

Istituto Tarelo per la filosofia del diritto
Genova | 26 marzo 2014

Dieci aporie nella teoria del diritto e della democrazia di Hans Kelsen

Il garantismo nello specchio della dottrina pura

Luigi Ferrajoli

Premessa – Propongo alla discussione la critica di talune aporie che mi sembrano presenti nella teoria del diritto di Hans Kelsen. Si tratta di dieci aporie che ho avuto occasione di rilevare in *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, in corrispondenza, volta a volta, con altrettante divergenze del sistema di concetti e di tesi che venivo sviluppando rispetto all'apparato concettuale kelseniano. Quasi tutte si trovano illustrate, oltre che in *Principia iuris*, anche in altri scritti, ma sempre in maniera sommaria e poco più che incidentale. Mi sembra quindi opportuno farne oggetto di una riflessione complessiva, più approfondita e, soprattutto, sistematica. Le dieci aporie, infatti, sono quasi tutte, a mio parere, tra loro variamente connesse¹.

C’è peraltro un aspetto di queste aporie che le rende estremamente rilevanti e che merita di essere fin d’ora segnalato. Kelsen, a causa della sua teorizzazione della struttura a gradi dell’ordinamento e del controllo di costituzionalità, può ben essere considerato il padre dell’odierno costituzionalismo rigido e accentratto. E tuttavia proprio quelle aporie sono responsabili, a mio parere, di una sua sostanziale incomprensione della portata innovativa del paradigma costituzionale e, soprattutto, del sistema delle garanzie da esso implicate ed imposte. Questa incomprensione, che per l’autorità di Kelsen è tuttora alla base di una diffusa interpretazione riduttiva del costituzionalismo, è forse dovuta al fatto che la dottrina pura fu elaborata ben prima dell’affermazione in Europa, all’indomani della seconda guerra mondiale, delle costituzioni rigide. Ma Kelsen, successivamente, non solo non corresse ma addirittura accentuò la sua concezione puramente dinamica degli ordinamenti positivi allorquando scrisse, proprio negli ultimi anni della sua vita, la *Teoria generale delle norme*, dove concepì il fenomeno normativo esclusivamente come espressione formalmente valida della volontà del legislatore.

1. *La forma logica della norma giuridica come relazione di dover essere tra atti* – La prima aporia, A1, riguarda la concezione kelseniana del *Sollen* e del suo rapporto con il *Sein*. Questo nesso, espresso dalla ben nota formula “se A, allora B”, è concepito da

¹ Ringrazio, per aver letto e discusso questo testo e per le osservazioni critiche che mi hanno rivolto, Tatiana Effer, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Giorgio Pino e Mario Ricciardi.

Kelsen come un nesso di “dover essere” tra un antecedente, da lui identificato con un atto, per esempio un atto illecito, e un conseguente da lui identificato con un altro atto, per esempio l’irrogazione di una sanzione². Il nesso è invece, a mio parere, più complesso. Esso non ricorre tra due atti, non avendo nessun senso l’implicazione di un atto da parte di un altro atto. Si articola, in realtà, in due nessi: un primo nesso che ricorre, nel caso per esempio dell’illecito, tra l’atto illecito e l’obbligo di applicare la sanzione in capo al soggetto a ciò deputato; e un secondo nesso che ricorre tra l’obbligo di applicare la sanzione e la possibile applicazione obbligatoria della sanzione medesima. Kelsen, avendo trascurato la mediazione interposta, tra l’antecedente e il conseguente, dalla figura deontica dell’obbligo, è costretto ad associare la dimensione deontica del fenomeno giuridico alla stessa relazione di implicazione (“A → B”) tra l’atto antecedente (per esempio l’illecito) e l’atto conseguente (per esempio l’irrogazione della sanzione).

In *Principia iuris* ho evitato questo corto circuito scomponendo il *Sollen* kelseniano nelle due implicazioni sopra indicate. Ho chiamato ‘efficacia’ la prima implicazione, tra l’atto e il suo effetto, e ‘attuabilità’ la seconda, tra l’effetto, consistente di solito in una figura deontica, e l’atto che ne è attuazione³. Così riformulati, questi due nessi – assunti come categorie generali e perciò estesi a tutti gli atti giuridici e a tutte le figure deontiche che degli atti sono effetti e di cui altri atti sono attuazioni – consentono di illuminare la fenomenologia di tutti gli atti giuridici e, in particolare, della loro classe indubbiamente più rilevante: quella di tutti gli atti che ho chiamato ‘atti formali’ perché consistenti in atti linguistici, le cui condizioni di esistenza – dai negozi privati ai provvedimenti amministrativi, dalle leggi alle sentenze – dipendono dalla *forma* della loro produzione e i cui effetti si identificano con le situazioni giuridiche (o gli status) che ne sono i *significati*⁴. A proposito delle

² H.Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), tr.it. di S.Cotta e G.Treves, Edizioni di Comunità, Milano 1959, parte prima, I, C, a, 5, pp.35-37; D, b, pp.46-47; X, pp.111 ss e 121 ss; Id., *La dottrina pura del diritto* (1960), tr.it. di M.G.Losano, Einaudi, Torino 1966, § 4, pp.13-19, § 17, pp.95 ss e *passim*). Per una critica di questa prima aporia kelseniana, cfr. anche *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Laterza, Roma-Bari 2007, vol.I, § 2.1, pp.145, p.174 nota 2 e § 5.7, p.282 (d’ora in poi i tre volumi - I, *Teoria del diritto*; II, *Teoria della democrazia*; III, *La sintassi del diritto* – saranno citati con *PiI*, *PiII* e *PiIII*, e le definizioni e i teoremi con le lettere D e T seguite da numerazione progressiva).

³ Uso ‘efficacia’ nel senso di causalità giuridica, cioè per designare la produttività di ‘effetti’ giuridici da parte di un ‘atto’ in forza di una regola che lo prevede: nel senso, quindi, proprio dei suoi usi civilistici esemplificati, nel diritto italiano, dall’art.11 delle preleggi, dall’art.1372 del codice civile e dal titolo VII del libro IV del codice di procedura civile dedicati all’“efficacia delle leggi”, all’“efficacia del contratto” e all’“efficacia delle sentenze”. In questo senso ‘efficacia’ è una relazione normativa del tutto indipendente dall’effettività, cioè dalla circostanza fattuale di ciò che, in attuazione degli effetti deontici prodotti dall’atto, di fatto accade o non accade. Si vedano le definizioni D5.3 e D6.2, rispettivamente di ‘efficacia’ e di ‘attuabilità’, in *PiI*, §§ 5.7 e 6.8, pp.280-284 e 321-324. Le due relazioni di implicazione nelle quali consistono l’efficacia e l’attuabilità sono espresse, rispettivamente, dalla tesi T5.35 (x)(ATTx →(∃y)EFFyx) e dalla tesi T6.31 (y)(SITy → M∃x)(ATZxy·ATTx)) (ivi, §§ 5.4 e 6.2, pp.272 e 305).

⁴ Cfr. *PiI*, cap.IX, §§ 9.1-9.6, pp.486-514 e, in particolare, le definizioni D9.1, D9.2, D9.7, D9.9 e le tesi T9.5-T9.12 e T9.82-T9.85. Gli atti formali più importanti sono quelli che ho chiamato

‘decisioni’, che sono gli atti formali più importanti, diremo perciò che dei due nessi sopra distinti il primo, cioè l’efficacia, ricorre tra l’atto decisionale e la situazione che ne è effetto e che consiste in un obbligo o in un divieto o in una facoltà o in una funzione o in un’aspettativa, mentre il secondo, cioè la relazione di attuabilità, ricorre tra tale situazione e l’atto che ne è attuazione, cioè osservanza, o violazione, o esercizio o soddisfacimento.

In questo modo il nesso di implicazione tra atto ed effetto nel quale consiste l’‘efficacia’ (o ‘causalità giuridica’), è un nesso non già di dover essere (*Sollen*) ma di essere (*Sein*), espresso da una tesi non già normativa bensì assertiva, di tipo non deontico, ma vero-funzionale⁵: dato un illecito, per esempio un reato, esso produce, ovvero implica (non già il dover essere ma) l’essere del suo effetto, cioè l’esistenza l’obbligo di applicare la sanzione; dato un precetto, per esempio un contratto o un provvedimento amministrativo, esso produce, ovvero implica come effetto (non già il dover essere ma) l’essere del suo effetto, cioè l’esistenza di obblighi, o di divieti, o di facoltà, o di funzioni o di aspettative.

La dimensione deontica - il “dover essere” kelseniano, che meglio preferisco chiamare, più genericamente e precisamente, il “poter essere”⁶ – è invece espressa dal secondo dei due nessi sopra distinti, quello che ho chiamato ‘attuabilità’, tra le figure deontiche e le loro possibili attuazioni. Ma, di nuovo, essa non può essere associata al segno di implicazione (che è un non senso), altro non essendo che il significato deontico delle figure del permesso, dell’obbligo, del divieto e delle corrispondenti aspettative, siano essi di forma singolare o universale. Anche la relazione di attuabilità è perciò una tesi non normativa, ma assertiva, consistendo, come l’efficacia, in un’implicazione vero-funzionale tra la situazione e il poter essere, appunto, di almeno una loro attuazione. Le figure deontiche nelle quali consistono le situazioni giuridiche sono infatti, in quanto deontiche, attuabili ma non sempre attuate, essendo di fatto esercitate o non esercitate, ottemperate o violate dagli atti da esse deonticamente qualificati. Ed è dalla loro contingente commissione o omissione che dipende la loro ‘effettività’ o ‘ineffettività’.

Congiungendo le due relazioni otteniamo pertanto due sequenze, l’una discendente e l’altra ascendente, idonee a raffigurare, sulla base del doppio ordine di rapporti da esse espresso tra atti e situazioni, l’intera dinamica del diritto positivo: da un lato, se interpretate in senso verticale, la struttura a gradi dell’ordinamento, dai livelli inferiori fino al vertice espresso dalla situazione o potere costituente; dall’altro, se interpretate in senso orizzontale, il fenomeno delle successioni e delle vicende delle situazioni negli scambi di mercato⁷. Ne risulta una rete complessa di atti e di

‘decisioni’, definite dalla D9.9 (ivi, § 9.6, p.508), come gli atti prescrittivi di ‘situazioni’, siano esse singolari o normative.

⁵ *PiI*, § 5.7, pp.280-284. In questo senso, come del resto dice lo stesso Kelsen, *Teoria generale del diritto* cit., parte I, cap.I, D, b, p.46, “la norma è inviolabile per sua stessa natura”.

⁶ *PiI*, § 2.1, p.145 e nota 3 del capitolo II, pp.174-175, dove convengo l’interpretazione come possibilità deontica dell’operatore di possibilità M: per esempio nella relazione di attuabilità espressa dalla tesi T6.31 (y)(SITy → M(∃x)(ATZxy·ATTx)), M designa il poter essere o il dover essere o non essere dell’atto che ne è attuazione da parte di qualunque situazione giuridica.

⁷ Riporto qui di seguito le sequenze espresse rispettivamente, nella loro forma più elementare, dai

effetti, di segni e di significati, di forme e di contenuti, di fonti e di norme, nella quale si articola, come meglio si vedrà nei §§ 5 e 6 l'intera sintassi del diritto positivo. E a questa rete si aggiunge, integrandola, una rete parallela di ‘rapporti giuridici’ tra i soggetti titolari di situazioni passive, come sono per esempio i diritti soggettivi, e i soggetti titolari di situazioni attive, cioè degli obblighi o dei divieti che delle prime costituiscono le *garanzie*⁸. Tutto il diritto positivo si configura così come una rete complessa di rapporti giuridici intersoggettivi e, correlativamente, come un altrettanto complesso sistema di garanzie.

2. Due nozioni kelseniane in contrasto con il principio di positività del diritto: la nozione di illecito e quella di diritto soggettivo – La seconda aporia (A2) è una conseguenza della prima (A1). Una volta identificata la forma logica della norma nel giudizio ipotetico “ $A \rightarrow B$ ” che lega un (comportamento) antecedente A al dover essere del (comportamento) conseguente B, Kelsen è costretto ad affermare che qualora venga meno il dover essere di B allora viene meno anche la qualificazione giuridica di A. Precisamente, ove s’interpreti la formula con la coppia atto illecito/irrogazione della sanzione, dalla loro implicazione consegue che, qualora venga meno il dover essere della sanzione B, allora non può neppure affermarsi che il comportamento A è un atto illecito. Poiché il giudizio ipotetico “se A, allora deve essere B” è una formula ellittica che difetta, quale termine di mediazione tra A e B, della figura deontica che secondo le tesi da me proposte è l’effetto di A e la modalità di B, Kelsen è insomma obbligato a definire l’atto illecito direttamente come presupposto (del dover essere) della sanzione; con la conseguenza che, ove di un comportamento non sia prevista nessuna sanzione, esso non può in nessun caso essere qualificato come illecito.

Di qui l’inevitabile centralità occupata dalla sanzione nell’apparato concettuale kelseniano e la conseguente concezione imperativistica del diritto: non a caso nel

teoremi T6.48 e T6.49, in *PiI*, § 6.7, pp.317-318:

T6.48 $(x_3)((ATTx_3 \rightarrow (\exists y_2)(ATZx_3y_2 \cdot SITy_2))) \cdot$
 $(y_2)((SITy_2 \cdot \neg COSy_2) \rightarrow (\exists x_2)(ATTx_2 \cdot CAUx_2y_2)) \cdot$
 $(x_2)((ATTx_2 \rightarrow (\exists y_1)(ATZx_2y_1 \cdot SITy_1)) \cdot$
 $(y_1)((SITy_1 \cdot \neg COSy_1) \rightarrow (\exists x_1)(ATTx_1 \cdot CAUx_1y_1)) \cdot$
 $(x_1)((ATTx_1 \rightarrow (\exists y_0)(ATZx_1y_0 \cdot SITy_0)) \cdot$
 $(y_0)((SITy_0 \cdot COSy_0) \rightarrow \neg(\exists x_0)(ATTx_0 \cdot CAUx_0y_0))))))$

T6.49 $(y_0)((SITy_0 \cdot COSy_0) \rightarrow M(\exists x_1)(ATZx_1y_0 \cdot ATTx_1)) \cdot$
 $(x_1)((ATTx_1 \rightarrow (\exists y_1)EFFy_1x_1)) \cdot$
 $(y_1)(x_1)((EFFy_1x_1 \cdot SITy_1) \rightarrow M(\exists x_2)(ATZx_2y_1 \cdot ATTx_2)) \cdot$
 $(x_2)((ATTx_2 \rightarrow (\exists y_2)EFFy_2x_2)) \cdot$
 $(y_2)(x_2)((EFFy_2x_2 \cdot SITy_2) \rightarrow M(\exists x_3)(ATZx_3y_2 \cdot ATTx_3)) \cdot$
 $(x_3)(ATTx_3 \rightarrow (\exists y_3)EFFy_3x_3))))$

Sequenze più precise e complesse sono espresse dai teoremi T8.81-T8-84 e T10.37-T10.38, in *PiI*, § 8.7, pp.440-444 e § 10.2, pp.598-599.

⁸ Si vedano, in *PiI*, § 7.6, pp.367-370, la definizione D7.11 di ‘rapporto giuridico’ e i teoremi T7.59-T7.63 dai quali è espressa questa rete di rapporti giuridici.

lessico di Kelsen le norme sul “dover essere” di B, cioè sull’applicazione della sanzione, vengono da lui chiamate “norme primarie”, mentre sono degradate a “norme secondarie” le norme che vietano o comunque qualificano deonticamente il comportamento antecedente A⁹. Ma di qui, soprattutto, consegue una paradossale tesi anti-positivistica nella teoria del massimo esponente del positivismo giuridico. In contraddizione con il postulato del gius-positivismo formulato dallo stesso Kelsen, secondo cui sono norme giuridiche tutte e solo le norme poste o prodotte da chi è abilitato a produrle¹⁰, la norma che vieta un comportamento senza che di questo sia prevista una sanzione sarebbe irrilevante o peggio inesistente.

Questa aporia viene meno se raffiguriamo la fenomenologia del diritto, anziché con la semplice formula “se A allora deve essere B”, con la congiunzione più sopra illustrata della relazione di efficacia e di quella di attuabilità, cioè delle espressioni $(x)(ATTx \rightarrow (\exists y)EFFyx)$ e $(y)(SITy \rightarrow M(\exists x)(ATZxy \cdot ATTx))$: più precisamente, con la ben più complessa sequenza sopra ricordata tra la situazione, il possibile atto che ne è l’attuazione, la situazione che ne è l’effetto, il possibile atto che ne è l’attuazione, la situazione che ne è l’effetto, il possibile atto che ne è l’attuazione e via dicendo. In questo modo il conseguente dell’atto antecedente A non è un altro atto, bensì un effetto, consistente di solito in una situazione giuridica, cioè in un obbligo o in un divieto o in una facoltà o in un’aspettativa, la quale a sua volta implica non già un altro atto ma la possibilità deontica dell’atto che della situazione è attuazione. Precisamente, come ho già detto, nel caso dell’illecito il conseguente della relazione di efficacia non è l’irrogazione della sanzione ma l’obbligo di irrogarla in capo di solito a un giudice: cioè una situazione che a sua volta è l’antecedente della relazione di attuabilità in forza della quale essa implica non già l’irrogazione della sanzione, ma la sua possibilità deontica come obbligatoria¹¹. Le relazioni tra antecedente e conseguente, ripeto, sono in ambedue i casi implicazioni vere, non smentibili dalla realtà: non solo la relazione di efficacia (tra atto antecedente e situazione conseguente, per esempio tra l’atto illecito e l’obbligo di irrogare la relativa sanzione), ma anche la relazione di attuabilità (tra situazione antecedente e possibilità conseguente della sua attuazione, per esempio tra l’obbligo di irrogare la sanzione e la possibile irrogazione obbligatoria della medesima), entrambe indipendenti da ciò che di fatto accade, cioè, nel nostro esempio, dall’effettiva irrogazione della sanzione; la quale è un comportamento che, come tutti i

⁹ H.Kelsen, *Teoria generale* cit., parte prima, IV, C, p.61.

¹⁰ H.Kelsen, *Teoria generale* cit., parte prima, X, B, a, p.115: la “positività” del diritto “risiede nel fatto che esso è creato ed annullato da atti di esseri umani”.

¹¹ In *PiI*, § 10.18, pp.679-684, ho perciò potuto invertire la terminologia kelseniana qui richiamata nella nota 9, chiamando *primarie* le norme deontiche, cioè ascrittive di poteri o diritti o obblighi o divieti, la cui inosservanza è un atto invalido o un atto illecito (D10.41), e *secondarie* le norme la cui applicazione consiste nell’annullamento di un atto invalido o nella condanna per un atto illecito (D10.42); sicché si potrà dire, per esempio, che sono disposte o predisposte da norme primarie le garanzie primarie dei diritti soggettivi consistenti nei correlativi obblighi o divieti (T10.251 e T10.253-T10.255), mentre sono predisposte da norme secondarie le garanzie secondarie o giurisdizionali consistenti nell’obbligo di annullare o sanzionare le violazioni delle garanzie primarie e dei relativi diritti (T10.252 e T10.256-T10.257).

comportamenti oggetto di figure deontiche, può accadere o non accadere senza che venga meno il carattere illecito del comportamento giuridicamente sanzionato.

L'atto illecito può perciò, su questa base, essere definito, semplicemente, come atto (informale) vietato¹², la cui esistenza come illecito dipende solo dall'esistenza di una norma che lo vieta, e non anche dall'esistenza di norme che ne prevedano la sanzione: che è la sola definizione compatibile, a me pare, con l'opzione per il positivismo giuridico nel senso già ricordato di Kelsen, in forza della quale una norma esiste semplicemente *se posta* dalle autorità abilitate a produrla, indipendentemente dall'esistenza delle tecniche idonee a garantirne l'effettività. Ne derivano rilevanti conseguenze pratiche: in base a tale definizione, per esempio, la guerra di aggressione, in quanto espressamente vietata dalla Carta dell'Onu, dallo Statuto della Corte penale internazionali e da talune costituzioni come quella italiana, è un atto illecito benché (ancora) non esista la possibilità di sanzionarla. Per Kelsen, invece, a causa della sua concezione imperativistica secondo cui un illecito è tale solo se ne è prevista una sanzione, la guerra è in taluni casi un illecito e in altri casi una sanzione: un illecito solo se, in questa singolare riformulazione della vecchia dottrina della "guerra giusta", ne è giustificata la guerra come sanzione¹³.

Un discorso analogo può farsi per la nozione di "diritto soggettivo". Coerentemente con la sua concezione imperativistica, a sua volta connessa alla configurazione del *Sollen* come dover essere tra due atti, Kelsen concepisce il diritto soggettivo come semplice riflesso di un dovere e come presupposto della sanzione in caso di sua violazione¹⁴. Ne consegue la tesi, anch'essa in contrasto con il principio del positivismo giuridico, che un diritto soggettivo pur stabilito positivamente, come per esempio un diritto fondamentale prodotto da carte costituzionali o internazionali, ove non esistessero, perché non introdotti da leggi di attuazione, il dovere corrispondente e la relativa sanzione, sarebbe un non-diritto, e la norma che lo stabilisce sarebbe a sua volta una norma irrilevante o peggio inesistente. Una simile aporia viene meno se adottiamo – sulla base della ben più complessa configurazione del nesso di "poter essere" deontico espressa dalle sequenze sopra illustrate – la definizione del diritto soggettivo come aspettativa negativa di non lesione o positiva di prestazione¹⁵. In base a questa definizione, i diritti esistono semplicemente *se posti*, cioè prodotti da un atto precettivo, indipendentemente dall'esistenza, che in un sistema nomodinamico può anche mancare, delle norme che introducono gli obblighi o i divieti ad esso corrispondenti e di quelle che predispongono una sanzione per la loro violazione. Ma viene meno, in tal caso, anche una terza aporia kelseniana, che rischia di vanificare la principale conquista dell'odierno costituzionalismo: la perdita di normatività dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti nei confronti delle

¹² E' la definizione D9.4, in *PiI*, § 9.4, p.498.

¹³ H.Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), tr.it. di A.Carrino, Giuffrè, Milano 1989, § 54, pp.378-393; Id., *Teoria* cit., parte II, cap.VI, A e B, pp.332-368; Id., *La dottrina pura* cit., § 42, lett. a), pp.352-354.

¹⁴ H.Kelsen, *La dottrina pura* cit., IV, § 29, a), p.150; Id., *Teoria* cit., VI, C, d, p.81 e F, pp.87-89.

¹⁵ E' la definizione D10.20, in *PiI*, § 10.11, pp.639-644. I diritti fondamentali, a loro volta, sono definiti dalla D11.1, ivi, § 11.1, pp.724-731, come quei diritti soggettivi attribuiti universalmente a tutti in quanto persone o cittadini e/o capaci d'agire.

fonti inferiori¹⁶.

3. La mancata distinzione tra diritti e garanzie e il disconoscimento della normatività dei diritti costituzionalmente stabiliti – Vengo così alla terza aporia, A3. A causa del carattere ellittico dell’implicazione di dover essere “A → B”, che oblitera la figura deontica (dell’obbligo, o del divieto, o della facoltà o dell’aspettativa) quale effetto di A e modalità di B, Kelsen opera dunque non una ma due riduzioni del diritto soggettivo agli imperativi ad esso corrispondenti. La prima è quella del diritto soggettivo a quella che ho chiamato ‘garanzia primaria’, cioè al dovere – divieto o obbligo – in capo al soggetto con cui il titolare del diritto è in rapporto giuridico¹⁷: “non vi è nessun diritto per qualcuno”, egli afferma, “senza un dovere giuridico per qualcun altro”¹⁸. La seconda è quella del diritto soggettivo a quella che ho chiamato ‘garanzia secondaria’, cioè al dovere in capo a un giudice di applicare la sanzione al responsabile della sua violazione¹⁹: “il diritto soggettivo”, dice Kelsen, consiste “non già nell’interesse presunto, ma nella protezione giuridica”²⁰.

E’ questa la terza aporia kelseniana, conseguente alle prime due e gravida di implicazioni pratiche²¹. L’aporia non è visibile allorquando si tratta di diritti

¹⁶ “Su questo punto”, scrive Riccardo Guastini, “il contrasto tra garantismo e dottrina pura non potrebbe essere più stridente” (*Garantismo e dottrina pura a confronto*, in P.Di Lucia, *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano 2011, pp.113-124).

¹⁷ “Garanzia primaria”, secondo la definizione D10.39 in *PiI*, § 10.16, p.699, è l’obbligo di prestazione o il divieto di lesione disposti a garanzia di un diritto soggettivo.

¹⁸ H.Kelsen, *Teoria* cit., parte I, VI, A, p.76; il diritto “non è altro che il correlativo di un dovere” (ivi, p.77); Id., *La dottrina pura del diritto*, cit., IV, § 29, a), p.150: “Questa situazione, definita come ‘diritto’ o ‘pretesa’ di un individuo, è semplicemente l’obbligazione dell’altro o degli altri. Se si parla in questo caso di un diritto soggettivo o della pretesa di un individuo, come se questo diritto e questa pretesa fossero qualcosa di diverso dall’obbligazione dell’altro o degli altri, si crea il miraggio di due situazioni giuridicamente rilevanti, allorché la situazione è una soltanto”.

¹⁹ “Garanzia secondaria”, secondo la definizione D10.40 in *PiI*, § 10.16, p.699, è l’obbligo di annullamento o di condanna predisposti a garanzia dell’annullabilità di un atto invalido o della responsabilità per un atto illecito.

²⁰ H.Kelsen, *Teoria* cit., parte I, VI, C, c, p.81. Ancora: il diritto soggettivo è “la possibilità giuridica” offerta al suo titolare “di ottenere l’applicazione della norma giuridica appropriata che provvede la sanzione” (ivi, pp.82-83); “avere un diritto significa avere la capacità giuridica di partecipare alla creazione di una norma individuale, di quella norma individuale ad opera della quale viene ordinata una sanzione contro un individuo che - secondo la pronuncia del tribunale - ha commesso l’illecito, ha violato il suo dovere” (ivi, F, pp.87-88); “l’essenza del diritto soggettivo, che è più del semplice riflesso di un dovere giuridico, consiste nel fatto che una norma giuridica attribuisce a un individuo il potere giuridico di far valere l’inadempimento di un dovere giuridico mediante un’azione giudiziaria” (*La dottrina pura*, cit., cap.IV, § 29, d), p.159).

²¹ Rinvio, per una critica più analitica, a *PiI*, § 12.14, pp.914-918; a *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E.Vitale, Laterza, Roma-Bari 2001, cap.I, § 6, pp.26-33 e cap.II, § 6, pp.156-171; a *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello*

patrimoniali, come i diritti di credito e il diritto di proprietà, che non a caso sono i soli diritti cui fa riferimento Kelsen a sostegno della sua tesi. Sia nel caso dei diritti di credito che in quello dei diritti reali di proprietà, infatti, le garanzie primarie consistenti nei corrispondenti obblighi di prestazione e divieti di lesioni nascono simultaneamente agli stessi diritti patrimoniali, cui d'altro canto il diritto d'azione in giudizio è stato associato, quale specifica tecnica per attivarne le garanzie secondarie, da una millenaria tradizione del diritto civile. In tali casi, secondo le sequenze delle relazioni di efficacia e di attuabilità, dato un atto, per esempio un contratto, si produce come effetto un diritto patrimoniale, cioè un'aspettativa positiva o negativa, e simultaneamente, in capo ad altri soggetti, il corrispondente obbligo di prestazione o divieto di lesione, la cui possibile violazione produce come effetto l'obbligo di sanzionarla, la cui possibile attuazione è l'irrogazione in concreto della sanzione.

Completamente diversa è la fenomenologia dei diritti fondamentali. Diversamente dai diritti patrimoniali, che sono diritti singolari predisposti, insieme ai doveri corrispondenti, come effetti di atti precettivi a loro volta singolari da quelle che ho chiamato ‘norme ipotetico-deontiche’, i diritti fondamentali sono diritti universali disposti direttamente da quelle che ho chiamato ‘norme tetico-deontiche’²². Le loro garanzie, sia primarie che secondarie, non sempre, perciò, nascono insieme ad essi. Di solito, al contrario, essi richiedono – e impongono – leggi di attuazione che ne introducano le garanzie: ciò vale evidentemente per i diritti sociali a prestazioni positive, come l’assistenza sanitaria e l’istruzione, destinati a rimanere sulla carta ove non vengano introdotte le relative garanzie, cioè il servizio sanitario e la scuola pubblica l’uno e l’altra gratuiti e obbligatori in capo a pubbliche istituzioni; ma vale anche per taluni diritti di libertà e perfino per il diritto alla vita, che parimenti rimarrebbero proclamazioni di principio qualora non fossero introdotte le norme penali sulla violenza privata, il sequestro di persona e l’omicidio. Ebbene, la tesi kelseniana secondo cui, in assenza dei doveri corrispondenti e delle relative sanzioni, tali diritti non esistono comporta la riduzione a semplici *flatus vocis* di tutti questi diritti ove non ne siano state introdotte le relative garanzie. E questa tesi, se riferita ai diritti stabiliti da costituzioni rigide, si risolve nella negazione della normatività delle relative norme costituzionali e in un paradossale capovolgimento della gerarchia delle fonti, cioè nel potere del legislatore di derogare alla costituzione e perciò di vanificare il carattere rigido e vincolante. Si spiega forse così la contrarietà di Kelsen all’incorporazione nelle costituzioni di diritti fondamentali quali parametri del controllo costituzionale sulle leggi²³. Ma si spiega soprattutto, con questa identificazione dei diritti con le loro garanzie, la tesi di Kelsen secondo cui i diritti fondamentali non sono neppure, propriamente, diritti soggettivi²⁴: che è una tesi che

teorico e come progetto politico, Laterza, Roma-Bari 2013, § 2.4, pp.66-70.

²² Sulla distinzione tra (regole e) norme tetiche e (regole e) norme ipotetiche – le prime che dispongono esse stesse situazioni giuridiche o *status*, le seconde che li predispongono come effetti degli atti da esse previsti – cfr. *PiI*, §§ 4.5-4.6, pp.222-228 e § 8.2-8.3, pp.399-406.

²³ H.Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, (1928), tr.it. in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C.Geraci, Giuffrè, Milano 1981, § 17, pp.189-190.

²⁴ “Fra i diritti politici”, egli scrive, “vengono anche computati quelli che si vogliono denominare

contraddice non soltanto, come si è detto nel paragrafo che precede, il postulato del gius-positivismo, ma anche il postulato del gius-costituzionalismo, cioè il carattere sopraordinato e vincolante nei confronti di ogni altra fonte delle norme costituzionali da cui tali diritti sono stipulati.

Riconoscere il carattere sopraordinato di tali norme alla legislazione ordinaria equivale invece a identificare l'effetto della loro stipulazione, oltre che nei diritti costituzionalmente stabiliti, anche nell'obbligo ad essi corrispondente in capo al legislatore di produrre le relative leggi di attuazione, cioè le loro garanzie primarie e secondarie. E' in quest'obbligo che consiste la prima, elementare garanzia dei diritti fondamentali, in accordo con la nozione di diritto soggettivo quale aspettativa cui corrisponde un correlativo dovere. Il dovere comunque correlativo ai diritti costituzionalmente stabiliti è precisamente l'obbligo di dare ad essi attuazione mediante l'introduzione delle relative garanzie. Si tratta, ovviamente, di una *garanzia debole* rispetto alle *garanzie forti*, primarie e secondarie, che tale dovere impone di introdurre²⁵. Ma il suo riconoscimento, oltre a soddisfare la definizione di tali diritti come diritti soggettivi²⁶, equivale al riconoscimento della normatività della costituzione e, conseguentemente, dell'illegittimità del diritto vigente non solo ove siano prodotte norme con essa in contrasto, ma anche ove siano omesse norme da essa imposte come obbligatorie. E' in questa virtuale illegittimità del diritto vigente che risiede il possibile difetto ma anche il maggior pregio del paradigma costituzionale che Kelsen è costretto, dalle sue aporie, a ignorare.

4. L'idea del diritto illegittimo come contraddizione in termini e l'identificazione di validità ed esistenza delle norme - E' precisamente questa la quarta aporia, A4, rilevabile nella teoria kelseniana e conseguente alle prime tre: il misconoscimento

diritti e libertà fondamentali, statuiti dalle costituzioni degli stati moderni garantendo l'egualianza davanti alla legge, la libertà (cioè l'inviolabilità) della proprietà, la libertà della persona, la libertà di opinione, in particolare la libertà di stampa, la libertà di coscienza, la libertà di associazione e di riunione. Queste garanzie costituzionali non sono di per sé diritti soggettivi" (*La dottrina pura* cit., cap.IV, § 29, f), p.163); "Nella precedente analisi dei diritti e delle libertà fondamentali, si è dimostrato che questi non sono di per sé diritti soggettivi" (ivi, cap.VI, § 41, b), χ), α1), p.335). Per Kelsen, insomma, solo i diritti patrimoniali sono diritti soggettivi nel "senso tecnico in cui il creditore ha diritto a riavere il suo danaro da parte del debitore, o il proprietario ha un diritto all'uso esclusivo della sua proprietà" (*Teoria generale* cit., VI, C, d, p.81). Per questo, come ha osservato Mauro Barberis, "quella kelseniana è ancora una teoria dello Stato legislativo otto-novecentesco" (M.Barberis, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi Editore, Modena 2012, p.41).

²⁵ 'Garanzia debole' è l'obbligo di garantire il diritto fondamentale attraverso l'introduzione delle sue garanzie forti, cioè degli obblighi di prestazione o dei divieti di lesione ad esso corrispondenti; 'garanzia forte' è l'obbligo della prestazione o il divieto di lesione introdotti dall'attuazione obbligatoria della garanzia debole (*PiI*, §§ 9.14, pp.556, 694-695). Si veda anche, sul rapporto tra i diritti e le loro garanzie, *La democrazia attraverso i diritti* cit., § 2.4, pp.66-70.

²⁶ Esso consente infatti di superare l'obiezione mossami da R.Guastini, *Tre problemi di definizione*, in L.Ferrajoli, *Diritti fondamentali* cit., pp.43-48.

dell'esistenza del diritto illegittimo per violazione dei diritti costituzionalmente stabiliti. E' un'aporia che contraddice quella che è una delle principali acquisizioni teoriche di cui siamo debitori nei confronti di Kelsen: la teorizzazione della struttura a gradi degli ordinamenti odierni e la concezione nomodinamica del diritto positivo. E' proprio da queste premesse, infatti, che deriva una conseguenza che Kelsen si è sempre rifiutato di ammettere: la virtuale divaricazione deontica tra livelli normativi, che si manifesta nell'indebita produzione di norme invalide o nell'indebita omissione di norme dovute. Modalità e aspettative deontiche, infatti, sono sempre sottoposte a operatori modali di possibilità: designano il "poter essere", ma anche il "poter non essere" dei loro argomenti, i quali possono verificarsi o anche non verificarsi²⁷; possono, in breve, essere sia osservate che violate. Allorquando consistono in metanorme di carattere universale, le loro violazioni si manifestano o nella produzione di norme con esse in contrasto, oppure nella mancata produzione delle loro norme di attuazione: in breve, o in *antinomie*, cioè in vizi per commissione, oppure in *lacune*, cioè in vizi per omissione. Di qui la possibile illegittimità delle norme giuridiche, di particolare rilievo nello stato costituzionale di diritto, negata invece da Kelsen come "contraddizione in termini" sulla base di una sorta di presunzione di legittimità²⁸.

Questa quarta aporia riguarda dunque la teoria della validità. Kelsen ha una concezione semplificata della validità delle norme che identifica, a causa del suo rifiuto dell'idea stessa di un diritto invalido o illegittimo, con la loro esistenza o appartenenza all'ordinamento, fino a negare la possibilità stessa di una legge incostituzionale²⁹. E' questo un altro aspetto della dottrina pura in contrasto con

²⁷ E' quanto ho stabilito con il postulato PM e con i teoremi T2.2 e T2.3, in *PiI*, Premessa, § 3, pp.94-96 e § 2.1, pp.143-146.

²⁸ "Se però esistesse qualcosa di simile a un diritto antigiuridico, sarebbe annullata l'unità del sistema di norme, quale trova espressione nel concetto di ordinamento giuridico. Ma una norma contraria a una norma è una contraddizione in termini" (H.Kelsen, *La dottrina pura* cit., cap.V, § 35, I), a, p.298). Questa tesi kelseniana di una presunzione di legittimità degli atti del potere legittimo ricorda la tesi di Carl Schmitt sull'esistenza di "un premio superlegale al possesso legale del potere legale e alla conquista della maggioranza" (C.Schmitt, *Legalità e legittimità* [1932], in Id., *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, a cura di G.Miglio e di P.Schiera, p.239, Il Mulino, Bologna 1972). Tale aporia fu segnalata da Letizia Gianformaggio, *Diritto e ragione tra essere e dover essere*, in Id., *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino 1993, pp.25-48, in particolare p.28.

²⁹ "Per 'validità' intendiamo l'esistenza specifica delle norme" (H.Kelsen, *Teoria generale* cit., parte I, cap.I, C, a, p.30); "L'esistenza di una norma giuridica costituisce la sua validità" (ivi, D, c, p.48); "L'affermazione abituale che una 'legge incostituzionale' è invalida (nulla), è una proposizione priva di significato, poiché una legge invalida non è affatto una legge. Una norma non-valida è una norma non-esistente, è giuridicamente un nulla. L'espressione 'legge incostituzionale', applicata a una legge considerata valida, è una contraddizione in termini. Infatti, se la legge è valida, essa può esser valida solo perché corrisponde alla costituzione; non può essere valida se contraddice la costituzione" (ivi, XI, H, b, p.158); "Con il termine 'validità' indichiamo l'esistenza specifica di una norma" (Id., *La dottrina pura* cit., § 4, c), p.19); "Questa 'validità' di una norma è la sua specifica esistenza ideale. Il fatto che una norma 'sia valida' significa che esiste. Una norma che non sia 'valida' non è una norma, perché non è una norma che esiste" (Id., *Teoria generale delle norme*, [1979], tr.it. di M.Torre, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1985, cap.VIII, § 6, p.54).

l'odierno costituzionalismo rigido, il cui tratto caratteristico è precisamente la virtuale presenza di leggi invalide e perciò giuridicamente illegittime. Solo negli ordinamenti senza costituzione, infatti, il legislatore, sia pure democratico, è dotato di un potere assoluto, nel senso letterale di *legibus soluto*, e le leggi sono sempre legittime, dipendendo la loro validità dalla loro semplice esistenza determinata a sua volta solo dalla forma della loro produzione, in grado di rendere in esse riconoscibile la volontà del sovrano. Per questo lo stato costituzionale rappresenta un completamento dello stato di diritto: perché in esso anche l'esercizio del potere legislativo è sottoposto alla legge, e perciò virtualmente illegittimo, sicché scompare anche quell'ultimo residuo di governo sovrano degli uomini che era rappresentato dall'onnipotenza della maggioranza, incompatibile con il modello normativo dello stato di diritto che esclude l'esistenza di poteri assoluti e non sottoposti alla legge.

Alla base di questa aporia, favorita anche dall'aporia A5 di cui parlerò nel prossimo paragrafo, c'è ^{la mancata} scomposizione, da parte di Kelsen, dei diversi riferimenti empirici cui la nozione di validità si riferisce: da un lato la *forma* dell'atto normativo, con riferimento al quale è predicabile, a seconda della sua *conformità* alle o della sua *difformità* dalle *norme formali* sulla sua produzione, l'*esistenza* (o il *vigore*) della norma oppure la sua *inesistenza giuridica* e, nel primo caso, la sua *validità formale* oppure la sua *invalidità formale*; dall'altro il *significato* della norma prodotta, con riferimento al quale sono invece predicabili, a seconda della sua *coerenza* o *incoerenza* con le *norme sostanziali* ad essa sopraordinate, la sua *validità sostanziale* oppure la sua *invalidità sostanziale*³⁰. Da questo difetto di analisi consegue una concezione in ultima analisi solamente formale non soltanto dell'esistenza ma anche della validità. Poiché infatti sia l'esistenza che l'inesistenza di una norma dipendono *soltanto* da requisiti di forma dell'atto normativo, la nozione kelseniana non solo dell'esistenza ma anche della validità risulta legata solo all'esistenza e alla forma dell'atto e non anche al suo significato normativo: "quel che è stato fatto", scrive Kelsen, "non può essere trattato come se non fosse stato fatto"³¹.

³⁰ Precisamente, in *PIL*, §§ 9.9-9.11, pp.525-542, grazie all'uso dei quantificatori della logica dei predicati, ho potuto distinguere *a) l'esistenza* (o il *vigore*), che richiede almeno *talune* delle forme imposte all'atto normativo dalle norme formali sulla sua produzione (D9.16, T9.142-T9.143), sicché in loro assenza parleremo di *inesistenza* (o *non-vigore*) (T9.144-T9.145); *b) la validità formale*, che richiede l'osservanza di *tutte* le forme previste dalle norme formali (D9.18, T9.150), sicché si parlerà di *invalidità formale* se taluna di queste non è osservata (D9.20, T9.175-T9.176, T9.179); *c) la validità sostanziale*, che richiede che all'atto normativo sia associabile *almeno un significato* coerente con *tutte* le norme sostanziali ad esso sopraordinate (D9.19, T9.151, T9.155), sicché si parlerà di *invalidità sostanziale* se *nessun* significato normativo ad esso associabile è compatibile con le norme sostanziali sulla sua produzione (D9.19, T9.177, T9.180); infine, *d) la validità tout court*, che richiede che ricorrano sia la validità formale che la validità sostanziale (T9.158), cioè la conformità di *tutte le forme* e la coerenza di *almeno un significato* dell'atto normativo alle norme, formali e sostanziali, sulla loro produzione (D9.17), sicché parleremo di *invalidità tout court* in caso contrario (D9.20, T9.181, T9.183). Naturalmente la teoria non può dire ciò che dipende dai concreti ordinamenti positivi: cioè quali e quante forme si richiedono per l'esistenza di un atto, sia pure invalido, né tanto meno quali vizi di forma e quali di sostanza sono sanabili e quali insanabili.

³¹ *La dottrina pura* cit., cap.V, § 35, I), a, p.298.

Di qui le contraddizioni irrisolte perché non solubili. La supposta “contraddizione in termini” cui darebbe luogo l’esistenza di una norma invalida viene infatti risolta da Kelsen talora con la tesi della validità e talora con la tesi dell’inesistenza delle leggi incostituzionali per ragioni di contenuto³²: cioè con due tesi entrambe ammesse dalla sua concezione della validità come esistenza ma palesemente contraddittorie. Non solo: oltre che tra loro contraddittorie queste due tesi sono entrambe false. I vizi di sostanza infatti, pur ammessi da Kelsen allorquando riconosce che la validità delle norme dipende anche da vincoli di contenuto dettati dalle norme ad esse sopraordinate³³, non comportano né la validità né l’inesistenza della norma, bensì l’*esistenza di una norma invalida*, cioè precisamente la figura contestata da Kelsen come contraddizione in termini³⁴.

³² Le due tesi vengono, da Kelsen, formulate entrambe ripetutamente. Per esempio, la tesi della validità è sostenuta in *La dottrina pura* cit.: “La legge ‘incostituzionale’ è una legge valida fino al momento del suo annullamento individuale (cioè limitato ad un caso concreto) o generale. Non è nulla, è soltanto annullabile” (ivi, cap.IV, § 29, f), p.165); “annullare una norma... significa porre fine alla validità di questa norma per mezzo di un’altra norma” (ivi, cap.V, § 35, l) a, p.298); “anche le leggi non conformi” a disposizioni costituzionali “devono considerarsi valide nella misura e fino al momento in cui non sono annullate nel modo prescritto dalla costituzione. Le cosiddette leggi ‘incostituzionali’ sono leggi costituzionali, annullabili però con un particolare procedimento” (ivi, β, p.305). Ma Kelsen sostiene anche, nelle stesse pagine, la tesi opposta dell’inesistenza: “né si potrebbe considerare valida norma giuridica quella norma giuridica di cui fosse possibile ritenere che non sia conforme alla norma che ne regola la produzione: sarebbe nulla, cioè non sarebbe affatto una norma giuridica. Ciò che è nullo non può essere annullato per vie giuridiche” (ivi, cap.V, § 35, l), a, p.298); “di una legge non valida non può dirsi che sia incostituzionale, perché una legge non valida non è affatto una legge, poiché giuridicamente non esiste e quindi non è possibile nessuna asserzione giuridica al riguardo” (ivi, β, p.302). La medesima tesi dell’inesistenza della legge invalida è inoltre sostenuta anche nel passo già citato *supra*, nella nota 29, della *Teoria generale del diritto*, cit., cap.XI, H, b, p.158.

³³ H.Kelsen, *Teoria generale del diritto* cit., parte I, cap.XI, B, a, 2, p.129; ivi, g, 2, pp.135-136; ivi, H, b, pp.158-159; Id., *La garanzia giurisdizionale* cit., II, pp.153-154.

³⁴ Kelsen, come è noto, pensa di risolvere queste aporie con la cosiddetta clausola alternativa tacita: “la costituzione”, egli scrive, “autorizza il legislatore a produrre norme giuridiche generali anche con un procedimento diverso da quello direttamente determinato dalle norme della costituzione ed anche a dare a queste norme un contenuto diverso da quello direttamente determinato dalle norme della costituzione” (*La dottrina pura* cit., cap.V § 35, l), β, p.304). La stessa tesi è in *Teoria generale del diritto* cit., cap.XI, H, b, p.159 e, prima ancora, nell’edizione del 1934 della *Reine Rechtslehre* (tr.it. di R.Treves, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1952, IV ed.1961, § 31, pp.88-89). Secondo Kelsen, in altre parole, la costituzione autorizzerebbe, oltre a forme e contenuti conformi e coerenti a quanto da essa “determinato”, anche forme o contenuti “diversi”, cioè non conformi o non coerenti, destinati all’annullamento. Ma questa è una tesi assurda, non meno della tesi secondo cui la norma che punisce l’omicidio autorizzerebbe l’omicidio destinato alla sanzione. Proprio questa bizzarria è la migliore conferma delle irrisolte aporie kelseniane. Non solo. Quella clausola – contrariamente al banale riconoscimento della possibile esistenza del “diritto antijuridico” generata dalla rigidità delle costituzioni e paventata da Kelsen come minaccia all’unità del sistema” (*La dottrina pura* cit., cap.V, § 35, l), a, p.298) – si risolve essa sì, come hanno mostrato Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, “in una sorta di dissoluzione del diritto come sistema normativo che regola la sua stessa creazione” (*Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona 1996, cap.II, § 2.1, p.52). Si veda anche, sull’assurdità di

5. L'ambivalenza semantica e sintattica della nozione di norma. Un'altra tesi antipositivistica: l'ipotesi della di una norma fondamentale – Si rivela a questo punto, all'origine dell'aporia A1 e di tutte le altre da essa derivate, una quinta aporia A5. Essa consiste nell'ambivalenza semantica del concetto di norma, con cui Kelsen designa indistintamente, a seconda dei casi, sia l'atto normativo che il significato prescrittivo che ne è effetto, sia il fatto empirico della produzione normativa che la norma propriamente detta che dell'atto è al tempo stesso l'effetto e il significato. E' questa un'ambivalenza semantica che consegue, inevitabilmente, dall'ambiguità sintattica generata dalla violazione di una regola elementare di formazione del linguaggio teorico: quella secondo cui un medesimo termine non può essere usato quale predicato di classi di argomenti o di oggetti diversi, cioè con riferimento a campi o domini di estensione eterogenea, quali sono, nel nostro caso, gli atti (ossia le fonti) e le figure deontiche (ossia le norme) che ne sono gli effetti e i significati³⁵.

Vengono al pettine, come conseguenze di questa ambivalenza sintattica e semantica della nozione di norma che solo la formalizzazione del linguaggio rende impossibile, molte delle aporie fin qui analizzate. Una prima conseguenza è la mancata distinzione, di cui si è detto nel paragrafo che precede, tra l'esistenza della

questa clausola, L.Ferrajoli, J.Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo. Una conversación*, Trotta, Madrid 2012, pp.33-47. Riccardo Guastini propone “un’interpretazione caritatevole” di questa stranezza: “Kelsen – l’inventore del controllo di legittimità costituzionale in forma accentrata – forse sta cercando di dire, sia pure in modo infelice, una cosa alquanto semplice e assolutamente vera: le clausole costituzionali che pretendono di vincolare il contenuto della legislazione futura sono prive di effetti ove i costituenti omettano di instaurare un controllo di costituzionalità sulle leggi. Se la costituzione non istituisce alcuna forma di controllo giurisdizionale sulle leggi, è ‘come se’ autorizzasse il legislatore a violarla, come se lo autorizzasse ad emanare norme incostituzionali” (*Garantismo e dottrina pura a confronto*, cit., § 7.5, p.122). Ma è chiaro che questo modo “infelice” di dire dipende dall'aporia qui criticata della mancata distinzione tra esistenza e validità.

³⁵ E' la regola formulata da Rudolf Carnap secondo cui ad ogni predicato deve corrispondere, in tutte le sue occorrenze, “la medesima estensione”, cioè la medesima “classe di individui”, ovvero il medesimo tipo o “dominio di oggetti” (R.Carnap, *Introduzione alla logica simbolica* [1954], La Nuova Italia, Firenze 1978, § 11, pp.72-75 e § 25, pp.148-156). Su questa regola, rinvio a *Pil*, Introduzione, § 11, p.57 e Premessa, § 5, pp.102-103. Purtroppo le ambiguità sintattiche e i conseguenti slittamenti semanticci sono frequentissimi nel linguaggio dei giuristi: si parla così, oltre che di ‘norma’ per designare sia l’atto normativo (o fonte) che il significato normativo (o norma) da esso espresso e prodotto, di ‘persone giuridiche’ per designare – come si vedrà nel § 8 – soggetti e insieme ordinamenti, di ‘sanzione’ per designare sia l’atto sanzionatorio che il suo effetto afflittivo, di ‘patrimonio’ per denotare un insieme di beni ma anche un insieme di diritti patrimoniali, di ‘proprietà’ per designare sia il diritto reale su beni determinati che i beni oggetto del diritto di proprietà, fino alla recente inclusione nella nozione di ‘beni comuni’ delle entità più disparate: non solo le classiche *res omnium*, come l’aria, l’ambiente, gli equilibri ecologici, l’acqua, i fondi marini e i monumenti artistici, ma anche l’istruzione, la salute, la cultura, il linguaggio, l’informazione, il sapere e simili. Solo la formalizzazione del linguaggio teorico può garantire, con il rispetto della regola suddetta, che non si cada in simili ambiguità sintattiche e semantiche e che risultino sempre nettamente distinti i diversi campi o domini della teoria. Questi campi in *Principia iuris*, aggiungo con l’occasione, sono cinque: i comportamenti, le figure deontiche, i soggetti, le cose e gli *status*.

norma, che riguarda l'atto normativo e richiede la conformità delle sue forme alle norme formali sulla sua produzione, e la validità, che invece riguarda anche il significato dell'atto, di cui richiede la coerenza con le norme sostanziali ad essa superiori: se con ‘norma’ vengono designati indistintamente sia l’atto normativo quale fatto empirico che il significato normativo che ne è effetto, è chiaro che l’esistenza e la validità del primo implica l’esistenza e la validità del secondo³⁶.

Una seconda conseguenza è una concezione semplificata della fenomenologia del diritto. La struttura a gradi dell’ordinamento teorizzata da Kelsen viene a configurarsi come una gerarchia di sole norme, inteso ‘norma’ al tempo stesso come l’atto normativo (o la fonte) e come il significato normativo da esso espresso (o la norma da esso prodotta). La struttura a gradi, non diversamente dalla relazione del dover essere (“A → B”) di cui si è detto nel § 1, è invece assai più complessa, consistendo nella sequenza tra atti e situazioni tra loro in relazione di grado: precisamente, tra gli atti normativi a1, le norme n1 che di tali atti sono effetti e insieme significati, gli atti normativi a2 che di tali norme sono un possibile esercizio o attuazione, le norme n2 che di tali atti sono effetti e insieme significati, gli atti normativi a3 che di tali norme sono il possibile esercizio e via dicendo³⁷. Sempre, in questa gerarchia, la relazione tra atti normativi di grado diverso è mediata dalla relazione di efficacia tra l’atto sopraordinato e la norma che ne è effetto e da quella di attuabilità tra tale norma e l’atto subordinato che ne è attuazione; sempre, la relazione tra norme di grado diverso, a sua volta, è mediata dalla relazione di attuabilità tra la norma sopraordinata e l’atto normativo che ne è esercizio e dalla relazione di efficacia tra tale atto e la norma subordinata che ne è effetto.

Una terza conseguenza è la necessità, per Kelsen, di ipotizzare, alla base del diritto positivo, la sua discussa *norma fondamentale*. E’ una necessità conseguente a due aporie. Consegue in primo luogo all’aporia A5 della mancata distinzione della norma dall’atto normativo di cui è effetto: se lo *stufenbau* kelseniano consiste in una gerarchia di norme non mediata da atti normativi, è chiaro che al vertice, se si vuole evitare il regresso all’infinito, va identificata una norma appunto fondamentale. Consegue, in secondo luogo, all’aporia A4 della mancata distinzione tra validità ed esistenza: se una norma esiste allora essa è anche valida; ma la validità di una norma dipende dalla sua conformità a una norma di grado ad essa superiore: di qui la necessità di supporre l’esistenza al di sopra della costituzione, che essendo una norma esistente è anche una norma valida, di un’altra norma, la norma fondamentale, appunto, da cui la costituzione trae validità. Si tratta di un’altra tesi in contrasto con il positivismo giuridico. Se la negazione del carattere di ‘illecito’ di un comportamento vietato ma non sanzionato, o del carattere di ‘diritto soggettivo’ di un’aspettativa non sanzionata e tuttavia positivamente stabilita contraddice, come si è visto nel § 2, il

³⁶ “Annulare una norma non può significare annullare l’atto di cui la norma costituisce il senso. Quel che è stato fatto non può essere trattato come se non fosse stato fatto”, scrive Kelsen, con ciò riferendosi, ovviamente, all’atto normativo ma anche, conseguentemente, alla norma, non distinta dall’atto e perciò assunta come valida perché, al pari di questo, non può essere trattata come se non fosse stata fatta (*La dottrina pura* cit., cap.V, § 35, I), a, p.298).

³⁷ Si vedano le sequenze riportate nella nota 7.

principio giuspositivista secondo cui una norma esiste *se posta*, l'assunzione dell'esistenza della norma fondamentale, pur non prodotta, contraddice il principio giuspositivista inverso, secondo cui una norma giuridica esiste *solo se posta*.

Se invece adottiamo le sequenze già illustrate delle relazioni di attuabilità delle situazioni e di efficacia degli atti, è ben possibile identificare, in luogo di questa misteriosa norma fondamentale, un fenomeno storico, suscettibile di indagine e verifica empirica: il potere costituente quale potere di fatto, il cui esercizio, a sua volta informale e sregolato, è l'atto costituente dal quale è prodotta la costituzione, che è la norma suprema e fondamentale dell'ordinamento, in quanto tale né valida né invalida. La configurazione della struttura a gradi come una sequenza (o rete complessa) di atti e di effetti consente insomma di identificare in un atto costituente, esercizio del potere costituente, l'origine e il fondamento empirico e non metafisico dell'origine e del fondamento dell'ordinamento³⁸.

Aggiungo un'ultima, fuorviante aporia che affligge la nozione di norma fondamentale. Kelsen, come non accetta l'idea del diritto illegittimo, tendenzialmente rifugge da una concezione pluralistica del diritto e dei suoi ordinamenti. L'idea della norma fondamentale, da lui ipotizzata a chiusura del sistema, gli serve per sostenere una concezione monistica del diritto e del rapporto tra ordinamenti statali e ordinamento internazionale, nonché il primato del secondo sui primi. Essa gli consente infatti di identificare le norme fondamentali dei diversi ordinamenti statali con una norma del diritto internazionale: il principio di effettività, da lui concepito come norma di riconoscimento degli ordinamenti esistenti³⁹. Ma questa è una costruzione smentita dalla realtà. Possiamo ben considerare l'integrazione giuridica planetaria come una prospettiva progressista e anzi necessaria alla sopravvivenza stessa del nostro pianeta: è l'ipotesi di un costituzionalismo globale che ho ripetutamente sostenuto come prospettiva imposta da quell'embrione di costituzione del mondo che è formato dalla Carta dell'Onu e dalle tante carte e convenzioni sui diritti umani. Ma oggi questa integrazione non esiste: esistono tanti ordinamenti

³⁸ Le sequenze riportate nella nota 7, l'una ascendente e l'altra discendente, possono infatti essere riformulate in termini di potere costituente e atto costituente, di costituzione e norme costituzionali, di atto legislativo e norme di legge, e poi di atti, testi normativi e norme a queste subordinati.

T12.127 (x3)((ATTx3 · ¬COSx3) → (Ǝr2)((OSSx3r2 v IOSx3r2) · NDEr2x3)) ·

(r2)(w)((NLER2w → (Ǝx2)(FONx2r2 · ALEx2r2)) ·
(x2)((ALEx2r2 → (Ǝr1)((OSSx2r1 v IOSx2r1) · NPr1x2 · NCSr1w)) ·
(r1)((NCSr1w → (Ǝx1)(FONx1r1 · ACTx1)) ·
(x1)(ACTx1 → (Ǝy0)(ESEx1y0 · POCy0)))))))

T12.128 (y0)((POCy0 → (Ǝx1)(ESEx1y0 · ATTx1)) ·

(x1)((ACTx1 → (Ǝz)(AISx1z · CAUx1z · ISZz)) ·
(w)(z)(r1)((CSTwzr1 · DEMw) → (INSwr1 · DVIr1 · NSOr1)) ·
(x2)(NSOr1x2 → (NDEr1x2 · (OSSx2r1 v IOSx2r1 v IOS[⊥]x2r1)) ·
(r2)(x3)(r3)((EFFr2x2 · NLER2x3 · NPr2x3 · DECx3r3) →
(OSSx3r2 v IOSx3r2 v IOS[⊥]x3r2))))

³⁹ H.Kelsen, *Teoria* cit., parte II, VI, C, pp.368-394, in particolare d, 1, p.373.

originari, relativamente indipendenti l'uno dall'altro⁴⁰.

6. L'incomprensione della dimensione nomostatica o sostanziale del paradigma costituzionale. La vexata questione se la logica si applichi al diritto – Dalla mancata o comunque incostante distinzione tra atto normativo e norma e dal conseguente misconoscimento dell'esistenza di norme sostanzialmente invalide, deriva una sesta aporia, A6: l'incomprensione della dimensione nomostatica o sostanziale della validità e dell'intero sistema giuridico che si aggiunge, negli odierni ordinamenti, alla loro dimensione nomodinamica o formale. Non è vero, infatti, che il diritto positivo, come dice Kelsen, sia un sistema normativo di tipo puramente dinamico⁴¹. Esso è anche un sistema nomostatico, dato che la validità sostanziale delle norme prodotte dipende dalla loro *coerenza* con le norme sostanziali sulla loro produzione⁴².

Grazie alla distinzione tra atto normativo e norma e tra i relativi campi di denotazione (fatti e significati), è dunque possibile distinguere – non soltanto tra sistemi interamente nomostatici, come sono per esempio i sistemi morali, e sistemi interamente nomodinamici, come sarebbe un ipotetico ordinamento dotato di un solo livello normativo – ma anche tra la dimensione nomostatica e la dimensione nomodinamica di un medesimo sistema multilivello come è, in particolare, quello dello stato costituzionale di diritto⁴³. Questa distinzione ricalca una dicotomia che attraversa l'intera teoria del diritto, quale risulta dal venir meno delle ambivalenze sintattiche di cui ho sopra parlato: quella tra causa ed effetto, e poi, negli atti formali, tra segno e significato, tra forma e sostanza, tra fonti e norme, tra validità formale e validità sostanziale, tra norme formali e norme sostanziali sulla produzione, tra norme di riconoscimento e ragione sociale di qualunque istituzione. Segni, forme, fonti, validità formale, norme formali e norme di riconoscimento riguardano gli atti, ossia le cause della dinamica giuridica. Significati, sostanza, norme, validità sostanziale,

⁴⁰ Cfr. *PiI*, § 8.11, pp.458-461; § 12,19, pp.937-944, e *PiII*, § 16.1, pp.483-484. Sulla questione si veda anche S.Anastasia, *Pluralità e pluralismo degli ordinamenti nella teoria del diritto e della democrazia di Luigi Ferrajoli*, in Id., (a cura di), *Diritto e democrazia nella teoria di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino 2011 pp.79-91, e la mia replica *Dodici questioni intorno a Principia iuris*, ivi, § 3.6, pp.207-208.

⁴¹ “Il sistema di norme che chiamiamo ordinamento giuridico è un sistema di tipo dinamico” (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto* cit., X, B, a, p.114). Ma si veda anche, sulla nomodinamica secondo Kelsen, *Teoria* cit., capp.X e XI, pp.111-165, e *La dottrina pura* cit, cap.V, intitolato “La dinamica del diritto”, pp.217-310. Le mie tesi sulla duplice dimensione, nomodinamica e nomostatica degli odierni ordinamenti, sono in *PiI*, § 1.3, pp.114-120, §§ 8.10-8.11, pp.453-461 e § 9.17, pp.566-572.

⁴² Al punto che in *PiI*, § 9.8, p.322 ho ritenuto di assumere ‘coerente’ come termine della teoria, definendolo, con la definizione D9.15, come “il significato di una decisione osservante delle norme sostanziali sulla sua produzione”.

⁴³ Riccardo Guastini parla giustamente, in proposito, di sistemi “‘misti’: statico-dinamici, se così si può dire, giacché includono un criterio di invalidità che fa riferimento al *contenuto* delle norme” (*Garantismo e dottrina pura a confronto*, § 7.4, p.119)

norme sostanziali e ragione sociale riguardano gli effetti, o se si vuole i contenuti statici prodotti dalla medesima dinamica.

Si tratta delle due facce della stessa medaglia, cioè di due dimensioni dell'intera fenomenologia del diritto positivo. La dimensione formale e nomodinamica riguarda gli atti e i segni precettivi e si fonda, in democrazia, su quei diritti fondamentali attivi che sono i diritti politici nella sfera pubblica e i diritti civili nella sfera privata. La dimensione sostanziale e nomostatica riguarda invece i significati prescrittivi, e specificamente le norme prodotte dagli atti precettivi, e si fonda, in democrazia, su quei diritti fondamentali passivi, cioè consistenti in aspettative di non lesione o positive di prestazione, che sono i diritti di libertà e i diritti sociali. La prima dimensione istituisce poteri e competenze e ne stabilisce le forme di esercizio; la seconda impone a tale esercizio limiti e vincoli sostanziali o di contenuto. Sia l'una che l'altra sono determinate dal principio di legalità quale postulato gius-positivista e norma di riconoscimento sia del diritto esistente che del diritto valido (o invalido). Grazie a tale principio è possibile l'articolazione multilivello dei sistemi giuridici e, conseguentemente, la gerarchia delle fonti e la gerarchia delle norme.

La prima, elementare articolazione multilivello si produce, nello stato legislativo di diritto, nel rapporto tra legislazione da un lato e giurisdizione e amministrazione dall'altro, l'una sopraordinata alle altre e queste sottoposte al rispetto o all'attuazione della prima. La seconda articolazione multilivello si produce, nello stato costituzionale di diritto, nel rapporto tra costituzione e legge, la prima sopraordinata alla seconda e la seconda sottoposta alle norme formali e sostanziali della prima sulla sua produzione. Una terza articolazione multilivello si produce, ed è destinata a prodursi ulteriormente, con lo sviluppo di ordinamenti sovranazionali dotati di fonti sopraordinate a quelle degli ordinamenti nazionali. In tutti i casi l'articolazione multilivello cambia la natura e la struttura del diritto, caratterizzandosi per la complementarietà da essa istituita tra dimensione nomodinamica e funzioni di governo da un lato e, dall'altro, tra dimensione nomostatica e funzioni di garanzia, sia primarie che secondarie⁴⁴.

Il diritto positivo, essendo interamente prodotto da atti precettivi resta dunque un sistema *nomodinamico*, in forza del quale le norme vengono ad esistenza *se e solo se* prodotte nelle forme da esso stabilite. E tuttavia l'articolazione multilivello degli ordinamenti e la conseguente gerarchia delle norme, oltre che delle fonti, vale a innestarvi anche una dimensione *nomostatica*, ignorata da Kelsen, in forza della quale le norme indebitamente prodotte o non prodotte in contrasto con la costituzione si configurano come vizi, cioè come *antinomie* o come *lacune* che richiedono di essere rimosse. La gerarchia delle norme e quella delle fonti, la prima conseguente alla seconda, sono perciò alla base della distinzione tra *dimensione formale*, relativa agli atti normativi regolati dalle *norme formali* (di competenza sul *chi* e di procedura sul *come* delle decisioni) ad essi gerarchicamente sopraordinati, e la *dimensione*

⁴⁴ Sulla distinzione tra *funzioni e istituzioni di governo* e *funzioni e istituzioni di garanzia*, e di queste ultime in *funzioni e istituzioni di garanzia primaria* e *funzioni e istituzioni di garanzia secondaria*, rinvio a *PiI*, §§ 10.16-10.18, pp.668-684 e §§ 12.5-12.8, pp.862-879; e a *PiII*, §§ 14.10-14.12, pp.200-218.

sostanziale, relativa invece ai significati degli atti normativi, cioè alle norme, a loro volta regolate dalle *norme sostanziali* (sul *che cosa non può* essere deciso e sul *che cosa deve* essere deciso) parimenti ad esse gerarchicamente sopraordinate. Se nel paradigma costituzionale delle odiere democrazie identifichiamo la dimensione formale della validità con i diritti di autonomia politica e civile e la dimensione sostanziale con i diritti di libertà e con i diritti sociali, parleremo di un *primato della nomodinamica*, attivata dai diritti formali o strumentali di autonomia civile e politica, per quanto riguarda la *fondazione positiva* del diritto, e di un *primato della nomostatica*, imposta alla nomodinamica dai diritti sostanziali o finali di libertà e sociali, per quanto riguarda il suo *fondamento assiologico*⁴⁵.

Ma in che cosa consiste la subordinazione gerarchica degli atti e delle norme inferiori rispetto a quelli superiori? Kelsen, a causa della sua concezione unidimensionale dell'ordinamento, la configura semplicemente come una relazione tra creazione e applicazione di norme⁴⁶. La distinzione tra la dimensione formale della gerarchia degli atti normativi e quella sostanziale della gerarchia delle norme rende invece questa relazione assai più complessa. L'“applicazione formale” delle norme formali sulla produzione degli atti normativi richiede che le forme di questi siano conformi alle forme da esse predisposte: che il ‘chi’ e il ‘come’ degli atti siano (o corrispondano a) quelli predisposti dalle norme sulla loro formazione. Quanto invece alle norme sostanziali, occorre distinguere tra ‘applicazione sostanziale’ e ‘rispetto’, cioè tra i due tipi di regolarità sostanziale che caratterizzano l’uno le funzioni di garanzia e l’altro le funzioni di governo. Di ‘applicazione sostanziale’ (e della relativa ‘sussunzione’) può parlarsi soltanto per l’esercizio delle funzioni di garanzia: per esempio una sentenza penale di condanna consiste nell’applicazione sostanziale della legge penale al reato sottoposto al giudizio. Non ha senso, invece, dire che la legge consiste nell’applicazione sostanziale della costituzione o che un contratto sia l’applicazione sostanziale delle norme sui contratti del codice civile. In questi casi si tratta solo di coerenza, soddisfatta semplicemente dal rispetto delle norme superiori da parte delle norme inferiori, e non certo di applicazione sostanziale o di sussunzione⁴⁷. La questione è rilevante proprio perché la distinzione tra produzione normativa discrezionale (*legis-latio*), cui si richiede il semplice ‘rispetto’ delle norme ad essa sopraordinate, e attività giurisdizionale o amministrativa (*iuris-dictio*), vincolata invece alla loro ‘applicazione sostanziale’, è alla base della separazione tra funzioni di governo e funzioni di garanzia.

⁴⁵ Ho illustrato questo duplice primato – dei diritti politici e civili di autonomia, che ho chiamato anche ‘secondari’ o ‘strumentali’ o ‘diritti-mezzo’, nella *fondazione positiva* del diritto, e dei diritti di libertà e dei diritti sociali, che ho chiamato anche ‘primari’ o ‘finali’ o ‘diritti-fine’, quale suo *fondamento assiologico* – in *PiII*, § 14.2, pp.160-161 e in *Intorno a Principia iuris* cit., § 14.3.1, pp.282-283.

⁴⁶ *Teoria generale del diritto* cit., XI, d, e, f, g, h, pp.131-139.

⁴⁷ Sulle nozioni di ‘conformità’, ‘coerenza’, ‘applicazione’, ‘applicazione formale’, ‘rispetto’, ‘applicazione sostanziale’ e ‘sussunzione’, si vedano le definizioni D9.14-D9.15 in *PiI*, § 9.8, pp.522-525 e D9.34-D9.39, §§ 9.15 e 9.16 pp.556-566. Le reciproche implicazioni tra conformità e applicazione formale, tra coerenza e rispetto e tra applicazione sostanziale e sussunzione sono espresse dalle tesi T252, T253 e T256, ivi, § 9.16, pp.561-562.

E' nella dimensione nomostatica, e solo in questa, che si manifesta il ruolo della logica nel diritto. La conformità, richiesta dall'applicazione formale, delle forme degli atti normativi a quelle predisposte dalle norme formali sulla loro produzione è oggetto di un accertamento empirico e non ha nulla a che vedere con la logica. Consistono invece in relazioni logiche entrambi i tipi di regolarità sostanziale dei significati richiesti dalla gerarchia nomostatica: *a)* le implicazioni espresse dal sillogismo giudiziario, nel quale tipicamente si manifesta l'applicazione sostanziale delle norme sopra-ordinate da parte dei dispositivi individuali subordinati e *b)* la non contraddizione e la completezza delle norme inferiori rispetto ai limiti e ai vincoli, cioè ai divieti e agli obblighi, espressi dalle norme superiori.

Vengo così alla *vexata quaestio* che ha animato il dibattito filosofico-analitico soprattutto negli anni Ottanta, dopo la pubblicazione nel 1979 della *Allgemeine Theorie der Normen* di Hans Kelsen: se la logica sia applicabile al diritto⁴⁸. Kelsen, in accordo con la sua concezione solamente nomodinamica del diritto positivo, sostiene, come è noto, la tesi della non applicabilità al diritto dei principi della logica deduttiva, escludendo sia che esista implicazione nel cosiddetto sillogismo giudiziario, sia che esista contraddizione tra norme di grado diverso pur tra loro in contrasto⁴⁹. Non mi soffermo sugli argomenti di Kelsen a sostegno di questa tesi, tutti discussi e confutati dal dibattito che ne è seguito⁵⁰ e in gran parte legati alle aporie finora analizzate, prima tra tutte la tesi dell'inammissibile esistenza di norme invalide e l'idea che sia una "contraddizione in termini" la contraddizione tra norme di diverso livello nella quale risiede l'invalidità sostanziale delle norme inferiori. E' chiaro, una volta riconosciuta la dimensione sostanziale e nomostatica innestata dalle costituzioni

⁴⁸ *Teoria generale delle norme*, cit., in particolare il cap.58, che segna un mutamento di idee rispetto alla *Dottrina pura del diritto* del 1960. Sulle diverse tappe del pensiero di Kelsen in merito a tale questione, si vedano M.G.Losano, *Saggio introduttivo a H.Kelsen, La dottrina pura* cit., pp.L-LV e Id., *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, introduttivo a H.Kelsen, *Teoria generale delle norme* cit., pp.XXIII-XXXIII, Il termine "irrazionalismo normativo" a proposito dell'ultimo Kelsen è stato introdotto, sia pure in termini non valutativi come egli stesso ha voluto precisare, da O.Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsen Theorie der Normen*, Duncker und Humblot, Berlin 1981, p.8, nota 5.

⁴⁹ "La validità della norma individuale, rappresentata come conclusione nel cosiddetto sillogismo normativo, non può essere implicita nella validità dell'asserzione generale rappresentata come premessa maggiore e nella verità dell'asserzione rappresentata come premessa minore" (*Teoria generale delle norme* , cit., cap.LVIII, § 10, p.387). La contraddizione tra norme di grado diverso era già stata esclusa ripetutamente fin dalla *Teoria generale del diritto* cit., XI, H, f, p.164: "Il carattere alternativo della norma superiore che determina quella inferiore esclude qualsiasi contraddizione reale fra la norma superiore e quella inferiore"; "Questo conflitto [tra norme] non è una contraddizione logica nel senso stretto del termine" (*La dottrina pura* cit., cap.V, § 34, e), p.232); "Non può esistere alcun conflitto fra una norma superiore e una norma inferiore, cioè fra una norma che regola la produzione di un'altra e quest'altra norma, poiché la norma inferiore trova il fondamento della sua validità nella norma superiore" (ivi, p.235).

⁵⁰ Mi limito a ricordare L.Gianformaggio, *In difesa del sillogismo pratico, ovvero alcuni argomenti kelseniani alla prova*, Giuffrè, Milano 1987 e l'ampia bibliografia ivi riportata; Id., *Se la logica si applichi alle norme. In cerca del senso di una questione* (1986), in Id., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino 1986, pp.171-202.

anche nella produzione legislativa, che i principi logici della coerenza e della completezza – quelli che ho chiamato *principia iuris tantum* rispetto ai *principia iuris et in iure* costituzionalmente stipulati⁵¹ – si identificano con il dover essere della legislazione, nei cui confronti assumono quindi il ruolo di principi normativi. Intendo dire che i principi della logica deontica e tutti quelli della teoria che fanno uso di figure deontiche – come le contraddizioni tra ‘permesso’ e ‘vietato’ e tra ‘permesso che non’ e ‘obbligatorio’, o le implicazioni tra ‘aspettativa positiva’ e ‘obbligo’ e tra ‘aspettativa negativa’ e ‘divieto’ corrispondente, espresse rispettivamente dai due quadrati delle opposizioni di cui ho parlato fin dai primi due capitoli di *Principia iuris*⁵² – sono principi *del* diritto, pur non essendo principi *nel* diritto. Per questo li ho chiamati *iuris tantum*: perché impongono al diritto positivo il suo “dover essere giuridico”, cioè la coerenza e la completezza logica che per il suo carattere nomodinamico esso di fatto può non avere ma che, per la dimensione nomostatica in esso innestata dai *principia iuris et in iure* stabiliti nelle costituzioni, esso deve, con questi, logicamente e giuridicamente avere.

Completezza e coerenza rispetto a quei fondamentali *principia iuris et in iure* che sono i diritti di libertà e i diritti sociali costituzionalmente stabiliti formano anzi, a mio parere, i due principi basilari del paradigma garantista: la loro osservanza consiste infatti nel rispetto e ancor prima nell’introduzione delle garanzie dei diritti, mentre la loro violazione dà luogo ad *antinomie*, cioè alla produzione di leggi che contraddicono tali diritti, o peggio a *lacune* di garanzie, cioè all’omissione di leggi di attuazione dei diritti medesimi. Per questo ho intitolato il mio lavoro ai *principia iuris (tantum)* della coerenza e della completezza: i quali, contrariamente a quanto sostiene Kelsen, presiedono alla dimensione nomostatica innestata nelle nostre democrazie dai *principia iuris (et in iure)* di giustizia introdotti nelle nostre costituzioni.

C’è tuttavia un aspetto della questione sotto il quale, in ultima analisi, ha ragione Kelsen. Quanto detto finora non toglie che non basta la logica a dare attuazione ai *principia iuris tantum*, cioè a risolvere le antinomie e a superare le lacune legate ai dislivelli normativi. Proprio perché il diritto, quanto alla sua fondazione positiva, è un sistema dinamico nel quale, come si è detto, sia l’esistenza che l’inesistenza delle norme dipendono solo dall’esistenza o dall’inesistenza degli atti normativi che le producono, sia la soluzione delle antinomie che il completamento delle lacune non sono soltanto operazioni logiche, ma sono sempre il prodotto di atti prescrittivi imposti, quali loro attuazioni, dai principi logici che ho chiamato *iuris tantum*. Precisamente, la soluzione delle antinomie richiede un accertamento giurisdizionale che annulli le norme indebitamente prodotte in attuazione del principio di coerenza o di non contraddizione; la soluzione delle lacune richiede invece un intervento legislativo che introduca le norme indebitamente mancanti in attuazione del principio di completezza. Vengo così alla settima aporia: il ruolo critico e progettuale nei confronti del diritto vigente imposto dai *principia iuris tantum* agli operatori giuridici

⁵¹ Sulla distinzione tra *principia iuris tantum* e *principia iuris et in iure*, rinvio a *PiI*, Introduzione, §§ 6-8, pp.26-41; § 1.3, pp.114-120; § 2.7, pp.172-173; § 3.6, pp.198-201; § 8.7, pp.439-444.

⁵² *PiI*, § 1.4, pp.120-124 e § 2.3, pp.151-157.

e alle discipline di diritto positivo.

7. L'idea dell'avalutatività della teoria del diritto. Una scienza giuridica militante – Dunque, poiché il diritto positivo è comunque un ordinamento dinamico, nel quale le norme esistono se e solo se prodotte da atti normativi, i *principia iuris tantum* della coerenza e della completezza rispetto ai *principia iuris et in iure* stabiliti nella costituzione possono ben essere violati, per commissione o per omissione, dando luogo, si è detto, ad antinomie o a lacune. Di qui la virtuale divaricazione di cui ho parlato nel § 4 tra il dover essere e l'essere delle norme di diritto positivo. Di qui, conseguentemente, il ruolo critico e progettuale nei confronti del diritto illegittimo, imposto agli operatori del diritto e alle discipline giuridiche positive dai *principia iuris tantum* della teoria in coerenza e in attuazione dei *principia iuris et in iure* presenti negli ordinamenti indagati a livello, di solito, costituzionale. Di qui la dimensione pragmatica – non meramente descrittiva e avalutativa – della teoria del diritto, fermamente negata da Kelsen, come del resto da Norberto Bobbio e anche dai teorici della scuola genovese. E' nella negazione di questa dimensione pragmatica della scienza giuridica, concepita come descrittiva e avalutativa perché “pura” o “formale”, la settima aporia – A7, di carattere metateorico, conseguente dalle aporie A4 e A6 – della teoria keseniana e del kelsenismo. In proposito occorrono una precisazione e una distinzione.

La precisazione riguarda il significato delle parole che usiamo a proposito di questa questione. La teoria assiomatizzata del diritto da me elaborata in *Principia iuris* è certamente una teoria formale: formale tanto da essere formalizzata e formalizzabile perché formale, e perciò “pura” nel senso di Kelsen e “formale” nel senso di Bobbio⁵³: cioè nel senso che non ci dice nulla sui concreti contenuti normativi di cui sono dotati o di cui sarebbe giusto che fossero dotati gli ordinamenti giuridici, ma si limita a indagare le strutture normative e le relazioni sintattiche che legano tra loro i concetti teorici, quali che siano i contenuti normativi dei concreti

⁵³ “La dottrina pura del diritto”, scrive Kelsen, “come teoria vuole conoscere esclusivamente e unicamente il diritto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa è e come è il diritto; non però alla domanda: come deve essere o come si deve produrre il diritto... La si definisce dottrina ‘pura’ del diritto perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene all’oggetto esattamente determinato come diritto” (*La dottrina pura* cit., cap.I, § 1, p.9). Analogamente, secondo Bobbio, “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). Sul carattere “formale” delle tesi teoriche, rinvio alle chiarificazioni svolte ripetutamente, a cominciare da quelle a proposito della definizione di “diritti fondamentali”, in *Diritti fondamentali* cit., I, § 1 pp. 5-9; II, §§ 1 e 5, pp.123-145 e 150-151; III, §§ 1 e 4, pp.279-288 e 298-309, e poi nell’Introduzione a *Principia iuris* cit. e in *La teoria generale del diritto: l’oggetto, il metodo, la funzione*, in “Rivista di Filosofia del diritto”, 2012, n.2, § 1, pp.229-233.

ordinamenti. Sia Kelsen che Bobbio, e più ancora la scolastica kelseniana e quella bobbiana, ritengono però, forse per l'influenza di Max Weber e per altro verso dell'imperante metodo tecnico-giuridico, che il carattere "puro" o "formale" della teoria ne implichi altresì il carattere avalutativo e descrittivo. A mio parere, invece, entrambi questi connotati – l'avalutatività e la descrittività – non hanno nulla a che vedere con il carattere formale della teoria. Al contrario, essi non sono mai, nella scienza giuridica, pienamente realizzabili. Non lo sono per le discipline giuridiche particolari, se non altro perché i loro asserti, benché ancorati ai testi normativi come alla loro base empirica, sono il prodotto non già di attività meramente cognitive dei significati di tali testi, bensì dell'attribuzione ad essi di significati ad opera dell'interprete, e quindi di attività in ultima analisi prescrittive. Ma non lo sono neanche per la teoria del diritto. Per due ragioni.

In primo luogo la teoria non è avalutativa né descrittiva a causa del carattere stipulativo o convenzionale delle sue assunzioni, cioè dei suoi postulati e delle sue definizioni. Di solito le assunzioni sono scelte unicamente in funzione della loro capacità esplicativa e della loro eleganza estetica. Ma è chiaro che a tali scelte non è estranea la valutazione delle implicazioni pratiche che esse sono idonee a generare: si ricordino, per esempio, le definizioni di illecito e di diritto soggettivo da me proposte per evitare, come ho mostrato nel § 2, le aporie antipositivistiche generate da quelle di Kelsen. Il carattere stipulativo e perciò non descrittivo delle assunzioni non toglie però il loro carattere ideologicamente neutrale. Si pensi alla mia definizione dei 'diritti fondamentali' come quei diritti attribuiti a tutti in quanto persone, o cittadini e/o capaci d'agire, da più parti criticata proprio perché priva di qualunque connotato assiologico, cioè per il suo carattere esclusivamente formale⁵⁴ che io invece ritengo un tratto distintivo dello statuto di qualunque termine teorico. Ma un discorso analogo può farsi per le mie nozioni di 'diritti di libertà', di 'diritti sociali', di 'costituzione', di 'separazione dei poteri' e di 'rappresentanza politica', di solito cariche di connotati valutativi.

In secondo luogo la teoria del diritto non è descrittiva per un'altra, più interessante ragione che opera negli ordinamenti multilivello: perché, come si è visto nel paragrafo che precede, la logica e conseguentemente le tesi teoriche che ne fanno uso hanno il valore di *principia iuris tantum*, normativi nei confronti del diritto positivo. Sono infatti principi logici e al tempo stesso normativi – esattamente come

⁵⁴ Critiche alla mia definizione formale di diritti fondamentali sono state rivolte da Ermanno Vitale, Danilo Zolo, Luca Baccelli, Michelangelo Bovero e Anna Pintore in *Diritti fondamentali* cit., sulle quali cfr. le mie risposte ivi, cap.II, § 2, pp.123-134 e cap.III, §§ 4-6, pp.314-332, e poi, di nuovo, da L.Baccelli, *Assiomatizzare i diritti?* in Id. (a cura di), *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Giappichelli, Torino 2012, § 2, pp.63-75, su cui si veda la mia replica *La logica nel diritto e nella teoria del diritto*, ivi, § 7, pp.131-138. Analoghe le critiche di M. Atienza, *Tesis sobre Ferrajoli*, in "Doxa", n.31, 2008, § 8, p.215; Id., *Una teoria pragmatica del diritto*, in "Rivista di filosofia del diritto", a. I, n.1, 2012, p.130. Anche Tecla Mazzarese ha sostenuto che il concetto di diritti fondamentali "non può non avere" una "marcata" e "intrinseca connotazione assiologica" (*Diritti fondamentali e neocostituzionalismo*, in Id., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002, § 3.1, pp.38-39).

le regole della matematica nei confronti dei discorsi che ne fanno uso – i principi espressi dai due quadrati deontici delle opposizioni: quello delle modalità attive, che enuncia il principio di coerenza o non contraddizione, cioè dell’assenza di ‘divieti’ o di ‘obblighi’ in presenza di ‘permessi che’ e di ‘permessi che non’, e il principio di completezza, cioè della presenza di ‘obblighi’ o ‘divieti’ in capo ad altri soggetti, in presenza di ‘aspettative positive’ e di ‘aspettative negative’⁵⁵.

La normatività di tali principi viene trasmessa alla teoria, e tramite la teoria agli operatori e alle discipline giuridiche positive, dalla loro assunzione come tesi teoriche: cioè dall’assunzione da me operata dei funtori deontici del ‘permesso’, del ‘vietato’ e dell’‘obbligatorio’, anziché come operatori di logica deontica, come costanti predicative e, conseguentemente, di tutte le tesi, primitive e derivate, che ne fanno uso come tesi deontiche della teoria, perciò normative nei confronti del diritto positivo. Quei principi, precisamente, sono per un verso principi analitici logicamente veri, descrittivi perciò del modello teorico; ma per altro verso, ben potendo essere contraddetti dal diritto positivo a causa del suo carattere nomodinamico, sono principi normativi che al diritto impongono coerenza e completezza, non diversamente dalle regole della logica e della matematica nei confronti dei discorsi che ne fanno uso. La loro normatività, in altre parole, retroagisce sugli attori del diritto e sulle discipline giuridiche positive, suggerendo loro: *a*) un ruolo critico nei confronti delle loro possibili violazioni: delle violazioni per commissione delle tesi logico-deontiche del quadrato delle modalità attive (come l’implicazione tra ‘permesso che’ e ‘non vietato’ e tra ‘permesso che non’ e ‘non obbligatorio’), consistenti in *antinomie*, e delle violazioni delle tesi logico-deontiche del quadrato delle aspettative passive (come l’implicazione tra ‘aspettativa positiva’ e ‘obbligo’ corrispondente e tra ‘aspettativa negativa’ e ‘divieto’ corrispondente), consistenti in *lacune*; *b*) un ruolo progettuale delle correzioni imposte da quei medesimi principi agli operatori giuridici: alla giurisdizione, deputata all’annullamento delle norme invalide indebitamente prodotte, e alla legislazione, deputata alla produzione delle norme di attuazione indebitamente mancanti. Per questo ho parlato, con espressione volutamente provocatoria nei confronti delle meta-teorie del disimpegno critico e progettuale, di *scienza giuridica militante*: perché le discipline giuridiche positive sono obbligate, dalla struttura del loro stesso oggetto analizzata dalla teoria formale, alla difesa e all’attuazione dei *principia iuris et in iure* in esso stabiliti⁵⁶.

8. L’idea del funzionario come organo della persona giuridica. Un’altra ambiguità sintattica: la personificazione degli ordinamenti - C’è poi, a mio parere, un’ottava aporia, A8, nella teoria kelseniana. Essa consiste nell’identificazione degli organi delle persone giuridiche con le persone umane attraverso cui le persone giuridiche agiscono. “Un individuo”, scrive Kelsen, “agisce come organo di una corporazione se il suo comportamento corrisponde in un certo qual modo all’ordinamento speciale che

⁵⁵ Sono i due quadrati deontici raffigurati in *PiI*, cap.I, § 1.4, p.122 e cap.II, § 2.3, p.155.

⁵⁶ In *La democrazia attraverso i diritti* cit., § 2.8, pp.81-89.

costituisce la corporazione"⁵⁷. E più oltre: "Chiunque assolva una funzione determinata dall'ordinamento giuridico è un organo... Un organo, in questo senso, è un individuo il quale assolve una funzione specifica... Gli organi dello Stato, in questo senso più ristretto, sono denominati funzionari"⁵⁸.

Si tratta di una tesi che Kelsen recepisce dalla giuspubblicistica del suo tempo⁵⁹ e che è tuttora radicata nella dottrina giuridica dominante. Kelsen – grazie alla sua tesi secondo cui “non vi può essere una differenza sostanziale” tra persone fisiche e persone giuridiche, le une e le altre da lui concepite come “costruzioni del pensiero giuridico” distinte dalla “realità naturale”⁶⁰ – si discosta dalla concezione dominante secondo cui la persona giuridica “è una entità reale, un organismo, un superuomo che ha una volontà propria che non è la volontà dei suoi membri” ma “una volontà reale, che il diritto dello Stato riconosce”⁶¹. E può perciò evitare le tesi, correnti nella concezione antropomorfica della persona giuridica, secondo cui questa, benché le siano ascrivibili diritti, doveri e funzioni, sarebbe priva di capacità giuridica⁶², mentre

⁵⁷ H.Kelsen, *Teoria generale del diritto* cit., parte I, IX, C, c, p. 98; “Il rapporto fra l’organo e la corporazione è il rapporto fra un individuo ed un ordinamento giuridico speciale” (ivi, parte I, IX, C, l, p.109)

⁵⁸ Ivi, parte II, I, B, a, p.197. La medesima tesi è ripresa in *La dottrina pura* cit., cap.IV, § 30, c), p.174: “Organo di una comunità è un individuo in quanto eserciti una funzione che può essere ascritta alla comunità, una funzione che, pertanto, si dice assolta dalla comunità, concepita come persona, per mezzo dell’individuo che funge da suo organo”; ivi, cap.IV, § 33, c), p.200: “L’individuo mediante il quale l’ente agisce come persona giuridica ed il cui comportamento viene ascritto all’ente, è qualificato come organo dell’ente”.

⁵⁹ Mi limito a ricordare G.Jellinek, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, tr. it. del 3^o libro della *Allgemeine Staatslehre* (1900, IV ed. del 1922), Giuffrè, Milano 1949, cap.V, p.119: “Ogni gruppo ha bisogno di una volontà unitaria. Questa volontà non può essere altra se non quella d’individui umani. Un individuo, la cui volontà vale come volontà del gruppo, devesi considerare - in quanto questi rapporti tocchino il gruppo - come strumento di volontà del gruppo, come organo del gruppo”; R.Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l’Etat*, Sirey, Paris 1920: “Per organi bisogna dunque intendere quegli uomini che, o come individui o collettivamente, sono abilitati dalla costituzione a volere per la collettività, e la cui volontà, in virtù di questa abilitazione costituzionale, vale come volontà generale della collettività”; S.Romano, *Organi* (1944), in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano 1947, pp.154-155: “se organo è un elemento dell’ente che ha la funzione far volere e agire l’ente stesso, ne consegue che esso è un individuo che da solo o col concorso di altri individui ha siffatto compito, il quale non può essere assolto se non da persone fisiche. E’ questo il significato più semplice e più concreto della parola ‘organo’”. Sulla questione è intervenuto criticamente A.Ross, *Sui concetti di ‘Stato’ e di ‘organi dello Stato’ nel diritto costituzionale* (1961), in S.Castignone e di R.Guastini, *Realismo giuridico e analisi del linguaggio. Testi di Karl Olivecrona e Alf Ross*, Ecig, Genova 1990, pp.295-314, il quale tuttavia, pur parlando in proposito di “un elemento di misticismo” e di una “metafora” (ivi, pp.301-302), non si discosta dalla tesi che “organi dello Stato” sono le “persone autorizzate” ad agire come tali (ivi, p.304).

⁶⁰ H.Kelsen, *Teoria* cit., parte I, IX, C, b, p. 96.

⁶¹ Ivi, *Teoria* cit., parte I, IX, C, m, p.109.

⁶² Si ricordi la nozione di capacità giuridica di F.Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile* (1944), VII ed., Jovene, Napoli 1962, § 1, p.24, che la connette “allo stato di persona”, a sua volta associato alle sole persone fisiche. Ma analoghe nozioni sono offerte da quasi tutta la dottrina: per esempio da F.Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, (1939), IX ed., Giuffrè,

al contrario, benché consista in una finzione e quindi non sia in grado di agire, sarebbe dotata di capacità d'agire⁶³. Tuttavia, proprio la totale assimilazione delle persone giuridiche alle persone fisiche – che a differenza di quelle soltanto giuridiche sono, esse sì, “realtà naturali” e non “costruzioni del pensiero giuridico” – impedisce a Kelsen di cogliere, nelle prime, il carattere *artificiale* non soltanto dello *status personae*, ma anche dell'entità soggettiva di cui tale status è predicabile, e nelle seconde il carattere *naturale*, quali entità non create dal diritto insieme al loro *status* di persone, ma empiricamente esistenti indipendentemente dal diritto. Benché rifiutata, la concezione antropomorfica della persona giuridica finisce per connotare anche l'immagine, quanto meno bizzarra e mostruosa, di un'entità fittizia che ha per organi degli esseri umani, affiancandosi a un'immagine non meno bizzarra degli esseri umani come costruzioni giuridiche⁶⁴.

Questa costruzione è tanto insensata quanto macchinosa. Soprattutto non è affatto necessaria per dar conto del funzionamento in concreto di quelle istituzioni artificiali che sono le persone giuridiche. Una volta riconosciuto *a) che tali soggetti, al pari dei loro organi, sono entità artificiali istituiti da atti giuridici; b) che la personalità giuridica consiste nella capacità giuridica, cioè nell'idoneità ad essere titolari di*

Milano 1957, vol.I, § 15, nn.7-12, pp.217-222; da F.Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Società ed. del Foro Italiano, Roma 1951, § 49, pp.119-121; da D.Barbero, *Sistema del diritto privato italiano*, Utet, Torino 1965, §§ 68-69 e 74, pp.145-146 e 150 e da F.Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova 1990, vol.I, § 28, p.126 e § 33, p.137.

⁶³ Sostengono la tesi della capacità d'agire delle persone giuridiche la maggior parte dei giuristi: per esempio, Santi Romano, *op.cit.*, p.158 “l'organo rende l'ente cui appartiene capace d'agire, in modo che, se questo è persona giuridica, la sua capacità è intera, cioè riunisce in sé la c.d. capacità di diritto e la c.d. capacità d'agire”, F.Ferrara sen., *Le persone giuridiche*, Utet, Torino 1958, § 92, p.316-318; F.Messineo, *Dottrina generale del contratto (Artt.1321-1469 cod. civ.)*, III ed., Giuffrè, Milano 1948, p.146; F.Santoro Passarelli, *Dottrine cit.*, § 58, p.268; P.Rescigno, *Capacità d'agire*, in *Digesto. IV edizione. Discipline privatistiche. Sezione civile*, Utet, Torino 1988, vol.II, § 7, pp.216-217.

⁶⁴ L'immagine antropomorfica delle persone giuridiche che inevitabilmente ne risulta è ben illustrata da Santi Romano, *Organi*, cit., p.155: “L'individuo che assuma la qualità di organo deve essere non una persona che rimanga estranea all'ente, al di fuori di esso, ma un individuo che venga in questo incardinato, in modo che la volontà e l'azione sua possano considerarsi come volontà e azione dell'ente: egli non vuole e agisce per l'ente, in vece e per conto dell'ente, ma, come si è detto e giova ripetere, fa volere e agire l'ente, apprestando a questo qualità fisiche e psichiche che l'ente altrimenti non possiederebbe, ma che così vengono a costituire qualità anche di quest'ultimo, conferendogli una capacità che per gli individui è, prima che giuridica, naturale, mentre per l'ente è meramente giuridica... Chi disconosce questa possibilità mostra di non rendersi conto di ciò che il diritto può realizzare, con dei risultati che sono veramente mirabili”. Il fenomeno davvero mirabile è illustrato in termini ancor più immaginosi da Domenico Barbero: “l'assemblea dei soci”, cioè i ‘soci in assemblea’ non parlano *in nome* della società, ma *sono la società parlante*; i loro atti non sono ‘atti in rappresentanza della società’, ma sono, nella realtà giuridica formale, ‘atti della società’, che si considerano – e, nella realtà giuridica formale, *sono* – atti compiuti dalla società: naturalmente per mezzo del suo ‘organo’, così come la persona fisica si esprime per mezzo dei suoi ‘organi’ (il capo, la mano, la bocca) e tali suoi organi non si esprimono (non vogliono, non scrivono, non parlano) *in nome* della persona fisica, ma non sono che strumenti *fisici*, attraverso i quali la persona stessa, direttamente e *in nome proprio*, vuole scrive e parla” (D.Barbero, *Sistema cit.*, vol.I, § 121 pp.196-198).

situazioni giuridiche, e/o nella capacità d’agire, cioè nell’idoneità ad essere autori di atti; *c*) che solo le persone fisiche, cioè i soggetti naturali perché non istituiti da atti giuridici, e non anche le persone giuridiche, sono in grado di essere autori di quegli specifici comportamenti che sono gli atti giuridici; che infine *d*) le persone giuridiche e i loro organi possono “agire” soltanto attraverso le persone fisiche che ne sono i funzionari⁶⁵; allora ne consegue logicamente che le persone giuridiche, in tanto sono *e*) persone dotate di personalità in quanto, *f*) non potendo essere capaci d’agire, *g*) sono sempre giuridicamente capaci, laddove *h*) i funzionari che agiscono in loro nome e per loro conto non sono organi – consistendo gli organi in articolazioni organizzative delle persone giuridiche, al pari di queste artificiali – bensì persone fisiche rappresentanti degli organi, e per loro tramite delle relative persone giuridiche, in forza di quello specifico rapporto di rappresentanza legale o necessaria che è la ‘rappresentanza organica’⁶⁶.

Kelsen aggrava suo malgrado la concezione antropomorfica della persona giuridica e quella, per così dire, ordinamentale della persona fisica configurando la persona, sia giuridica che fisica, come “ordinamento personificato”⁶⁷. Anche questa è una complicazione tanto inutile quanto astrusa e confusa, che contraddice la regola di formazione del linguaggio teorico più sopra ricordata, secondo cui devono essere evitate le ambiguità sintattiche determinate dall’uso di un medesimo termine quale predicato di classi di argomenti o di oggetti diversi. Le persone fisiche sono i soggetti giuridici non prodotti da nessun atto, che perciò, riprendendo la terminologia di Thomas Hobbes, ho chiamato *naturali*; e non c’è nessuna necessità che siano identificati con l’ordinamento da cui sono regolati. Quanto alle persone giuridiche, invece, esse presentano un’ambivalenza strutturale che in tanto non ci fa cadere nell’ambivalenza sintattica e semantica qui criticata come l’aporia A6 in quanto venga esplicitata sul piano, appunto, sintattico e conseguentemente semantico. E’ quanto ho fatto in *Principia iuris*, grazie alla formalizzazione, con la tesi che le persone giuridiche sono *soggetti* di diritto allorquando, ossia se e solo se, *non figurano come ordinamenti* e sono *ordinamenti* allorquando, cioè se e solo se, *non*

⁶⁵ Le quattro tesi suddette sono in *PiI*, rispettivamente, *a*) le definizioni D7.6 di ‘persona artificiale’ (o giuridica) (ivi, § 7.2, p.347) e D7.15 di ‘organo’ (ivi, § 7.8, p.376), *b*) la definizione D7.2 di ‘personalità’ e il teorema T7.19 (ivi, § 7.1, p.343 e § 7.4, p.357), *c*) il postulato P12 e il teorema T7.44 (ivi, § 7.5, pp.362 e 364) e *d*) le definizioni D10.8 e D10.9 di ‘rappresentanza organica’ e di ‘funzionario’ (ivi, § 10.5, p.612).

⁶⁶ Le quattro tesi suddette sono in *PiI*, rispettivamente, *e*) la definizione D7.3 di ‘persona’ (ivi, § 7.1, p.343), *f*) la tesi T7.43 (ivi, § 7.5, p.364), *g*) la tesi T7.50 (*ibidem*) e *h*) le tesi T10.68, T10.72, T10.77 e T10.80-T10.81 (ivi, § 10.5, pp.614-617). In realtà il ragionamento che si articola in queste otto tesi è assai più complesso, essendo più numerose e complesse sia le sue premesse che le sue conclusioni.

⁶⁷ E’ il titolo del sottoparagrafo *f*) di *Teoria generale del diritto* cit., parte I, IX, C, p.100. “La persona giuridica, nell’accezione più ristretta del termine, non è altro che la personificazione di un ordinamento regolante il comportamento di più individui, il punto comune di imputazione, per così dire, di tutti quegli atti umani che sono determinati da quell’ordinamento. La cosiddetta persona fisica è la personificazione di un complesso di norme regolanti il comportamento di un unico individuo. Il sostrato della personificazione è quindi in linea di principio lo stesso in entrambi i casi” (*ibidem*).

figurano come soggetti. E' ciò che accade con tutte le persone giuridiche, dalle società commerciali agli enti pubblici e in particolare allo Stato: quando stipulo un contratto con una società per azioni o con il Comune di Roma o con lo Stato italiano, queste entità si configurano non come ordinamenti, ma come persone giuridiche; quando invece entro a far parte come funzionario di queste istituzioni, oppure come dipendente o come cittadino violo taluna delle norme da esse prodotte, allora queste medesime entità si configurano non come persone, ma come ordinamenti⁶⁸. Una società per azioni, per esempio, può essere riguardata come un 'ordinamento' generato dal suo statuto e dall'insieme delle norme a questo subordinate che ne disciplinano l'organizzazione interna; ma può essere anche riguardata come 'persona giuridica' in rapporto con altri soggetti, in quanto titolare di situazioni e imputabile degli atti compiuti dai suoi rappresentanti. A una condizione: che nel primo caso non sia riguardata come 'persona' e nel secondo non sia riguardata come 'ordinamento'. E lo stesso si dica dello Stato italiano e del Comune di Roma.

9. *La concezione unicamente formale della democrazia* – La nona aporia, A9, riguarda la teoria della democrazia ed è un corollario, in forza dell'isomorfismo che sempre lega diritto e sistema politico, dell'aporia A4 che affligge la teoria della validità. Essa consiste nella concezione puramente formale della democrazia. Parallelamente e conseguentemente alla concezione puramente formale della validità di cui ho parlato nei §§ 4 e 6, Kelsen sostiene una nozione parimenti formale o procedurale della democrazia, da lui identificata, in accordo del resto con la concezione tuttora dominate, con la forma di governo nella quale il potere è esercitato da tutto il popolo o dalla sua maggioranza, direttamente o tramite rappresentanti⁶⁹. La democrazia, secondo questa concezione, consisterebbe solo in un metodo di formazione delle decisioni pubbliche: precisamente, nell'insieme delle norme formali e procedurali sul "chi" e sul "come" di tali decisioni identificati, rispettivamente, con il popolo o con i suoi rappresentanti e con il principio di maggioranza.

Una simile concezione, come ho sostenuto più volte⁷⁰, è viziata non da una ma da tre aporie. La prima aporia consiste nel fatto che essa, non diversamente dalla teoria unicamente formale della validità, ignora la dimensione sostanziale innestata – nella democrazia come nelle condizioni di validità – dalle odierne costituzioni rigide, le

⁶⁸ Rinvio alle definizioni D8.12-D8.15 di 'ordinamento', di 'norma di riconoscimento', di 'istituzione' e di 'ragione sociale' e, soprattutto, alle alternative espresse dalle tesi T8.110-T8.115 in *PiI*, §§ 8.10-8.13, pp.453-468.

⁶⁹ Cfr. H.Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), tr.it. di G.Melloni, in Id., *La democrazia*, Il Mulino, Bologna 1981; Id., *Teoria generale del diritto* cit., parte II, cap.IV, A, b, p.289. E' questa, del resto, non solo l'accezione etimologica, ma anche la nozione di "democrazia" tramandata dalla storia del pensiero politico: da quella rousseauiana basata sull'idea della volontà generale come autodeterminazione di tutti e di ciascuno, fino alle odierne teorie della democrazia rappresentativa, da Popper a Schumpeter, da Bobbio a Sartori, a Dahl e a Boero.

⁷⁰ *PiII*, § 13.1, pp.5-9; L.Ferrajoli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari 2011, cap.II, pp.31-39; Id., *La democrazia attraverso i diritti* cit., § 1.4, pp.27-28

quali disciplinano, attraverso la positivizzazione dei diritti fondamentali, anche il “che cosa”, cioè la sostanza o i contenuti delle decisioni: “che cosa” nessuna maggioranza può decidere a garanzia dei diritti di libertà e “che cosa” qualunque maggioranza deve decidere a garanzia dei diritti sociali. Una simile nozione è perciò priva di portata empirica e conseguentemente di capacità esplicativa, essendo contraddetta dalle odierne democrazie costituzionali, nelle quali il potere del popolo o della maggioranza dei suoi rappresentanti non è affatto assoluto,

La seconda aporia consiste nella difesa di una nozione puramente formale di democrazia e, insieme, nel riconoscimento di condizioni minime, e tuttavia non di forma ma di sostanza perché consistenti nelle garanzie delle libertà fondamentali, richieste per integrare la nozione di democrazia⁷¹. C’è infatti un nesso che lega le forme della democrazia politica, basate sul potere e sulla volontà popolare, e le condizioni che assicurano l’autentica manifestazione di tale volontà e che consistono nella garanzia di tutti i diritti fondamentali: in primo luogo della libertà di stampa, di informazione, di riunione e di associazione che valgono ad assicurare il libero esercizio dei diritti politici; in secondo luogo dei diritti sociali alla sussistenza e, soprattutto, all’istruzione che valgono ad assicurare l’effettività sia dei diritti politici che dei diritti di libertà.

Infine la terza aporia è rappresentata dall’inconsistenza teorica di una nozione esclusivamente formale di democrazia che non imponga al potere del popolo, ovvero della maggioranza dei suoi rappresentanti, quanto meno il limite – innegabile, ma evidentemente di carattere sostanziale – del divieto di sopprimere, a maggioranza e perciò con metodi democratici, le stesse regole formali della democrazia e gli stessi metodi democratici, inclusi gli stessi diritti politici e lo stesso principio di maggioranza. Non è un’ipotesi di scuola. E’ quanto è avvenuto con l’avvento in Europa del fascismo e del nazismo e contro il cui ripetersi fu inventato in Italia e in Germania, dopo la Liberazione, il costituzionalismo rigido il cui tratto distintivo è rappresentato precisamente dai limiti e dai vincoli sostanziali imposti dalle costituzioni a qualunque potere, incluso il potere politico delle maggioranze.

Dobbiamo perciò riconoscere che la dimensione nomostatica o sostanziale innestata nei nostri ordinamenti dai diritti fondamentali stipulati in costituzioni rigide ha aggiunto, alla vecchia fonte formale di legittimazione democratica delle decisioni, che riguarda i soggetti (il ‘chi’) e le procedure (il ‘come’) delle decisioni, una seconda fonte di legittimazione di carattere sostanziale, riguardante i significati o i contenuti (il ‘che cosa’) che in quelle forme possono essere decisi. La dimensione nomodinamica o formale della democrazia politica resta affidata alle (e legittimata dalle) forme dell’auto-nomia, quali si manifestano nell’esercizio dei diritti di autonomia politica nella sfera pubblica e dei diritti civili di autonomia privata nella

⁷¹ “Una democrazia senza opinione pubblica è una contraddizione in termini. In quanto l’opinione pubblica può sorgere dove sono garantite la libertà di pensiero, la libertà di parola, di stampa e di religione, la democrazia coincide con il liberalismo politico, sebbene non coincida necessariamente con quello economico” (H.Kelsen, *Teoria generale del diritto* cit., parte II, cap.IV, B, d, p.293): dove è chiaro che questa “coincidenza” fa dei diritti di libertà una dimensione essenziale e sostanziale della democrazia.

sfera del mercato. Ma essa è ora integrata dalla dimensione nomostatica o sostanziale della democrazia costituzionale affidata ai (e legittimata dai) limiti e dai vincoli di sostanza imposti all'autonomia, sia pubblica che privata, dai diritti di libertà e dai diritti sociali costituzionalmente stabiliti. Sulla dimensione nomodinamica, la cui legittimazione formale è determinata, nella democrazia politica, dalla rappresentanza generata dall'esercizio dei diritti politici, si basano i poteri e le istituzioni di governo. Sulla dimensione nomostatica, la cui legittimazione sostanziale è determinata, nella democrazia costituzionale, dai limiti e dai vincoli imposti alle funzioni di governo dai diritti di libertà e dai diritti sociali – che in quanto diritti universali equivalgono a frammenti di sovranità popolare in capo a tutti e a ciascuno – si basano invece i poteri e le istituzioni di garanzia. E' su questa diversità delle loro fonti di legittimazione che si fonda la separazione delle due classi di poteri.

10. La concezione formale della democrazia e l'identificazione del grado di democrazia con il massimo grado di consenso – La decima aporia, A10, riguarda infine la concezione della stessa democrazia politica o rappresentativa, cioè della stessa dimensione formale con la quale Kelsen identifica la democrazia. Kelsen assume come fondamento assiologico della dimensione formale o procedurale della democrazia la classica tesi, sostenuta da Rousseau e ripresa da Kant, che essa è tutt'uno con la libertà politica, nel senso di *auto-nomia*, o di *autogoverno* o di *autodeterminazione*⁷². “Politicamente libero”, egli scrive, “è colui che è soggetto a un ordinamento giuridico alla cui creazione partecipa. Un individuo è libero se ciò che egli ‘deve’ fare secondo l’ordinamento sociale coincide con ciò che egli ‘vuole’ fare. Democrazia significa che la ‘volontà’ che è rappresentata nell’ordinamento giuridico dello Stato è identica alle volontà dei sudditi. Il suo opposto è la soggezione dell’autocrazia”⁷³.

⁷² E' la nozione rousseauiana di libertà come "l'obbedienza alla legge che noi stessi ci siamo prescritta" (J.J. Rousseau, *Del contratto sociale*, (1762), tr.it. a cura di P.Rossi, in Id., *Opere*, Sansoni, Firenze 1972, lib.I, cap.8, p.287). La stessa nozione di libertà è ripresa da Kant: “Meglio è definire la mia *libertà esterna* (cioè giuridica) come la facoltà di non obbedire ad altre leggi esterne, se non a quelle cui io ho potuto dare il mio assenso” (I.Kant, *Per la pace perpetua* [1795], sez.II, in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tr.it. di G.Solari e G.Vidari, Utet, Torino 1965, p.292, nota); “la *libertà legale* [è] la facoltà di non obbedire ad altra legge, che non sia quella a cui essi [i cittadini] han dato il loro consenso” (*Principi metafisici della dottrina del diritto* [1797], ivi, § 46, p.500). Si tratta del significato di ‘libertà positiva’ identificato, in opposizione a quello di ‘libertà negativa’, da Norberto Bobbio: “Lo stesso termine ‘libertà’, nella dottrina democratica ha un altro senso (che è proprio del linguaggio tecnico della filosofia): significa ‘autonomia’, ovvero il potere di dar norme a se stessi e di non ubbidire ad altre norme che a quelle date a se stessi” (N.Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri* [1954], ora in *Teoria generale della politica*, a cura di M.Bovero, Einaudi, Torino 1999, p.228).

⁷³ H.Kelsen, *Teoria generale del diritto* cit., parte II, cap.IV, A, b, p.289. “Il principio di maggioranza, e pertanto l’idea di democrazia, è una sintesi delle idee di libertà e di egualianza” (ivi, B, b, 3, p.292).

Kelsen ammette che “democrazia ed autocrazia, quali sono state ora definite, non descrivono effettivamente determinate costituzioni storiche, ma rappresentano piuttosto dei tipi ideali. Nella realtà politica non vi è alcuno Stato che si conformi completamente all’uno o all’altro di questi tipi ideali”⁷⁴. E ripiega perciò su di una fondazione quantitativa della democrazia politica quale massimizzazione della libertà politica assicurata dal principio di maggioranza: “l’idea che sta alla base del principio di maggioranza è che l’ordinamento sociale deve essere in accordo con quanti più soggetti possibile, e in disaccordo con quanti meno sia possibile. Poiché la libertà politica significa un accordo fra la volontà individuale e la volontà collettiva espressa nell’ordinamento sociale, il principio di maggioranza semplice è quello che assicura il più alto grado di libertà politica possibile nella società”⁷⁵.

Se questo è vero, tuttavia, “il più alto grado di libertà politica”, cioè di autodeterminazione popolare e perciò di democrazia, si avrebbe in una democrazia diretta in cui tutte le decisioni fossero prese all’unanimità. Mentre è chiaro che un simile unanimismo, ove si realizzasse effettivamente, corrisponderebbe a un grado di omologazione disciplinare del corpo sociale possibile solo in ordinamenti totalitari e comunque opposto all’idea della democrazia basata al contrario sul pluralismo: non tanto sul consenso quanto piuttosto sul libero dissenso.

E’ questa una prima, insostenibile aporia⁷⁶. Ma c’è una seconda aporia che investe non soltanto la concezione puramente formale di Kelsen ma qualunque concezione esclusivamente formale della democrazia, da Rousseau a Bobbio. E’ un’aporia del resto, segnalata dallo stesso Kelsen, che nella sua celebre polemica con Carl Schmitt all’inizio degli anni Trenta, sostenne che il voto popolare contribuisce solo all’elezione di chi è chiamato a decidere, ma non ha nulla a che vedere con le decisioni degli eletti. Contrariamente alla nozione sopra ricordata della democrazia come corrispondenza “tra la ‘volontà’ che è rappresentata nell’ordinamento giuridico dello Stato” e la “volontà dei sudditi”, Kelsen sostenne allora che “una siffatta vo-

⁷⁴ Ivi, A, b, p.289.

⁷⁵ Ivi, B, b, 2, pp.291-292. E poco prima, ivi, p.291: “Il massimo grado di libertà possibile, e cioè la maggiore approssimazione possibile all’ideale di autodeterminazione che sia compatibile con l’esistenza di un ordinamento sociale, è garantito dal principio che un mutamento dell’ordinamento sociale richiede il consenso della maggioranza semplice di coloro che vi sono soggetti”. La stessa tesi quantitativa era stata formulata da Kelsen in *Essenza e valore della democrazia* cit., cap.I, p.46, ove il principio di maggioranza era stato fondato sull’“idea che, se non tutti gli individui, almeno il più gran numero di essi sono liberi, il che vale a dire che occorre un ordine sociale che sia in contrasto col più piccolo numero di essi”. Il *surplus* di legittimazione che proviene alla dimensione politica della democrazia da questa sua concezione come autodeterminazione è forse alla base della contrarietà, qui ricordata nel § 2, espressa da Kelsen (come del resto da altri sostenitori del primato della legislazione come autogoverno) nei confronti dell’incorporazione nelle costituzioni di diritti fondamentali quali parametri del controllo costituzionale sulle leggi: onde evitare che la costituzione, “specie quando crea un tribunale costituzionale”, provochi un indebito “spostamento di potere dal parlamento ad un organo estraneo” (H.Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, cit., § 17, p.190). Per Kelsen, del resto, come si è visto *supra* nella nota 24, i diritti fondamentali non sono neppure, nel senso proprio o “tecnico” del termine, diritti soggettivi.

⁷⁶ Per un’analisi più approfondita, rinvio al mio *La democrazia attraverso i diritti* cit., § 1.4, pp.28-34.

lontà collettiva non esiste”, non essendo il popolo “un collettivo unitario omogeneo”, e che la sua immaginaria raffigurazione serve solo a “mascherare il contrasto di interessi, effettivo e radicale, che si esprime nella realtà dei partiti politici e nella realtà, ancor più importante, del conflitto di classe che vi sta dietro”⁷⁷.

Non solo. Nella stessa *Teoria generale del diritto*, poche pagine dopo aver ripreso e riproposto l’idea russeaviana di democrazia, Kelsen sostiene che l’idea che i rappresentanti esprimano la volontà popolare è un “ideologia politica” che ha lo scopo “di nascondere la situazione reale, di mantenere l’illusione che il legislatore sia il popolo, nonostante il fatto che, in realtà, la funzione del popolo – o, formulata più esattamente, del corpo elettorale – sia limitata alla creazione dell’organo legislativo”⁷⁸. Per questo, aggiungo, la rappresentanza politica non ha nulla a che cedere con la rappresentanza giuridica, e l’irrevocabilità dei deputati e il divieto del mandato imperativo⁷⁹, ben più che connotati accidentali, sono tutt’uno con la nozione stessa di democrazia rappresentativa non essendo neppure possibile prefigurare, al momento delle elezioni, le decisioni che saranno prese dagli eletti. Le nozioni di auto-governo o di auto-nomia politica del popolo, come del resto quella di sovranità popolare, sono insomma prive di senso. Le decisioni politiche, in democrazia, sono infatti inevitabilmente eteronome. Perfino nella democrazia diretta si decide comunque a maggioranza, e chi resta in minoranza risulta subordinato alla volontà eteronoma della maggioranza.

Ma allora, l’idea kelseniana della democrazia come massima concordanza tra volontà dei governanti e volontà dei governati – non diversamente da quella rousseaviana della democrazia come obbedienza alle sole leggi che ci siamo prescritte – è una tesi ideologica di fatto irrealizzabile o peggio, qualora si volesse perseguiirla, tendenzialmente totalitaria. Ne consegue che il significato della parola “autonomia” nell’espressione “diritti politici di autonomia” è solo la libera autodeterminazione di ciascun individuo nell’esercizio del diritto individuale di voto, quale si manifesta, oltre che nell’elezione dei rappresentanti, nel dissenso e nel conflitto, ancor più che nel consenso e nell’adesione alle loro decisioni.

Insomma, il fondamento assiologico della rappresentanza politica, cioè della dimensione formale della democrazia, non ha nulla di sostanziale. Non risiede nell’auto-governo, che come appena si è detto è una mistificazione ideologica, né tanto meno nel carattere intrinsecamente buono o giusto della volontà popolare come

⁷⁷ H.Kelsen, *Chi deve essere il custode della costituzione?* (1931), trad. it. in Id., *La giustizia costituzionale*, cit., § 10, pp.277 e 275.

⁷⁸ H.Kelsen, *Teoria generale del diritto* cit., parte II, cap.IV, B, g, p.296.

⁷⁹ Stabilito per esempio dall’art.67 della Costituzione italiana: “Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato”. Il divieto del mandato imperativo fu formulato per la prima volta dalla Costituzione francese del 3 settembre 1791: “I rappresentanti eletti nei dipartimenti non saranno rappresentanti di un dipartimento particolare, ma dell’intera Nazione e non potrà essere dato loro nessun mandato” (art.7 della sezione III, del capitolo I, del titolo III).

sostennero Rousseau⁸⁰ e Kant⁸¹ e ancor oggi da quella stessa letteratura filosofico-politica che esclude o contesta la dimensione sostanziale innestata nella democrazia dal costituzionalismo rigido⁸². Ciò vuol dire che il fondamento etico-politico della dimensione formale o politica o rappresentativa della democrazia è per l'appunto solamente formale. Risiede soltanto nell'uguaglianza politica, tramite il suffragio universale, in quella specifica classe di diritti fondamentali che sono i diritti politici, idonea a garantire l'uguale partecipazione di tutti alla selezione dei governanti, il massimo pluralismo politico, il conflitto tra concezioni diverse dell'interesse generale e una qualche forma di controllo e responsabilizzazione degli eletti di fronte agli elettori. Proprio perché questa dimensione è solamente formale – proprio perché la volontà degli eletti, oltre a non coincidere con l'auto-governo di tutti e di ciascuno, può non essere affatto buona né giusta – è stata in essa innestata la dimensione sostanziale quale sistema limiti e di vincoli di contenuto ad essa imposti dal costituzionalismo rigido delle odierne democrazie.

⁸⁰ “La volontà generale è sempre retta e tende sempre all'utilità pubblica” (J.-J.Rousseau, *Del contratto sociale* cit, lib.II, cap.III, p.290). Ancor più inquietante è il passo che segue: “Da sé il popolo vuole sempre il bene, ma non sempre lo vede da sé. La volontà generale è sempre retta, ma il giudizio che la guida non sempre è illuminato. Bisogna farle vedere gli oggetti come sono, e talvolta come le debbono apparire, mostrare il buon cammino che cerca, proteggerla dalla seduzione delle volontà particolari, ravvicinare ai suoi occhi i luoghi e i tempi, far contrappeso all'attrattiva dei vantaggi presenti e sensibili col pericolo dei mali lontani e nascosti. I singoli privati veggono il bene che respingono; il pubblico vuole il bene che non vede. Tutti ugualmente han bisogno di guida. Bisogna obbligare gli uni a conformare la loro volontà alla loro ragione; bisogna insegnare all'altro a conoscere ciò che vuole... Ecco da che nasce la necessità di un legislatore” (ivi, lib.II, cap.VI, p.295-296)

⁸¹ “Il potere legislativo può spettare soltanto alla volontà collettiva del popolo. Infatti, siccome è da questo potere che devono provenire tutti i diritti, esso non deve assolutamente *poder* recare ingiustizia a qualcuno colle sue leggi. Ora è sempre possibile, quando alcuno decide qualche cosa contro *un altro*, che egli commetta contro di lui un'ingiustizia; ma non la commette mai, però, in ciò che egli decide riguardo a se stesso (perché *volenti non fit iniuria*)” (I.Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto* [1797], in *Scritti politici* cit., § 46, p.500); “Una legge pubblica, che determina per tutti ciò che a loro dev'essere giuridicamente lecito o illecito, è l'atto di una volontà pubblica da cui deriva tutto il diritto, e che quindi non deve poter fare torto a nessuno. Ma ciò non è possibile ad altra volontà che non sia quella del popolo intero (in cui tutti deliberano su tutti e quindi ognuno sopra se stesso), poiché solo a sé non si può far torto” (I.Kant, *Sopra il detto comune: 'questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica'* [1793], II, in Id., *Scritti politici* cit., p.259).

⁸² Cfr., per esempio, J.Waldron, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione* (1999), tr.it. di A.Pintore, Giuffrè, Milano 2001, cap.V, pp.113-146, che richiama a sostegno di tale tesi il passo sulla maggior saggezza dei molti rispetto ai pochi di Aristotele, *Politica. Costituzione degli Ateniesi*, a cura di R.Laurenti, Laterza, Roma-Bari 1972, 1281b, pp.154-155: “Che la massa debba essere sovrana dello Stato a preferenza dei migliori, che pur sono pochi, sembra si possa sostenere: implica sì delle difficoltà, ma forse anche la verità. Può darsi in effetti che i molti, pur se singolarmente non eccellenti, qualora si raccolgano insieme siano superiori a loro, non presi singolarmente ma nella loro totalità, come lo sono i pranzi comuni rispetto a quelli allestiti a spese di uno solo. In realtà, essendo molti, ciascuno ha una parte di virtù e di saggezza e come quando si raccolgono insieme, in massa, diventano un uomo con molti piedi, con molte mani, con molti sensi, così diventano un uomo con molte eccellenti doti di carattere e d'intelligenza”.