atti normativi, mentre le restrizioni che integrano la democrazia sostanziale sono funzionali alla validità sostanziale delle norme.

Ora, a me pare che la definizione di democrazia utilizzata da Ferrajoli sia per certi versi troppo ampia, e per altri versi troppo ristretta (§ 4.1). Inoltre, non mi sembra condivisibile il modo in cui Ferrajoli argomenta a favore dell'inclusione di una dimensione sostanziale nel *concetto* di democrazia (§ 4.2).

#### 4.1. *Il concetto di democrazia messo a fuoco*

La definizione di democrazia utilizzata da Ferrajoli è troppo ampia perché include nel concetto di democrazia (seppure democrazia “costituzionale”) alcune cose che a ben vedere si fa fatica a ricondurre al concetto di democrazia come normalmente intesa. Questo salta all'occhio, in particolare, a proposito della democrazia “sostanziale” (di cui parlerò tra poco). Ma già nel campo della democrazia formale c'è qualcosa di strano: qui infatti troviamo non solo i tradizionali diritti politici, ma anche l'insieme dei diritti (civili) di autonomia privata, che Ferrajoli chiama democrazia “civile”. Orbene, secondo le più correnti definizioni di democrazia, essa si riferisce ai metodi di adozione delle decisioni collettive: e non è evidente in che modo la conclusione di un qualsiasi contratto tra soggetti privati possa essere ricondotto a questo ambito.

Ma, come dicevo, l'ipertrofia della definizione ferrajoliana di democrazia è più evidente nel campo della democrazia sostanziale. Infatti, secondo Ferrajoli, nella dimensione sostanziale della democrazia (o "democrazia sostanziale") rientrano tutti i limiti sostanziali al potere di produzione normativa: «ciò che da un lato è vietato e dall'altro è obbligatorio decidere, quali che siano le contingenti maggioranze» (35); tali limiti coincidono, evidentemente, con le norme sostanziali della costituzione (37). Questo causa alcune difficoltà, mi pare. In primo luogo, tra le norme sostanziali della costituzione (e dunque nel campo della democrazia sostanziale) figurano cose che si fa veramente fatica a ricondurre al concetto di democrazia (il principio del carattere personale della responsabilità penale, la tutela della famiglia come società naturale, la tutela del paesaggio e del risparmio), e anche cose che probabilmente Ferrajoli considera – giustamente – pressoché un affronto alla democrazia stessa (il c.d. *fiscal compact*, costituzionalizzato all'art. 81)<sup>27</sup>. In secondo luogo, non è del tutto chiaro quale sia il posto dei diritti politici nell'elegante rappresentazione quadridimensionale della democrazia elaborata da Ferrajoli. Ferrajoli infatti afferma che i diritti politici costituiscono la "democrazia politica", e dunque afferiscono alla dimensione formale della democrazia. Ma è del tutto

<sup>27</sup> Inoltre, qui e ora il legislatore nazionale italiano non può violare una serie di norme e principi derivanti dall'adesione italiana all'Unione europea: alcune di queste cose fanno parte, letteralmente, di ciò che è indecidibile da parte delle maggioranze politiche. E questo deriva, oggi, da una precisa norma costituzionale (art. 117). Se ne dovrebbe concludere che il diritto comunitario è parte della democrazia sostanziale del nostro Stato costituzionale – il che, dopo decenni di dibattiti sul deficit democratico dell'Unione europea, suona quantomeno paradossale.

evidente che, nello Stato costituzionale, i diritti politici sono anche altrettanti diritti fondamentali sottratti alla disponibilità delle contingenti maggioranze politiche (maggioranze che peraltro si formano proprio grazie all'esercizio di quegli stessi diritti politici), e dunque dovrebbero integrare anche la dimensione *sostanziale* della democrazia.

Il caso dei diritti politici è interessante, perché rivela una crepa, a mio parere, non solo nella distinzione tra le varie dimensioni della democrazia, ma anche nella quadripartizione dei diritti fondamentali elaborata da Ferrajoli (e non è un caso, ovviamente, visto che le due cose vanno in parallelo). Infatti, se guardiamo al caso specifico del diritto di voto, non solo non sappiamo se ricondurlo alla democrazia formale o a quella sostanziale (o, più probabilmente, ad entrambe, come molti altri diritti politici: si pensi al diritto di associazione politica); ma, guardando alla tipologia ferrajoliana dei diritti fondamentali, non sappiamo neanche se metterlo (solo) sotto la voce dei diritti politici o (anche) sotto quella dei diritti sociali: infatti il diritto di voto è certamente un diritto politico; ma può essere considerato anche un diritto sociale, perché il suo esercizio necessita di compositi interventi pubblici (segni elettorali, arruolamento di scrutatori, ecc.)<sup>28</sup>.

Questo non è un caso isolato: Ferrajoli stesso infatti mostra che anche il diritto a un reddito di base ha «una duplice natura. È innanzitutto, come è ovvio, un diritto sociale a una prestazione vitale da parte della sfera pubblica. Ma è anche un diritto civile di autodeterminazione e un diritto di libertà» (218). E la Corte costituzionale italiana

<sup>28</sup> Per Ferrajoli, «i diritti sociali (o positivi), [...] consistono in aspettative positive di prestazioni» (FERRAJOLI 2007a, 743) («Chiamerò *sociali* i diritti fondamentali 'a' o positivi, consistenti in aspettative positive (di prestazioni)», *ivi*, 742, corsivo nell'originale).

afferma ad esempio che anche il diritto fondamentale alla salute ha un duplice volto: come diritto sociale, e come immunità da lesioni all'integrità psico-fisica (Corte cost. n. 445/1990) – e a questi due potremmo aggiungerne anche un terzo: la libertà di autodeterminazione in materia sanitaria (Corte cost. n. 438/2008).

Queste osservazioni per un verso hanno un valore poco più che “estetico”, perché mettono in crisi l'eleganza euclidea della quadripartizione di Ferrajoli. Ma per altro verso offrono uno spunto ben più importante, relativo alla struttura dei diritti fondamentali: che sono entità complesse e proteiformi, e ingabbiarli in rigidi schematismi produce “distorsioni come prezzo dell'uniformità”<sup>29</sup>. C'è poco da guadagnare, nell'analisi dei diritti fondamentali, ad erigere rigide distinzioni e dicotomie (Ferrajoli parla ad esempio di una «grande divisione» tra diritti di libertà e diritti sociali: FERRAJOLI 2007a, 743), e molto da guadagnare invece ad indagare sulla complessità interna di ciascun (tipo di) diritto fondamentale, e sulle complesse interazioni, sovrapposizioni, e anche collisioni, tra (tipi di) diritti (PINO 2010b, spec. 302-304).

Ma la definizione di democrazia proposta da Ferrajoli è anche troppo ristretta: perché Ferrajoli riferisce di solito la democrazia all'ambito delle decisioni pubbliche, ma in realtà si riferisce alle forme e ai contenuti *della produzione normativa*: questo è reso particolarmente evidente dal nesso che Ferrajoli istituisce tra dimensioni della democrazia e condizioni di validità degli atti normativi. (Peraltro, un aspetto notevole della democrazia formale è il suffragio universale, ma non è chiaro in che modo quest'ultimo sia condizione di validità formale degli atti normativi.) Ma

<sup>29</sup> L'espressione è notoriamente di HART 1961, 48 (ma a tutt'altro proposito).



ovviamente l'ambito della democrazia è molto più ampio di quello che si incarna specificamente in atti di produzione normativa: nei regimi presidenziali o semipresidenziali, ad esempio, la democrazia si estende alla elezione diretta del capo dell'esecutivo, il quale in tale ruolo non ha necessariamente poteri di produzione normativa (che anche in quei sistemi sono solitamente riservati, o attribuiti in maniera preponderante, al parlamento); e anche nei regimi parlamentari il fatto che il governo debba godere della fiducia del parlamento è una istanza di democrazia. Inoltre, e per converso, anche nell'ambito specifico della produzione normativa la dimensione *formale* della democrazia include cose (come ad esempio le procedure stabilite dai regolamenti parlamentari) che non sembra abbiano direttamente a che fare con i diritti politici intesi come diritti fondamentali – quantomeno se si utilizza la definizione di diritti fondamentali *elaborata da Ferrajoli* (diritti che spettano a *tutti* in quanto persone, o cittadini, o capaci di agire). E dunque tutti questi aspetti della democrazia formale sembrano restare fuori dalla definizione di democrazia di Ferrajoli.

#### 4.2. *Questioni di metodo*

Oltre al *merito* del modo in cui Ferrajoli costruisce l'ambito della democrazia, non mi sembra nemmeno molto convincente il modo in cui Ferrajoli difende la scelta di *metodo*, per così dire, di includere una dimensione sostanziale accanto a quella formale di democrazia. Da questo punto di vista Ferrajoli ricorre a tre argomenti che sconsigliano di utilizzare una definizione solo formale-procedurale di democrazia, e militano in favore di una definizione anche sostanziale: una definizione solo formale-procedurale, infatti,

1) è affetta da «mancanza di portata empirica a causa della sua inidoneità a dar conto delle odierne democrazie costituzionali, nelle quali il potere del popolo o dei suoi

rappresentanti non è affatto illimitato ma è sottoposto ai limiti e ai vincoli imposti dai diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti»;

2) tali limiti e vincoli sono necessari, «quali condizioni della stessa effettività della democrazia politica, cioè della formazione di una volontà degli elettori consapevole e informata»;

3) tali limiti sono inoltre «una garanzia di sopravvivenza della stessa democrazia politica, la quale in loro mancanza può essere manomessa dall'onnipotenza delle maggioranze, come hanno dimostrato il fascismo e il nazismo del secolo scorso che conquistarono il potere con mezzi legali e formalmente democratici e poi soppressero la democrazia» (tutti i brani a p. 27).

Nessuno di questi argomenti sembra risolutivo in favore della scelta di includere una dimensione sostanziale *all'interno* del concetto di democrazia. In particolare, l'argomento *sub* 1) sembra fuori bersaglio, giacché nulla in una definizione formale-procedurale di democrazia implica che non siano concepibili limiti sostanziali a ciò che può essere democraticamente deciso; le definizioni formali-procedurali dicono solo *come* si prendono le decisioni democratiche (suffragio universale, regola di maggioranza), e nulla in ciò suggerisce che gli organi che decidono secondo tali modalità siano anche onnipotenti.

Gli argomenti *sub* 2) e 3), poi, dicono solo che certi limiti e vincoli sono necessari per l'*effettività* e per la *sopravvivenza* della democrazia, ma non si vede perché ciò che è necessario all'effettività o alla sopravvivenza di qualcosa debba essere incluso *nella definizione* di quella cosa. Si pensi, per capirci meglio, al caso del diritto di proprietà: ci sono molte cose che sono necessarie all'effettività del diritto di proprietà (strade, opere di urbanizzazione, accessibilità a relazioni di mercato), e alla sua sopravvivenza (forze di polizia, tribunali); ma per quale

ragione dovremmo considerare tutte queste cose come parte del *concetto* di proprietà?

Insomma, e per evitare qualunque dubbio, è vero che ci sono alcune cose che contribuiscono all'effettività della democrazia: senza un tasso di scolarizzazione diffuso, senza la libera circolazione delle informazioni e delle opinioni, senza un livello minimo di libertà dai bisogni materiali, senza tutte queste cose (e probabilmente altre ancora) le regole democratiche sarebbero solo una facciata per forme di oppressione sociale. Ed è vero che senza alcuni limiti la democrazia potrebbe fagocitare sé stessa<sup>30</sup>. Ma perché non dire semplicemente che ci sono cose che *servono alla* democrazia, così come altre cose per le quali è bene *limitare la* democrazia – che il nostro pantheon di valori è abitato non solo dalla democrazia, ma anche da altri valori, come i diritti fondamentali, e che in nome di questi ultimi possiamo e dobbiamo accettare limitazioni alla democrazia stessa?

##### 5. *Sulla teoria dei diritti fondamentali*

Come ho detto, in Ferrajoli il tema dei diritti fondamentali costituisce una sorta di filo rosso dell'intera impalcatura filosofico-giuridica: è infatti la presenza dei diritti fondamentali a determinare il nuovo modello di costituzione presente nello Stato costituzionale, e dunque a determinare

<sup>30</sup> Si veda Pintore 2013, § 7, per una nitida distinzione tra diritti “costitutivi” della democrazia (ad es., il diritto di voto), diritti che sono “presupposti normativi” della democrazia in senso liberale (ad es., libertà di manifestazione del pensiero), e diritti che sono “irrelati” al concetto di democrazia, ma tuttavia proteggono beni la cui fruizione è il presupposto fattuale di una democrazia in qualche senso effettiva (ad es. il diritto all'istruzione).

una nuova accezione di democrazia (la democrazia costituzionale), e dunque a richiedere anche un ulteriore rinnovamento delle categorie teorico-generalì del positivismo giuridico – in questo caso, una definizione formale e stipulativa di “diritto fondamentale”. Una analisi della filosofia giuridica di Ferrajoli non può dunque prescindere da una (breve) discussione sulla nozione ferrajoliana di diritto fondamentale.

Ho già evidenziato come la teoria di Ferrajoli sembri inavvertitamente scivolare verso una concezione “programmatica” dei diritti fondamentali, in ragione del fatto che secondo Ferrajoli è *sempre* necessario, per *qualunque* tipo di diritto fondamentale, l’intervento di una legislazione di attuazione (*supra*, § 2.2), e come questo non sembri rendere un buon servizio all’obiettivo sostanziale di Ferrajoli di assicurare la maggiore normatività possibile alle costituzione dello Stato costituzionale. Ho anche sostenuto (*supra*, § 4.1) che la rigida quadripartizione dei diritti fondamentali elaborata da Ferrajoli non sembra rendere giustizia della complessità del funzionamento effettivo di molti diritti fondamentali, i quali ultimi sembrano in realtà tagliare trasversalmente le diverse, nitide categorie individuate da Ferrajoli. Adesso svolgerò alcune considerazioni su quelle che mi sembrano delle incongruenze interne alla definizione di diritto fondamentale elaborata da Ferrajoli.

Ferrajoli propone una definizione formale, alla luce della quale i diritti fondamentali sono definiti «come diritti universali, attribuiti a tutti in quanto persone o cittadini o capaci d’agire, quali che siano in concreto, anche se futili o peggio moralmente riprovevoli, le aspettative positive o negative con essi stipulate» (90, note omesse; e v. *supra*, n. 8). Questa definizione è, sostiene Ferrajoli, formale perché non è assiologicamente compromessa (non è chiaro se sia formale anche in altri sensi, come ora dirò).

### 5.1. *E la nomodinamica?*

Quello che sembra un po' strano in questa definizione di "diritto fondamentale" è che essa non fa in alcun modo riferimento al grado gerarchico delle norme attributive dei diritti in questione. E questo è abbastanza contro-intuitivo, visto che stiamo parlando di diritti *giuridici*, cioè riconosciuti dal diritto positivo, e che il diritto positivo è un fenomeno dinamico (in senso kelseniano), cioè strutturato in maniera gerarchica su plurimi livelli normativi. Pertanto, essendo i diritti fondamentali diritti presenti nel diritto positivo<sup>31</sup>, ed essendo il diritto positivo una realtà gerarchicamente strutturata, ci aspetteremmo che i diritti fondamentali siano quelli che troviamo ai livelli più alti di questa costruzione gerarchica; questo sarebbe anche coerente con il senso comune dei giuristi, che identificano senza dubbio i diritti fondamentali con quelli proclamati nella costituzione. Di contro, nulla nella definizione "formale" elaborata da Ferrajoli richiede che i diritti fondamentali stiano nella costituzione: è del tutto possibile che, in base alla definizione di Ferrajoli, i diritti fondamentali siano proclamati in una legge, a condizione che tali diritti abbiano i requisiti prescritti dalla definizione di Ferrajoli.

Ebbene, oltre ad essere contro-intuitivo, tutto ciò crea qualche problema anche a Ferrajoli; il quale, ad esempio, afferma che la "naturale" rigidità delle costituzioni deriva proprio dal fatto che la costituzione codifica i diritti

<sup>31</sup> In *Principia iuris*, Ferrajoli osserva, come è ovvio, che i diritti fondamentali non esistono in natura, ma sono sempre prodotti da fonti normative (FERRAJOLI 2007a, 727): a mio giudizio, come mostrerò in questo e nel prossimo paragrafo, è *esattamente su questo elemento* che deve poggiare una definizione teorica (formale) di diritto fondamentale.

fondamentali, diritti che sono «di tutti e di ciascuno, non sono sopprimibili né limitabili a maggioranza» (78; su questo v. già *supra*, § 2.1). Questo però sembra effettivamente un *non sequitur*<sup>32</sup>: nulla, infatti, nella definizione formale di diritto fondamentale richiede che i diritti fondamentali siano non sopprimibili né limitabili dalla maggioranza con una legge; la qualifica di non sopprimibile, non limitabile ecc. può solo derivare dal fatto che un certo diritto è proclamato in una costituzione rigida e garantita (“superiore” nel senso già chiarito *supra*, § 2.1): cioè in una *fonte* che è sottratta alla libera disponibilità del legislatore. Ben può una maggioranza *concedere*, con una legge, diritti fondamentali (nel senso stipulato da Ferrajoli), e allo stesso modo ben può in seguito limitarli o anche revocarli. Di conseguenza, la definizione di Ferrajoli ammette tranquillamente che vi possano essere diritti fondamentali che sono nella piena disponibilità del legislatore, e questo non sembra essere molto coerente con la struttura e con il senso stesso dello Stato costituzionale.

Insomma, non sembra possibile fornire una definizione sensata (e, come dirò tra poco, anche formale) dei diritti fondamentali senza fare riferimento anche al *rango* delle norme che li conferiscono nella gerarchia delle fonti.

### 5.2. I titolari dei diritti fondamentali

Un altro problema con la definizione “formale” elaborata da Ferrajoli è il seguente: i diritti fondamentali sono i diritti che spettano a tutti in quanto persone o cittadini o capaci d’agire. Ebbene, le categorie rilevanti dei titolari dei diritti fondamentali (persone, cittadini, capaci d’agire) devono

<sup>32</sup> A meno, ovviamente, di intendere l’intero discorso come svolto non sul piano della teoria del diritto, ma della filosofia politica.

essere intese, per così dire, *in atto* o *in potenza*? Si tratta di un problema non banale, e anzi devastante: infatti entrambe le possibili risposte consegnano la definizione di Ferrajoli al collasso. Vediamo perché.

Se le categorie dei titolari dei diritti fondamentali devono essere intese come categorie “in atto”, si deve concludere che i diritti genuinamente fondamentali sono solo i diritti *effettivamente* attribuiti a tutti (nei tre possibili sensi già visti). Di conseguenza, *non* possono essere considerati diritti fondamentali numerosi diritti pur proclamati in costituzione – o in vario modo agganciati ai principi costituzionali in via argomentativa – che non sono attribuiti a *tutti*: così, non potrebbero essere considerati diritti fondamentali i diritti afferenti alla famiglia (non tutti ne hanno una), i diritti dei bambini, i diritti degli handicappati, i diritti dei malati, i diritti delle donne, i diritti dei lavoratori, i diritti delle lavoratrici madri, i diritti del convivente *more uxorio*, i diritti degli imputati, i diritti dei detenuti, i diritti delle minoranze, e in generale tutti i diritti di cui possono essere titolari categorie di soggetti più ristrette di quelle viste sopra. Con la conseguenza un po’ straniante, oltre tutto, che la costituzione e la giurisprudenza costituzionale sarebbero affollate di diritti non fondamentali: uno spreco insensato di energie, inchiostro, e garanzie, per diritti che dovrebbero invece essere nella piena disponibilità del legislatore.

A Ferrajoli non deve essere sfuggita questa conseguenza abbastanza indigesta della prima possibile interpretazione del “tutti”. Infatti, in *Principia iuris* si legge questa interessante precisazione:

«È poi evidente che sono fondamentali *anche* tutti i diritti spettanti alle classi delle persone naturali, o dei cittadini e/o dei capaci d’agire *in presenza di particolari e contingenti condizioni di status, giuridico o non, di cui tutti virtualmente possono essere titolari*: come la condizione di

lavoratore dipendente, o di malato, o di inabile al lavoro, o di imprenditore commerciale, o di coniuge, o di imputato o simili» (FERRAJOLI 2007a, 728, corsivi aggiunti).

Dunque sembra proprio che per Ferrajoli le categorie rilevanti devono essere intese come categorie “in potenza”: è diritto fondamentale un diritto di cui *potenzialmente tutti* (nei tre sensi più volte chiariti) possono essere titolari, anche se quel diritto è formalmente attribuito ad una categoria assai più ristretta; l’importante è che la categoria sia potenzialmente accessibile a tutti. Ma se la categoria rilevante è costruita in questo modo, allora si apre il problema speculare a quello visto poco sopra: e cioè che la platea dei diritti fondamentali si estende a dismisura – di fatto, *quasi tutti* i diritti (anche se non proprio tutti, come vedremo) possono più o meno agevolmente ambire alla qualifica di diritto fondamentale. Questo perché, palesemente, sono pressoché infinite le “particolari e contingenti condizioni di status, giuridico o non, di cui tutti virtualmente possono essere titolari”: non solo l’essere lavoratore o malato o imprenditore, ma anche essere professore universitario, parlamentare, sindaco, portaborse, prete (o suora), dirigente d’azienda, farmacista, notaio, generale dell’esercito, coltivatore diretto, operatore finanziario – visto che *in astratto* (a meno di trovarsi in una società rigorosamente castale) chiunque potrebbe trovarsi in una di quelle contingenti posizioni. Così, un *qualunque* diritto<sup>33</sup>, attribuito da una qualunque fonte normativa<sup>34</sup>, ad un soggetto appartenente a

<sup>33</sup> Si ricordi che per Ferrajoli l’aspettativa stipulata in un diritto fondamentale può anche essere “futile”.

<sup>34</sup> Si ricordi, ancora, che per Ferrajoli il carattere “fondamentale” di un diritto non ha nulla a che vedere con il rango della fonte che lo attribuisce.



una qualunque delle categorie sopra esemplificate sarebbe *ipso facto* un diritto fondamentale: lo sarebbe, cioè, per il mero fatto di essere riferibile ad una categoria potenzialmente aperta a “tutti”. Di contro però non si potrebbe parlare, nuovamente, di diritti fondamentali delle lavoratrici in gravidanza (condizione ad oggi non fisicamente esperibile dagli uomini), o di diritti fondamentali dei bambini (essendo impossibile per un adulto trovarsi contingentemente ad essere bambino), o di diritti fondamentali dei migranti (visto che si tratta di una condizione in cui possono versare solo persone non italiane).

Con la conseguenza che la categoria dei diritti fondamentali si trova ora ad essere notevolmente inflazionata, e sostanzialmente priva di significato: ve ne sono dappertutto, e praticamente per ogni categoria di soggetti (salvo le poche eccezioni viste sopra); e se sostanzialmente tutti i diritti sono fondamentali, allora nessun diritto realmente lo è. L'unica differenza effettivamente percepibile diverrebbe quella tra i diritti fondamentali proclamati in costituzione (garantiti dal controllo di costituzionalità) e i diritti fondamentali contenuti in fonti infra-costituzionali. Ma allora, nuovamente, a fare la vera differenza tra i vari diritti sarebbe non la qualifica di “fondamentale” (visto che lo sarebbero quasi tutti), ma soltanto la *fonte* in cui essi sono contenuti.

Ciò che ho inteso mostrare qui è che la definizione di Ferrajoli contiene qualcosa di incongruo in relazione all'individuazione dei titolari dei diritti fondamentali. Le difficoltà esaminate in questo paragrafo possono essere compendiate in un sospetto: che la definizione di Ferrajoli, nonostante le apparenze e nonostante le intenzioni, non sia affatto una definizione formale. Non lo è intanto perché essa contiene almeno un elemento (non formale ma) contenutistico: per individuare un diritto fondamentale dobbiamo esaminarne il contenuto, *sub specie* della individuazione dei suoi titolari. E non è formale anche perché appare

assiologicamente compromessa: c'è infatti nella definizione di Ferrajoli un nesso strettissimo tra la definizione dei diritti fondamentali e il valore dell'eguaglianza. Nesso che però, sfortunatamente, determina le contorsioni teoriche che abbiamo passato in rassegna in questo paragrafo.

### 5.3. *Una modesta (contro)proposta*

Le critiche che ho provato ad articolare in questa sezione non dovrebbero oscurare un punto su cui sono d'accordo con Ferrajoli: che è possibile ed utile elaborare una definizione teorica e formale di diritti fondamentali – concetto questo che nell'analisi teorico-giuridica del funzionamento dello Stato costituzionale è semplicemente imprescindibile. Credo però che questa definizione debba essere costruita in modo diverso da come fa Ferrajoli: anziché percorrere la strada delle stipulazioni, tale nozione può infatti essere agevolmente costruita utilizzando o combinando concetti che sono già normalmente utilizzati dai teorici del diritto e dagli stessi giuristi positivi. Questi concetti sono: diritto soggettivo, norma giuridica, gerarchia normativa.

In particolare, la definizione di diritto fondamentale che ne deriva è la seguente: un diritto fondamentale è un diritto soggettivo attribuito da norme aventi una posizione apicale nella gerarchia delle fonti o delle norme all'interno di un dato ordinamento (per uno sviluppo più articolato di questa definizione, cfr. PINO 2010a, capp. I-IV). In questa definizione, il ruolo centrale è svolto dal concetto di gerarchia normativa, e di norma (o fonte) gerarchicamente superiore: è la posizione gerarchica nell'ordinamento, e non il riferimento al valore dell'uguaglianza, a rendere un diritto "fondamentale". (Come ho già osservato, questa dimensione ordinamentale è, stranamente, assente nella definizione di Ferrajoli.)

Ed è, mi pare, una definizione puramente formale: perché non fa alcun riferimento né al contenuto dei diritti individuabili come fondamentali, né ai suoi titolari, né a valori etico-politici: tutto ciò di cui abbiamo bisogno per individuare un diritto come fondamentale, è individuare il dato – estrinseco, formale – della fonte che lo attribuisce.

*Riferimenti bibliografici*

- BARTOLE S. 2004. *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, il Mulino.
- BIN R., PITRUZZELLA G. 2005. *Diritto costituzionale*, VI ed., Torino, Giappichelli.
- BOBBIO N. 1961. *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996.
- BOBBIO N. 1965. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Comunità.
- CELANO B. 1999. *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, il Mulino.
- DWORKIN R. 2002. *Thirty Years On*, in ID., *Justice in Robes*, Cambridge (MA), Harvard U.P., 2006.
- FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2007a. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 1: Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2007b. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Vol. 2: Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2011. *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2012. *La teoria del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2012, 229-252.
- FERRAJOLI L. 2013a. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2013b. *Dei diritti e delle garanzie. Intervista a Mauro Barberis*, Bologna, il Mulino.
- FERRER BELTRÁN J., RODRÍGUEZ J.L. 2011. *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Barcelona, Marcial Pons.

- GALOPPINI A.M. 1971a. *Il caso Gennarino ovvero quanto vale il figlio di un operaio*, in «Democrazia e diritto», 1971, 225 ss.
- GALOPPINI A.M. 1971b. *Teoria e ideologia nel risarcimento del danno alla persona*, in «Quale giustizia», 1971, 628 ss.
- GIANFORMAGGIO L. 1992. *La critica morale del diritto: critica interna o critica esterna?*, in EAD., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 1995, 60-78.
- GIANFORMAGGIO L. 1993. *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in EAD. (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 25-48.
- GREEN L. 2008. *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, in «New York University Law Review», 83, 2008, 1035-1058.
- GUASTINI R. 2001. *Tre problemi di definizione*, in FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 43-48.
- GUASTINI R. 2004. *Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», 4, 2004, 81-84.
- GUASTINI R. 2010. *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2014. *La sintassi del diritto*, II ed., Torino, Giappichelli.
- HART H.L.A. 1958. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in ID., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 49-87.
- HART H.L.A. 1961. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002. Trad. it. da *The Concept of Law*.
- JORI M. 2001. *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza, 77-107.
- MARINI G. 2008. *La responsabilità civile*, in NIVARRA L. (ed.), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 219-301.

- PACE A. 1993. *La "naturale" rigidità delle costituzioni scritte*, in «Giurisprudenza costituzionale», 7, 1993, 4085-4134.
- PACE A. 1996. *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Padova, Cedam.
- PINO G. 2003. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, il Mulino.
- PINO G. 2010a. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino.
- PINO G. 2010b. *Conflitti tra diritti fondamentali. Una critica a Luigi Ferrajoli*, in «Filosofia politica», XXIV(2), 2010, 287-304.
- PINO G. 2014a. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014.
- PINO G. 2014b. *Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals*, in «Ratio Juris», 27(2), 2014, 190-217.
- PINTORE A. 2013. *Democrazia e diritto*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli.
- RODOTÀ S. 1971. *Una sentenza classista*, in «Politica del diritto», 1971, 435 ss.
- ROSS A. 1961. *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo e giusnaturalismo*. Trad. da *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, in SCHIAVELLO A., VELLUZZI V. (eds.), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, Giappichelli, 2005, 80-95.
- RUGGERI A. 1993. «Nuovi» *diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in «Politica del diritto», 1993, 183-217.
- SCHIAVELLO A. 2004. *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Torino, Giappichelli.
- VILLA V. 1999. *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, Giappichelli.

- VILLA V. 2004. *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli.
- ZOLO D. 2001. *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei "diritti fondamentali"*, in FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza.