

Luigi Ferrajoli, *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*.  
Città del Messico, 30.10.2007

1. *Premessa*.- Desidero innanzitutto esprimere il mio più sentito ringraziamento a tutti i colleghi dell'Instituto de Investigaciones Juridicas per avermi invitato a illustrare e a sottoporre alla discussione i lineamenti epistemologici e i principi metodologici di quello che è il lavoro più impegnativo della mia vita: una teoria del diritto sviluppata con l'ausilio del metodo assiomatico e una teoria della democrazia che della teoria del diritto rappresenta un'interpretazione empirica e normativa.

Si tratta di un'opera complessa - *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* - che ho progettato oltre 40 anni fa, negli anni Sessanta: la mia tesi di laurea, del 1962, si intitolava *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa* (1); e il mio primo libro, del 1970, scritto sotto la guida di Norberto Bobbio, si intitolava *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, e conteneva un abbozzo assolutamente rudimentale dell'attuale lavoro (2). Finalmente questo lavoro è uscito in Italia, in tre grossi volumi - dedicato il primo alla teoria del diritto, il secondo alla teoria della democrazia, il terzo alla formalizzazione del linguaggio teorico - presso l'editore Laterza e uscirà, l'anno prossimo, anche in Spagna dove un gruppo di colleghi la stanno già traducendo (3).

Di questo lavoro esporrò sommariamente il metodo adottato, l'oggetto o universo del discorso teorico e le finalità perseguite. Si tratta delle tre questioni metateoriche - *come viene costruita, di che cosa parla, a che cosa serve* una teoria (del diritto) - che corrispondono alle tre classiche dimensioni del linguaggio distinte da Charles Morris: la (meta-teoria) *sintattica*, dedicata alle relazioni sintattiche tra i segni della teoria quali risultano dal metodo assiomatico utilizzato nella formazione dei suoi concetti ed asserti; la (meta-teoria) *semantica*, dedicata al contenuto empirico e informativo della teoria intorno al diritto positivo; la (meta-teoria) *pragmatica*, dedicata alle finalità esplicative della teoria e al ruolo critico e progettuale da essa suggerito nei confronti del diritto, sulla base del diritto medesimo (4).

2. *La dimensione sintattica della teoria del diritto. Il metodo assiomatico*.- Dirò solo poche parole intorno alla *dimensione sintattica*, cioè al metodo assiomatico che ho adottato nella costruzione della teoria, benché proprio l'impiego di tale metodo rappresenti l'aspetto più singolare e appariscente della teoria e abbia richiesto il lavoro più lungo e faticoso.

Secondo questo metodo, non è ammesso nella teoria nessun concetto che non sia stato *definito* mediante altri termini teorici sulla base di regole di formazione previamente stabilite, e non è accettabile nessuna tesi che non sia stata *dimostrata* a partire da altre tesi della teoria sulla base di regole di trasformazione anch'esse prestabilite. Per evitare un regresso all'infinito, alcuni concetti sono **pertanto** assunti

come indefiniti in forma di *primitivi* e alcune tesi sono assunte come indimostrate in forma di *postulati* o di *definizioni*. Naturalmente l'applicazione di un simile metodo è resa possibile dallo specifico statuto teorico dei concetti e degli asserti della teoria. Diversamente dai concetti della dogmatica - come "mutuo", "locazione", "furto", "omicidio", vincolati al linguaggio legale e definiti quindi da ridefinizioni lessicali ancorate agli usi linguistici del legislatore - i concetti teorici, come "norma", "obbligo", "divieto", "validità" e simili, sono infatti il frutto di definizioni "stipulative" o di "assunzioni" o "convenzioni", cioè di scelte delle quali non avrebbe senso predicare la verità o la falsità ma solo la maggiore o minore capacità esplicativa (5).

E' chiaro che la costruzione della teoria con metodo assiomatico vale a soddisfare un'elementare esigenza scientifica: quella di conferire, grazie alla formalizzazione del linguaggio teorico, un maggior rigore, una maggiore chiarezza e precisione ai concetti giuridico-teorici. Tutti i termini della teoria del diritto, se non altro per la tradizione millenaria della scienza giuridica, sono termini fortemente polisemi e imprecisi - si pensi a termini come "norma", "diritto soggettivo", "validità", "sanzione", "responsabilità" - sui quali si sono accumulati molteplici significati, che convivono talora presso i medesimi autori e all'interno dei medesimi discorsi. Ne risulta una indeterminatezza concettuale quale non è rinvenibile in nessun'altra disciplina scientifica e **che** il metodo assiomatico è in grado di superare. La costruzione rigorosa del linguaggio della teoria del diritto è infatti resa possibile, attraverso la sua assiomatizzazione, dal fatto che tale linguaggio - a differenza del linguaggio delle discipline giuridiche particolari, che chiamo *dogmatico* perché dogmaticamente vincolato al lessico del linguaggio legale - è, come ho appena detto, un linguaggio "artificiale" o "convenzionale", elaborato dal teorico e perciò formalizzabile sulla base di regole da lui stesso stipulate (6). Aggiungo che il metodo assiomatico non è solo un metodo di controllo della coerenza sintattica e del rigore semantico del discorso teorico. Esso è altresì un metodo di scoperta, che consente di identificare come vere tesi non intuitive e di respingere come false tesi intuitive.

Ma la formalizzazione della teoria consente di soddisfare anche una seconda esigenza: quella del superamento dell'attuale divorzio, consumatosi fin dall'Ottocento, tra scienza giuridica, filosofia politica e sociologia del diritto. La teoria assiomatizzata del diritto è infatti una teoria "formale" (7), che non ci dice nulla, senza una sua adeguata interpretazione empirica, sui contenuti normativi dei concreti ordinamenti giuridici, né sulla loro giustizia o ingiustizia, né sul loro grado di effettività o di ineffettività. Una simile teoria - formale perché formalizzata e formalizzabile perché formale - si limita ad assumere o a definire concetti, a istituire relazioni tra di essi, a svilupparne le implicazioni e perciò ad analizzare la forma logica e la struttura normativa degli odierni ordinamenti e, in particolare, del loro "paradigma costituzionale". Ma proprio questo suo carattere formale fa di essa, questa è la tesi apparentemente paradossale che intendo argomentare, il migliore terreno di incontro tra i diversi approcci disciplinari allo studio del diritto - gli approcci giuridici, quelli filosofico-politici e quelli sociologici - che della teoria rappresentano altrettante interpretazioni empiriche o semantiche.

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

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

La prima divaricazione deontica è quella, elementare, tra *validità* e *effettività* delle norme, o se si vuole tra diritto e realtà, tra norme e fatti, tra il "dover essere giuridico" (o *di diritto*) e la concreta esperienza giuridica. Il punto di vista della scienza giuridica guarda i fenomeni giuridici identificandoli con le *norme giuridiche*. Il punto di vista della sociologia del diritto guarda i medesimi fenomeni identificandoli invece con i *comportamenti umani* regolati dalle norme giuridiche. Questi due diversi approcci o concezioni del diritto esprimono - come scrisse Hans Kelsen nel 1915, nella sua celebre polemica con Eugen Ehrlich - l'alternativa epistemologica fondamentale, "per quanto riguarda oggetto e metodo", che si propone alla teoria del diritto e, in generale, alla scienza giuridica (8). La prima concezione è quella che caratterizza la teoria del diritto come teoria *normativistica* e la scienza giuridica come scienza normativa, il cui oggetto è costituito dalle norme giuridiche e il cui metodo è l'interpretazione ovvero l'analisi del linguaggio legale. La seconda è quella che caratterizza la teoria del diritto come teoria *realistica* e la scienza del diritto come scienza sociologica, il cui oggetto è ciò che di fatto accade e il cui metodo è l'indagine fattuale. Secondo la nota distinzione di Herbert Hart, l'una guarda al diritto vigente (*law in books*) dal "punto di vista interno"; l'altra guarda al diritto vivente (*law in action*) dal "punto di vista esterno" (9). Sono quindi diversi - da un lato le norme, dall'altro i fatti - i riferimenti e le condizioni d'uso del termine "vero" a proposito delle proposizioni giuridiche della dogmatica e di quelle fattuali della sociologia del diritto.

E' chiaro che questa prima divaricazione deontica, tra norme e fatti, è legata al carattere non già descrittivo ma normativo delle prime nei confronti dei secondi. **Ne** consegue un'irriducibile divergenza tra tesi dogmatiche e tesi sociologiche. Se sul piano giuridico possiamo affermare che "(a norma dell'art.624 del codice penale italiano) tutti i furti sono puniti con la reclusione fino a tre anni", sul piano sociologico dobbiamo al contrario affermare che a causa dell'immane cifra nera della delinquenza "(accade in Italia che) *non* tutti i furti (ma solo una parte di essi) sono puniti

con la reclusione fino a tre anni". Ovviamente le due opposte tesi, benché entrambe vere, non sono contraddittorie, dato che parlano di cose diverse: l'una del "dover essere" normativo della punizione del furto, l'altra del suo "essere" o "non essere" effettivo. **Ed** è anche chiaro che in ordinamenti elementari, dotati di un solo livello normativo, come sono quelli del vecchio *stato legislativo di diritto*, la divergenza tra approccio normativistico e approccio realistico non crea nessun problema, dato che norme e fatti appartengono univocamente a universi diversi. Rispetto ad essi il rapporto tra dogmatica e sociologia del diritto, tra interpretazione giuridica e osservazione sociologica, può perciò essere risolto dalla rigida *actio finium regundorum* suggerita da Kelsen: i due approcci e i relativi discorsi sono totalmente separati, quali discipline distinte e indipendenti, essendo diversi e tra loro alternativi i relativi universi e modelli semantici.

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

Si tratta della classica separazione tra diritto e morale, ovvero tra *giustizia* e *validità*, generata dal mutamento di paradigma dell'esperienza giuridica prodottosi l'affermazione del principio di legalità quale meta-norma di riconoscimento del diritto positivo. In forza di questa separazione, che è un corollario del *positivismo giuridico*, la moralità (o la giustizia) predicabile di una norma non ne implica la giuridicità (o la validità) e, inversamente, la sua giuridicità (o validità) non ne implica la moralità (o la giustizia) (10). Di qui l'autonomia del punto di vista critico esterno, esclusa invece dalla confusione tra diritto e morale in entrambe le sue opposte versioni: dalla confusione del diritto con la morale operata dalle diverse versioni del giusnaturalismo; dalla confusione della morale con il diritto operata dalle diverse versioni del legalismo etico, inclusa quella, oggi diffusa in gran parte dell'odierno "neo-costituzionalismo", del costituzionalismo etico.

Infine la terza divaricazione è quella, ancor più importante per la scienza giuridica, che si è prodotta all'interno stesso della struttura del diritto, in forza di un secondo mutamento della norma di riconoscimento della validità giuridica: quello intervenuto con la stipulazione in costituzioni rigide di limiti e vincoli sostanziali alla produzione legislativa, quali sono tipicamente i diritti fondamentali. Se la divaricazione prodotta dal giuspositivismo è consistita nella dissociazione tra giustizia e validità, questa seconda divaricazione, prodotta dal *giuscostituzionalismo*, è consistita

nella dissociazione (*nel diritto*) tra *validità* e *vigore*, ossia tra il "dover essere costituzionale" e l'"essere legislativo" del diritto. In base ad essa, una legge è valida non già semplicemente perché vigente, cioè emanata nelle forme che consentono di riconoscerne l'appartenenza a un dato ordinamento, ma solo se, per di più, è coerente, quanto ai suoi contenuti, con le norme costituzionali di grado ad essa sopraordinato.

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

4. *La dimensione pragmatica della teoria del diritto. 'Principia iuris et in iure' e 'principia iuris tantum'.*- Ho così identificato, come tratti distintivi di quel complesso universo che è l'oggetto della teoria del diritto, tre divaricazioni tra "dover essere" ed "essere" del diritto rispettivamente espressi e indagati dalla filosofia politica, dalla dogmatica giuridica e dalla sociologia del diritto (11): tre tipi di discorsi diversi quanto ai contenuti informativi, al ruolo critico nei confronti dell'esperienza giuridica, e ai metodi di formazione dei loro concetti ed asserti, e tuttavia accomunati dal medesimo oggetto quali altrettante interpretazioni semantiche della teoria del diritto.

E' precisamente da questa tre possibili interpretazioni semantiche della teoria e dalle tre divaricazioni deontiche che esse consentono di rilevare che provengono altrettante *dimensioni pragmatiche* della teoria. Queste tre divaricazioni sollecitano infatti altrettanti tipi di giudizi e di valutazioni critiche intorno al diritto e alla pratica giuridica: il ruolo critico, nei confronti delle leggi vigenti, svolto dalle *discipline giuridiche positive* dal punto di vista interno della *validità* costituzionale; il ruolo critico, nei confronti dell'intero diritto positivo svolto dalla *filosofia politica* dal punto di vista assiologico esterno della *giustizia*; il ruolo critico, infine, nei confronti delle pratiche giuridiche, svolto dalla *sociologia del diritto* dal punto di vista esterno dell'*effettività* (12).

Di queste tre divaricazioni, la più importante per la scienza giuridica è ovviamente la terza, tra validità e vigore, connessa alla duplice dimensione già rilevata di "norma" e di "fatto" (a sua volta regolata da norme) assunta dalla legalità nello stato costituzionale di diritto. È in questa divaricazione interna al diritto tra livelli normativi che risiede il tratto distintivo del paradigma costituzionale, caratterizzato appunto dalla soggezione alla legge della legge medesima, non solo quanto alle forme degli atti che la producono, ma anche quanto ai contenuti normativi da essi prodotti. Questa soggezione è avvenuta tramite l'incorporazione, in costituzioni rigide, di principi etico-politici - come la separazione dei poteri, il principio di uguaglianza e i vari diritti fondamentali - trasformati così da fonti di legittimazione *politica* o *esterna* in fonti di legittimazione (e, se violati, di delegittimazione) anche *giuridica* o *interna*.

La principale implicazione metateorica di questa divaricazione riguarda il rapporto tra la logica e i suoi usi nella teoria del diritto da un lato e il diritto medesimo dall'altro. In un sistema nomodinamico di diritto positivo - entro il quale le norme non sono dedotte da altre norme, ma prodotte dalle autorità competenti - non sempre i principi logici sono soddisfatti dal diritto. In esso, antinomie e lacune strutturali non solo di fatto esistono, ma non possono non esistere tra norme di diverso livello a causa del divario che sempre virtualmente sussiste tra dover essere normativo ed essere effettivo (13). Coerenza e completezza, richieste dalla logica alla teoria quali condizioni di consistenza di qualunque discorso sul diritto che enunci implicazioni tra figure deontiche, non sono dunque, né possono essere, nel paradigma costituzionale, caratteri intrinseci del diritto che è oggetto della teoria; giacché questo diritto è un sistema nomodinamico, articolato su più livelli, ciascuno dei quali è normativo nei confronti di quello inferiore ed è perciò sempre, da questo, virtualmente violato e contraddetto. La logica, in breve, è propria dei discorsi *sul* diritto, mentre non è, pur se dovrebbe, del discorso *del* diritto positivo, nei cui confronti ha perciò un ruolo non già descrittivo ma prescrittivo.

Ciò vuol dire che i principi della logica deontica e tutti quelli della teoria che fanno uso di figure della logica deontica - come la contraddizione tra permesso e vietato o l'implicazione tra aspettativa positiva e obbligo corrispondente - sono sì principi *del* diritto ma non principi *nel* diritto. Non consistono, in altre parole, in principi *interni* al diritto positivo, cioè in quelli che possiamo chiamare *principia iuris et in iure*, non essendo espressi né esplicitamente né implicitamente da norme

giuridiche. Essi sono bensì *principia iuris tantum*, che impongono al diritto positivo, quali principi ad esso *esterni*, la logica che esso, di fatto, non ha ma che, di diritto, deve avere (14). Esprimono, in un ordinamento positivo o nomodinamico, il "dover essere" del diritto stabilito dal diritto medesimo, e cioè la normatività, nei confronti delle sue fonti, dei *principia iuris et in iure* stabiliti dalle norme di grado ad esse sopraordinato (15).

Di qui il ruolo normativo conferito alla teoria formale e assiomatizzata del diritto dal paradigma della democrazia costituzionale, strutturato su più gradi o livelli normativi: perché entro tale paradigma i principi teorici da essa assiomatizzati quali *principia iuris tantum* sono per un verso principi analitici logicamente veri, descrittivi del modello teorico; ma per altro verso sono principi normativi che impongono al diritto, non diversamente dai principi della logica o della matematica rispetto ai discorsi che ne fanno uso, coerenza e completezza rispetto ai *principia iuris et in iure* stipulati dalle norme costituzionali.

Il paradigma costituzionale, contrassegnato dai dislivelli normativi e perciò dalla virtuale presenza di antinomie e di lacune, postula insomma, se preso sul serio, una scienza giuridica non puramente ricognitiva ma a sua volta critica e normativa: cioè una teoria del diritto e una dogmatica giuridica che non possono più limitarsi a dire, secondo una classica tesi bobbiana, "ciò che il diritto è" (16): giacché non possono non dire anche "ciò che il diritto deve essere" e che parimenti fa parte, a un livello normativo superiore, del "diritto che è", nonché ciò che il diritto non deve essere e **che tuttavia** illegittimamente è.

E' su questa base che si è resa possibile, nel secondo volume dei miei *Principia iuris*, un'interpretazione semantica della teoria del diritto che, prendendo sul serio il "dover essere" del diritto quale è formulato nelle costituzioni rigide degli ordinamenti avanzati, si configuri come una teoria non più formale, ma empirica e normativa, della democrazia costituzionale. E' in questo "dover essere" giuridico del diritto medesimo, stipulato con la costituzionalizzazione di principi etico-politici come il principio di uguaglianza e i diritti fondamentali, che risiede il nesso tra diritto e democrazia che contrassegna il paradigma garantista del costituzionalismo rigido. Anche la democrazia, non meno del diritto, è infatti una costruzione artificiale: un sistema di istituzioni, di funzioni e di pratiche, disciplinate da regole non solo formali ma anche sostanziali cui sono sottoposti tutti i poteri, a garanzia della pace e delle diverse classi di diritti fondamentali. Precisamente, la democrazia costituzionale è un sistema istituzionale complesso, che ho articolato in quattro dimensioni - la dimensione politica, quella civile, quella liberale e quella sociale - le cui norme di riconoscimento consistono in altrettante classi di diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti: i diritti politici o di autonomia politica, i diritti civili o di autonomia negoziale, i diritti di libertà e i diritti sociali. Di questo modello, la teoria disegna il paradigma normativo; analizza la divaricazione che sempre sussiste con il funzionamento pratico delle istituzioni; identifica i diversi tipi di garanzie idonee ad assicurarne il massimo di effettività; delinea le sue molteplici potenzialità espansive: nei confronti dei poteri privati oltre che dei poteri pubblici, a garanzia dei diritti sociali e dei beni fondamentali oltre che dei tradizionali diritti di libertà.

Ci sono poi le altre due dimensioni pragmatiche che, come ho detto, provengono alla teoria del diritto dalle altre due divaricazioni deontiche sopra illustrate tra dover essere ed essere del diritto: la divaricazione empirica tra validità ed effettività e quella assiologica tra validità e giustizia

La divaricazione empirica o fattuale, tra *vigore* ed *effettività*, si manifesta nell'ineffettività del diritto, che nello stato di diritto riguarda non solo i singoli individui, ma anche, e direi soprattutto, i pubblici poteri, risolvendosi nel funzionamento illegale o extra-legale delle istituzioni. Si tratta di un fenomeno sempre più ampio e vistoso, che mina alle radici le nostre democrazie e si manifesta soprattutto nell'illegalità che contrassegna ormai sistematicamente - si pensi alle guerre, ai crimini impuniti contro l'umanità, alla crescita delle disuguaglianze, alle violazioni massicce dei diritti umani - le relazioni internazionali. E' una divaricazione che rischia di screditare l'intero paradigma della democrazia costituzionale e la cui analisi non può essere ignorata dalla teoria e dalla scienza giuridica, dalle quali sollecita non solo la critica delle illegalità istituzionali, ma anche la progettazione di garanzie e di istituzioni di garanzia idonee a ridurla se non a eliminarla.

Infine, la divaricazione assiologica o filosofico-politica tra *diritto positivo* e *giustizia*, conseguente all'affermazione del principio di legalità, sollecita la riflessione sulla progettazione e sulla produzione positiva, e perciò sui fondamenti assiologici del paradigma del costituzionalismo democratico quale è elaborato dalla teoria del diritto. Gran parte dei principi costituzionali positivizzati nelle costituzioni rigide, si è detto, - libertà, uguaglianza, persona, diritti umani, rappresentanza, separazione dei poteri, sfera pubblica e simili - sono esattamente gli stessi che furono elaborati dal pensiero filosofico-politico di tradizione illuminista. Solo che essi, una volta costituzionalizzati, cessano di essere soltanto principi assiologici esterni di filosofia politica, e diventano anche principi giuridici interni - *principia iuris et in iure* - all'universo del discorso giuridico, dei quali la scienza giuridica non può ignorare il ruolo normativo svolto nei confronti degli ordinamenti vigenti. La filosofia politica conserva, ovviamente, un suo autonomo spazio, esterno al diritto e alla scienza giuridica, e un suo autonomo punto di vista, critico e progettuale, nei confronti del diritto medesimo. Ma non è più sostenibile la tesi, espressa per esempio da Santi Romano in un celebre saggio di un secolo fa, dell'irrelevanza dei suoi principi e dei suoi concetti per la teoria costituzionalistica della democrazia (17).

5. *Un modello integrato di scienza giuridica: teoria del diritto, dogmatica, filosofia politica e sociologia del diritto.*- E' così che la teoria del diritto, e specificamente dello stato costituzionale di diritto, con le divaricazioni da essa esplicitate tra principi etico-politici, principi di diritto e pratica giuridica, può oggi proporsi, grazie al suo carattere formale, come il luogo di incontro entro cui è possibile ricomporre le tante fratture disciplinari - tra scienza del diritto, sociologia giuridica e filosofia politica - che hanno segnato la storia della cultura giuridica moderna.

C'è un aspetto singolare del nostro sapere giuridico e politico sul quale desidero qui soffermarmi. I rapporti tra i diversi punti di vista e i relativi approcci disciplinari allo studio del diritto che ho più sopra distinti - la scienza giuridica, la filosofia politica e la sociologia del diritto - pur riguardando i medesimi fenomeni, il diritto, appunto, e le istituzioni giuridiche e politiche sono caratterizzati da una sostanziale incomunicabilità, a causa della più totale ignoranza reciproca. I giuristi, di solito, leggono solo libri di diritto e i loro libri sono letti soltanto da giuristi. I filosofi - perfino i filosofi della politica - a loro volta ignorano totalmente il diritto: le sue categorie concettuali elementari, le strutture costituzionali degli ordinamenti, il funzionamento delle istituzioni. Salvo poche eccezioni, la situazione odierna delle due culture sembra caratterizzata da un sostanziale analfabetismo giuridico dei filosofi e da un non minore analfabetismo filosofico dei giuristi (18).

Questa reciproca ignoranza e incomunicabilità sono tanto più sorprendenti in quanto tra filosofia e scienza del diritto c'è stata, tra '600 e '700, un rapporto strettissimo. Fatta eccezione per il solo diritto civile, che ha una tradizione millenaria risalente al diritto romano, tutte le principali discipline giuridiche - il diritto pubblico, il diritto penale, il diritto internazionale - sono figlie della grande tradizione filosofico-politico dei secoli XVII e XVIII. Hanno origine, precisamente, nella nascita dello Stato moderno, i cui padri costituenti furono i classici del giusnaturalismo razionalista e illuminista - da Hobbes a Locke, da Montesquieu e Rousseau a Beccaria e a Kant - che di esso teorizzarono i principi di giustificazione e di legittimazione, i fondamenti di ragione, le forme e le regole di organizzazione dei pubblici poteri: dalla dottrina del contratto sociale, che è una sorta di metafora delle future costituzioni come patti di convivenza civile, alle teorizzazioni dei diritti naturali; dalla teorica della sovranità a quella della separazione dei poteri; dalla rifondazione garantista del diritto penale alla nascita della scienza giuridica internazionale.

Ebbene, questo nesso profondo tra cultura giuridica e cultura filosofico-politica, si dissolse verso la seconda metà dell'Ottocento. Da allora gli studi giuridici e gli studi filosofico-politici, sono sempre stati, per formazione di base e per organizzazione accademica e disciplinare del sapere, tra loro distanti e separati. Separati e incomunicanti a causa di una doppia impermeabilità: da un lato per l'autoreferenzialità e, in sostanza, l'isolamento culturale della scienza giuridica che ha sempre difeso, in nome della sua tradizione millenaria, la propria autonomia dalle altre scienze sociali, siano esse sociologiche o politologiche; dall'altro per l'inaccessibilità del sapere giuridico ai non giuristi a causa del suo carattere tecnico e specialistico, che ha sempre inibito la conoscenza delle categorie elementari del diritto ai filosofi della politica, dotati di solito di una cultura essenzialmente storica, filosofica e umanistica.

Ci sarebbe in proposito un lungo discorso da fare sull'organizzazione accademica dei nostri studi. Se è vero che i giuristi leggono di solito solo libri di diritto, per altro verso, l'insegnamento del diritto è assente non solo nella scuola secondaria, ma anche nelle Facoltà di filosofia, dove non esiste neppure un insegnamento di Diritto pubblico. Accade così che giuristi e filosofi della politica si occupano esattamente delle stesse cose: il potere, le libertà, le istituzioni, i rapporti tra autorità e libertà e tra Stato e mercato, la sfera pubblica, l'amministrazione della giustizia, la redistribuzione

della ricchezza, le forme, infine, della democrazia. Ma se ne occupano con linguaggi, punti di vista ed approcci diversi - diversi e insieme divisi da un implicito diaframma - e perciò ignorandosi totalmente e talora ostentamente tra loro.

Ed ancor più lungo sarebbe il discorso da fare sulle ragioni di questa frattura. Mi limiterò a ricordare che alla base di questo divorzio tra le due culture c'è stata una consapevole, volontaria e in gran parte consensuale operazione meta-teorica, metodologica, di segno anti-illuministico, che risale al secondo Ottocento. Il divorzio, in Germania e in Italia, fu apertamente dichiarato, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento, soprattutto dai giuristi, i quali misero al bando ogni riflessione filosofica sui fondamenti assiologici e razionali del diritto e promossero, in nome dell'"autonomia" e della "scientificità" delle discipline giuridiche, il loro isolamento e la loro autoreferenzialità epistemologica. In Italia, in particolare, i principali caposcuola - da Vittorio Emanuele Orlando a Vittorio Scialoja, da Arturo Rocco a Vincenzo Manzini - stigmatizzarono, con la teorizzazione del metodo tecnico-giuridico quale unico metodo scientifico, ogni contaminazione filosofico-politica o sociologica della scienza giuridica. Con paradosso apparente, nel momento stesso in cui la filosofia giusnaturalistica e razionalistica, sviluppatasi da Hobbes in poi, realizza, con la nascita dello Stato moderno, il suo progetto giuridico, proprio l'affermazione da essa stessa progettata del principio di legalità quale norma esclusiva di riconoscimento del diritto esistente ne decreta l'estromissione dall'orizzonte scientifico del giurista. E, ciò che è più grave, viene insieme smarrito dalla scienza giuridica, con l'affermazione del metodo tecnico-giuridico, ogni punto di vista critico esterno di tipo assiologico e progettuale.

Ebbene, all'indomani del secondo dopoguerra si producono due fattori di crisi dell'indirizzo tecnico-giuridico, che equivalgono ad altrettanti momenti di rottura dell'isolamento della scienza giuridica ed operano l'uno sul piano epistemologico e metodologico, l'altro sul piano teorico.

Il primo fattore può essere riconosciuto nella profonda conversione di una parte almeno della filosofia del diritto, che si orienta verso gli studi di teoria generale del diritto, di logica ed epistemologia della scienza del diritto, di teoria dell'argomentazione e dell'interpretazione giuridica. E' una conversione che si produce sul piano stesso della metodologia della scienza del diritto grazie a due eventi in parte connessi: in primo luogo la nascita della teoria generale del diritto come approccio metodologico distinto ed autonomo dalle discipline giuridiche particolari, ad opera di Hans Kelsen, di Herbert Hart e di Norberto Bobbio e delle loro scuole; in secondo luogo l'emancipazione di una parte rilevante della filosofia del diritto dalle sue vecchie tradizioni giusnaturalistiche e idealistiche e la sua rifondazione come teoria ed epistemologia della scienza giuridica, segnata dall'incontro con i nuovi orientamenti della filosofia della conoscenza: dalla logica all'analisi del linguaggio, dalla metodologia della scienza alla teoria dell'argomentazione. In particolare, l'orientamento filosofico-analitico formula il progetto più ambizioso: quello della rifondazione epistemologica della scienza giuridica in sintonia con la nuova filosofia della scienza, promosso da Norberto Bobbio con quel vero manifesto programmatico che fu il suo classico saggio *Scienza giuridica e analisi del linguaggio* del 1950 (19).

Il secondo e ancor più importante fattore di crisi del metodo-tecnico giuridico e un secondo terreno di incontro tra scienza giuridica e filosofia è stato quel vero mutamento di paradigma del diritto che si è prodotto, in quasi tutti i paesi del continente europeo con l'introduzione delle costituzioni rigide, e perciò l'affermazione del paradigma della democrazia costituzionale. Le costituzioni hanno infatti incorporato principi e valori in gran parte corrispondenti a quelli elaborati dalla tradizione filosofico-giuridica illuministica: il principio di uguaglianza, i diritti di libertà, la dignità della persona, i diritti di libertà cui si aggiungono i diritti sociali, la rappresentanza politica, la separazione dei poteri. Questi principi, che l'indirizzo tecnico-giuridico aveva estromesso dalla riflessione giuspubblicista, si tramutano, grazie al grado sopraordinato alla legge conferito alle costituzioni dalla loro rigidità, da principi etico-politici in principi giuridici, che la scienza giuridica non può più ignorare a causa del loro carattere vincolante nei confronti della legislazione ordinaria.

E' su questa base che la teoria generale del diritto può divenire il terreno di un nuovo incontro tra i diversi approcci allo studio del diritto, ai quali offre un apparato concettuale in larga parte comune e indispensabile alla loro stessa funzione critica, oltre che esplicativa: tra il duplice punto di vista giuridico interno proprio delle discipline dogmatiche positive, il punto di vista empirico esterno proprio della sociologia del diritto e il punto di vista assiologico esterno della filosofia politica, corrispondenti ciascuno ad altrettante interpretazioni semantiche della teoria formale. L'incontro con la filosofia, in particolare, si rende possibile su un duplice piano: sul piano del metodo, attraverso la recezione della logica e dell'assiomatizzazione nella costruzione dei concetti e dei costrutti teorici e dell'analisi del linguaggio nella formazione dei concetti e degli asserti dogmatici; sul piano dell'elaborazione dei concetti, che hanno alle spalle la grande tradizione della filosofia politica classica, nonché della progettazione giuridica, che non solo non è più preclusa alla scienza del diritto, ma è al contrario imposta dal progetto costituzionale, il quale non è più un progetto politico esterno al diritto, bensì il progetto giuridico disegnato dalle costituzioni.

Ovviamente la dogmatica giuridica, la sociologia giuridica e la filosofia politica corrispondono comunque ad approcci diversi, rigorosamente distinti sia quanto ai metodi di formazione dei loro concetti ed asserti, sia quanto ai punti di vista dai quali guardano al medesimo oggetto. Ma è precisamente la teoria formale del diritto che consente a questi diversi approcci, accomunati dal medesimo universo di discorso, di avvalersi l'uno degli apporti dell'altro. Dando conto delle suddette divaricazioni deontiche - tra giustizia e validità, tra validità e vigore, tra vigore ed effettività - la teoria consente infatti di distinguere e insieme di connettere i relativi livelli di discorso, l'uno normativo e critico rispetto all'altro, e così di rifuggire dalle diverse e frequenti fallacie ideologiche - giusnaturalistiche, etico-legalistiche, paleo-giuspositivistiche, normativistiche e realistiche - che conseguono sia dalla loro confusione che dalla loro reciproca ignoranza. Ma consente, soprattutto, lo sviluppo di una teoria della democrazia che prenda sul serio le costituzioni e le loro promesse normative, sviluppando il sistema di garanzie in grado di conferire il massimo di effettività a quei principi di giustizia e a quei diritti fondamentali da esse stipulati quali condizioni di validità e di legittimità del diritto esistente.

## Note

(1) Pubblicata l'anno dopo con il medesimo titolo, *Sulla possibilità di una teoria del diritto come scienza rigorosa*, in "Rivista internazionale di Filosofia del diritto", fasc.III, maggio-giugno 1963, pp.320-362.

(2) *Teoria assiomatizzata del diritto. Parte generale*, Giuffrè, Milano 1970.

(3) *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, voll.3, Laterza, Roma-Bari 2007: vol. 1. *Teoria del diritto*; vol. 2. *Teoria della democrazia*; vol. 3. *La sintassi del diritto* (pubblicata anche in un c.d allegato al volume I).

(4) Sono le tre dimensioni della semiosi o teoria dei segni distinti da Ch.Morris, *Foundations of the Theory of Signs*, (1938), trad.it., *Lineamenti di una teoria dei segni*, Paravia, Torino 1954, cap.II, § 3, pp.18-20: "Si possono studiare le relazioni dei segni con gli oggetti cui sono applicabili. Chiameremo questa relazione *dimensione semantica della semiosi*; lo studio di questa dimensione sarà chiamato *semantica*. Oppure il soggetto di studio può essere la relazione dei segni con gli interpreti. Chiameremo questa relazione *dimensione pragmatica della semiosi*; lo studio di questa dimensione avrà il nome di *pragmatica*"; c'è infine un'altra "importante relazione in cui i segni possono venire a trovarsi: quella formale fra i segni stessi... Essa sarà chiamata *dimensione sintattica della semiosi*; e il suo studio avrà il nome di *sintattica*".

(5) E' chiaro che la teoria è tanto analitica e avalutativa nella derivazione dei teoremi, quanto è frutto di scelte nella formulazione delle sue tesi primitive o indimostrate. Queste scelte sono di solito scelte di carattere teoretico, giustificate dalla maggiore capacità esplicativa da esse rivelata, nel corso stesso della teoria, rispetto a possibili scelte alternative. Talvolta, tuttavia, si tratta di scelte alle quali non sono estranee opzioni di carattere etico-politico, dettate dalle specifiche finalità ricostruttive perseguite dal teorico in vista delle implicazioni pratiche da esse suggerite. Si prenda per esempio il concetto di "illecito". La definizione da me proposta nel mio lavoro come "atto (informale) *vietato*" non è certo più "vera" della definizione kelseniana di "illecito" come qualunque atto cui l'ordinamento connette una *sanzione* (H.Kelsen, *Reine Rechtslehre*, [1960], trad.it., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1966, § 6, lett. a), pp. 43-44; Id., *General Theory of Law and State* (1945), trad.it., *Teoria generale del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano 1959, parte I, cap.III, pp.51-56). Ma sono assai diverse le implicazioni teoriche generate dalle due definizioni e gli effetti pratici da esse ammessi o suggeriti. Sulla base della definizione kelseniana un comportamento vietato per il quale non siano previste sanzioni non è un atto illecito: la guerra non di difesa, per esempio, benché vietata dal diritto internazionale e da molte costituzioni statali, non essendo sanzionata né dall'uno né dalle altre, non è alla sua stregua configurabile come illecita, ed è anzi in alcuni casi concepita, dallo stesso

Kelsen, essa stessa come sanzione (H.Kelsen, *Teoria* cit., parte II, cap.VI, pp.332-337, 349 ss, 360-361; Id., *Law and Peace in International Relations*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1952, pp.36-55; Id., *La dottrina pura* cit., § 42, lett. a), pp.352-354). Al contrario, sulla base della definizione di "illecito" come atto vietato, anche la guerra è qualificabile come illecito, mentre l'assenza di sanzioni risulta configurata come una lacuna di garanzie che richiede di essere colmata. Un discorso analogo può essere fatta per la nozione di "diritto soggettivo", o di "diritti fondamentali" perché "universali", o di "validità" o simili.

(6) In questo senso l'espressione "dogmatica" (e "dogmatico") diverge largamente dal suo uso corrente. Nel suo significato prevalente il termine "dogmatica", e più ancora "alta dogmatica", include concetti e tesi teoriche. Esso fu anzi introdotto da Rudolf von Jhering, nel titolo e nel saggio introduttivo alla rivista da lui fondata nel 1857 "Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts", proprio per designare la costruzione sistematica dell'insieme dei concetti giuridici. Si vedano, sulle origini e sulla storia dei termini "dogma", "dogmatica" e "dommatica", R.Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Giappichelli, Torino 1963, cap.II, §§ 8 e 9, pp.229-250; V.Piano Mortari, *Dogmatica giuridica. Premessa storica*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, vol.XIII, 1964, pp.671-678, e E.Paresce, *Dogmatica giuridica*, ivi, pp.678-712. Il termine viene invece qui usato - in un senso da un lato più ampio, perché inclusivo di tutte le tesi sulle norme dell'ordinamento indagato, e dall'altro più ristretto perché non include i termini e le tesi teoriche: come sinonimo, insomma, dell'espressione "discipline giuridiche positive" o "particolari". Rispetto a questa è peraltro preferibile per due ragioni: in primo luogo perché anche la teoria del diritto è una disciplina di diritto positivo, e non si oppone alla dogmatica per la "generalità" o "non-particolarità" del suo oggetto, bensì, come si dirà nella nota che segue, per il suo carattere "formale", cioè per lo specifico livello di astrazione dei suoi concetti e asserti e per il metodo con cui essi vengono elaborati; in secondo luogo perché l'espressione allude efficacemente al carattere di "dogmi" rivestito dalle norme di legge rispetto ai discorsi empirico-osservativi dei giuristi vincolati alla loro interpretazione, ed esprime perciò il riflesso epistemologico di quel postulato teorico e meta-teorico del positivismo giuridico che è il principio di legalità.

(7) E' questa la caratterizzazione della teoria del diritto avanzata da Norberto Bobbio, secondo il quale "la teoria generale del diritto è una teoria *formale* del diritto nel senso che studia il diritto nella sua struttura normativa, vale a dire nella sua forma indipendentemente dai valori a cui questa struttura serve e dal contenuto che racchiude" (N.Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1955, p.VI). "E' inutile dire che questa idea", aggiunge Bobbio, "è stata elaborata, nella forma in cui è più nota, dal Kelsen", la cui "dottrina" o "teoria pura" è perciò "formale" nel senso qui assunto e suggerito da Norberto Bobbio. La stessa caratterizzazione della teoria del diritto come "teoria formale" è ripresa da Bobbio negli *Studi* cit., pp.3-7, 34-40 e 145-147. Sul carattere "formale" di tutte le tesi teoriche, rinvio alle chiarificazioni svolte ripetutamente, a proposito della mia definizione di

"diritti fondamentali", in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma 2001, cit., I, § 1 pp. 5-9; II, §§ 1 e 5, pp.123-145 e 150-151; III, §§ 1 e 4, pp.279-288, 298-309, trad.sp. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 2001. Non è inutile precisare che "formale" nel senso qui indicato, cioè quale predicato meta-teorico dei concetti e degli asserti della teoria, non ha nulla a che vedere con il significato di "formale" come termine teorico, che si riferisce invece alla "forma" degli atti giuridici normativi (in opposizione alla loro "sostanza" o al "significato" delle norme prodotte), dalla quale dipendono la loro "validità formale" e la dimensione "formale" della democrazia, legate l'una e l'altra all'osservanza delle norme a loro volta "formali" sulla produzione normativa.

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

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

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

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

(12) Si ricordi l'analogia distinzione tra "giustizia", "validità" ed "efficacia" quali criteri di valutazione tra loro indipendenti, formulata da N.Bobbio, *Teoria della norma giuridica* (1958), cap.II, ora in Id., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, pp.23-44. A questi tre criteri Bobbio fa corrispondere i tre problemi - quello "deontologico", quello "ontologico" e quello "fenomenologico" - rispettivamente di pertinenza della "teoria della giustizia", della "teoria generale del diritto" e della "sociologia giuridica". Il secondo di questi tre problemi è stato invece qui attribuito, anziché alla teoria, alle discipline giuridiche positive dei concreti ordinamenti, sia pure sulla base del concetto di "validità" definito, non diversamente del resto da quello di "effettività", dalla teoria del diritto. La teoria del diritto, infatti, come ha affermato ripetutamente lo stesso Bobbio nei passi citati nella nota 7, è una "teoria formale", "rivolta allo studio della struttura normativa" del diritto, e non già "dei contenuti normativi" (incluse le condizioni di validità dei diversi tipi di atti normativi) studiati invece dalla giurisprudenza e dalla dogmatica giuridica (N.Bobbio, *Studi cit.*, pp.96-98).

(13) Uso "antinomia" e "lacuna" in un significato più ristretto, rispetto agli usi correnti. Con questi termini, che si sono rivelati centrali nella teoria della democrazia costituzionale, designo soltanto le antinomie e le lacune rilevabili rispetto a norme di grado sopraordinato e configurabili perciò, diversamente dalle antinomie e dalle lacune tra norme dello stesso livello, come "violazioni" delle norme sopraordinate: cioè come "vizi" dell'ordinamento, non solubili dall'interprete, che comportano la non applicabilità, se non risolte, della norma di grado sopraordinato rispetto alla quale sono predicabili, nel primo caso per la presenza e l'applicazione di una norma di grado subordinato con essa in contrasto, e nel secondo per l'assenza e la non applicabilità delle sue norme di attuazione. A rigore, infatti, non si dà conflitto o contraddizione tra norme né nel rapporto tra due norme di cui l'una è successiva all'altra, né nel rapporto tra due norme di cui l'una è speciale e l'altra è generale. "Di due proposizioni contraddittorie", scrive Eugenio Bulygin, "sempre una è vera e l'altra è falsa; nel caso dell'abrogazione le due norme sono, in principio, entrambe valide, ed entrambe in un momento successivo perdono la loro validità. E precisamente: la norma abrogata perde validità nel momento in cui acquista validità la norma abrogatrice; la norma abrogatrice perde validità nel momento in cui ha adempiuto la funzione sua propria, ossia la soppressione dell'altra norma. A differenza di quanto accade in una contraddizione logica, nella quale nessuna delle due proposizioni perde la propria verità,

giacché una è (atemporalmente) vera e l'altra è (atemporalmente) falsa, il tempo svolge qui un ruolo importante. Nell'abrogazione non si dà alcun conflitto tra due norme, ed è anche possibile che nessuna delle due sia valida; due proposizioni contraddittorie, per contro, non possono essere entrambe false" (*Sobre el problema de la aplicabilidad de la lógica al derecho* [1983], trad.it., in E.Bulygin, *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino 1995, p.148). Ancor meno può parlarsi di contraddizione tra norma generale e norma speciale. La norma speciale, infatti, non prevede la medesima ipotesi di quella generale, ma un'ipotesi diversa, estensionalmente più ristretta. Per esempio, nell'ordinamento italiano, la norma penale che punisce come "oltraggio" chiunque "offende l'onore di un magistrato in udienza" (art.343 cod.pen.) deroga a quella che punisce come "ingiuria" chiunque "offende l'onore di una persona presente" (art.594 cod.pen.), punendo la prima più gravemente della seconda. Ma tra le due norme non esiste nessuna contraddizione o antinomia, applicandosi la seconda ove non ricorra il caso specifico previsto e disciplinato dalla prima; nello stesso modo in cui non esiste contraddizione tra la qualificazione di due fatti diversi l'uno come *oltraggio* di "magistrato in udienza", l'altro come *ingiuria* di una qualsiasi "persona presente".

(14) Merita di essere ricordato questo lucido passo di N.Bobbio, *Formalismo giuridico e formalismo etico* (1954), in Id., *Studi cit.*, cap.VII, p.153: "Un sistema giuridico, in quanto è fondato sul principio di legalità, non deve essere contraddittorio. Questo punto è stato illustrato particolarmente dal Kelsen e dal García Máñez. Ma ciò significa che il principio di non contraddizione è una vera e propria regola giuridica, contenuta implicitamente in ogni ordinamento. E se prima ho mostrato che il principio di legalità ha in un sistema normativo la stessa funzione che il principio logico di non contraddizione ha in un sistema teoretico, ora mi rendo conto che il principio di non contraddizione funge nello stesso sistema normativo da regola giuridica. Il che si potrebbe anche dire, con formula sintetica, che in una concezione legalistica della giustizia sono presenti, contemporaneamente, una tendenza alla logicizzazione del diritto e una tendenza verso la giuridificazione della logica, o, in altre parole, un riconoscimento del valore logico del diritto e insieme del valore giuridico della logica". "Il principio di non contraddizione", aveva scritto a sua volta Kelsen nel passo richiamato da Bobbio, "è infatti altrettanto valido per la conoscenza nel campo della validità normativa quanto in quello della realtà empirica" (H.Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., Appendice, III, A, p.415)

(15) In questo senso, per esempio, sono *principia in iuris et in iure* del modello teorico del garantismo penale, esplicitamente o implicitamente dettati dal diritto positivo degli ordinamenti avanzati, i dieci assiomi o principi penali e processuali che compongono il sistema SG elaborato in *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989, cap.II, § 2, p. 69 e *passim*.

(16) N.Bobbio, *Aspetti del positivismo giuridico*, (1961), in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, § 3, pp.105-106: "Come

modo di avvicinarsi allo studio del diritto, il positivismo giuridico è caratterizzato dalla netta distinzione tra diritto reale e diritto ideale, o, con altre espressioni equivalenti, fra diritto come fatto e diritto come valore, tra il diritto quale è e il diritto quale deve essere; e dalla convinzione che il diritto di cui deve occuparsi il giurista sia il primo e non il secondo. Volendo usare una sola parola per designare questa forma di *approach*, la si potrebbe chiamare 'scientifico'... In questa prima accezione di positivismo giuridico, dunque, positivista è colui che assume di fronte al diritto un atteggiamento avalutativo".

(17) S.Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), ora in *Scritti minori*, Giuffrè, Milano 1950, vol.I, p.108: Se "di diritto, intesa tale parola in senso stretto, vuol essere il nostro studio", afferma Santi Romano, devono ad esso rimanere estranei "quei vecchi problemi di cui si compiacquero i costituzionalisti del periodo dottrinario": come "la teoria del così detto Stato o Governo legittimo; la controversia se il popolo abbia o meno il diritto di darsi l'ordinamento che crede per sé migliore; l'ammissibilità del così detto diritto alla resistenza collettiva o alla rivoluzione; i problemi dell'origine e, specialmente, della giustificazione della sovranità; e, procedendo di questo passo, l'esame delle dottrine che fondano lo Stato sulla forza, su elementi contrattuali, e così via", fino ai temi e i problemi dei "diritti naturali" e del "potere costituente".

(18) Rinvio, sul punto, al mio *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 1999, trad.sp. in *Epistemologia jurídica y garantismo*, Fontamara, Mexico D.F. 2006, pp.169-299.

(19) *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in "Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile", 1950, 2, pp.342-367, ora in U.Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano 1976, pp.287-324.