

La logica nel diritto. Una risposta a Riccardo Guastini

The logic in law. An answer to Riccardo Guastini

Luigi FERRAJOLI*

RIASSUNTO: Questo lavoro riguarda il ruolo della logica nel diritto particolarmente nei seguenti tre aspetti: a) nella costruzione della teoria del diritto; b) nel ragionamento e nelle operazioni degli operatori giuridici, e c) nei ragionamenti e nelle operazioni degli operatori giuridici. Una speciale attenzione è anche dedicata alla doppia valenza (normativistica e realistica) che l'assunzione come tesi teoriche di tesi elementari di logica deontica associa alla teoria del diritto, ponendola in grado di dar conto della virtuale divaricazione deontica tra i livelli normativi nei quali si articolano gli ordinamenti complessi, e specificamente quelli dello stato costituzionale di diritto.

PAROLE CHIAVE: logica deontica; teoria del diritto; stato costituzionale; ragionamento dei giudici; Riccardo Guastini.

ABSTRACT: This work concerns the role of logic in law, particularly in the following three aspects: a) in the construction of the theory of law; b) in the reasoning and in the operations of the legal operators, and c) in the reasoning and in the operations of the legal operators. Special attention is also paid to the dual value (normativistic and realistic) that the assumption as theoretical thesis of elementary theses of deontic logic associates with the theory of law, making it able to account for the virtual deontological divergence between the normative levels in which they articulate complex legal systems, and specifically those of the constitutional state of law.

KEYWORDS: deontic logic; theory of law; constitutional status; reasoning of the judges; Riccardo Guastini.

* Profesor honorario de la Universidad de Roma III y doctor Honoris Causa por numerosas universidades. Fecha de recepción: 05/11/2017. Fecha de aprobación: 12/03/2018.

I. UN RILIEVO CRITICO SORPRENDENTE E RIVELATORE

Ho sempre avuto difficoltà a comprendere fino in fondo il senso delle critiche più volte rivolte al mio lavoro da Riccardo Guastini. Le critiche indubbiamente più radicali sono quelle da lui formulate in un capitolo del suo ultimo libro, *Discutendo*:¹ un testo che ho letto dapprima con stupore, ma poi con il piacere dovuto alla scoperta, finalmente, delle ragioni profonde dei nostri dissensi. C'è un passo, all'apparenza marginale, che mi ha fatto sobbalzare e che ha rivelato la misura e la natura delle incomprendimenti: premesso che “le norme non hanno valori di verità”, scrive Guastini, “purtroppo LF non chiarisce quali altri valori logici abbiano le norme, sicché la sua logica deontica resta priva di fondamento concettuale”.²

Muoverò da questa osservazione critica, che mi è parsa la spia di svariati fraintendimenti, per discutere del ruolo della logica nel diritto e precisamente: *a)* nella costruzione della teoria del diritto, *b)* nel ragionamento e nei discorsi delle discipline giuridiche positive e *c)* nei ragionamenti e nelle operazioni degli operatori giuridici e in particolare dei giudici. Nell'ultimo paragrafo parlerò della doppia valenza – al tempo stesso normativistica e realistica – che a mio parere l'assunzione come tesi teoriche di tesi elementari di logica deontica associa alla teoria del diritto, ponendola in grado di dar conto della virtuale divaricazione deontica tra i livelli normativi nei quali si articolano gli ordinamenti complessi, e specificamente quelli dello stato costituzionale di diritto; criticherò infine il realismo di Guastini, almeno nella versione illustrata in questo suo scritto recente.

¹ GUASTINI, R., “Logica, diritto e scienza giuridica secondo Ferrajoli”, cap. IX, *Discutendo*, Marcial Pons, Madrid 2017, pp. 111-122.

² *Ibidem*, p. 112, nella nota 5.

II. LA LOGICA NELLA TEORIA DEL DIRITTO

Cominciamo dal ruolo della logica nella costruzione della teoria del diritto. “La (mia) logica deontica” resterebbe “priva di fondamento concettuale”, dice Guastini, dato che io non chiarisco “quali valori logici abbiano le norme”. Ma io non ho affatto una “(mia) logica deontica”. Come ho cercato di chiarire più volte, in particolare nel § 1.3 del primo capitolo di *Principia iuris*³ e poi nei tanti dibattiti che ne sono seguiti⁴, ho trattato ciò che comunemente si intende con “logica deontica” non già come una logica, bensì come una parte della teoria empirica del diritto, assumendo gli operatori deontici (permesso, vietato, obbligatorio, facoltativo ecc.) come termini teorici primitivi o indefiniti e le tesi della deontica non già come tesi analitiche, bensì come tesi teoriche del sistema formalizzato da me costruito.

In forza di questa operazione, ‘norma’, ‘permesso’, ‘obbligo’, ‘divieto’, e poi ‘aspettativa positiva’ e ‘aspettativa negativa’ sono termini teorici come tutti gli altri, e le tesi che ne fanno uso sono tesi teoriche e non tesi puramente logiche. L’operazione, come ho spiegato nelle pagine di *Principia iuris* che ho appena richiamato, è essenziale proprio alla teoria del diritto positivo; entro la quale, per esempio, la tesi T1.4 (‘vietato equivale a non permesso’) non è, come nei sistemi statici, una semplice tesi logica, ma è una tesi teorica, necessaria perché sul piano teorico si possa affermare che se un comportamento, come ben può accadere nei sistemi nomodinamici, è da una data norma vietato e da un’altra è per-

³ *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 voll., Laterza, Roma-Bari 2007 (d’ora in poi citati con *PiI*, *PiII* e *PiIII*), pp. 114-120.

⁴ *Principia iuris. Una discusión teorica*, in “Doxa”, n. 31, 2008, § 1.4, pp. 406-407; *Per una rifondazione epistemologica della teoria del diritto*, in P. Di Lucia (a cura di), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto (LED), Milano 2011, § 1.4, pp. 25-28; *La logica nel diritto e nella teoria del diritto*, in BACCELLI, L. (a cura di), *More geometrico. La teoria assiomatizzata del diritto e la filosofia della democrazia di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2012, § 3, pp. 116-118.

messo, allora le due norme sono tra loro in contraddizione. Lo stesso si dica di tutte le altre tesi sviluppate nei primi due capitoli di *Principia iuris*. Guastini scrive che “questi elementari principi della logica deontica valgono, secondo LF, per i sistemi statici: *non* per quelli dinamici, e pertanto non per gli ordinamenti *giuridici*”⁵. Non è vero. Ho semmai sostenuto il contrario. La differenza dei sistemi statici da quelli dinamici è che nei primi l’ipotesi che un comportamento sia da una data norma vietato e da un’altra permesso è semplicemente impossibile, dato che, grazie allo statuto puramente logico che ha in essi la contraddizione tra permesso e vietato, se un comportamento è in essi vietato allora è inconcepibile che sia anche permesso.

Per questo la riduzione della logica deontica a un capitolo della teoria del diritto è assolutamente indispensabile per dar conto proprio della natura dei sistemi nomodinamici, come è tipicamente il diritto positivo: giacché questi sistemi, proprio perché dinamici, possono contenere norme contraddittorie, che le tesi deontiche della teoria consentono di identificare come tali. Qui il diritto naturale evocato da Guastini non c’entra assolutamente nulla, come non c’entrano nulla l’idea del “legislatore razionale” di von Wright o quella del “buon legislatore” di Bobbio⁶. Qui si tratta, semplicemente, della nozione teorica di *validità sostanziale*, che ho definito come *coerenza* o compatibilità, e di *invalidità sostanziale*, che ho definito come *incoerenza* o incompatibilità delle norme prodotte con i significati espressi da norme ad esse sopraordinate, in aggiunta alla nozione di *validità formale* e di *invalidità formale*, definite invece, rispettivamente, come *conformità* e come *difformità* degli atti normativi rispetto alle forme per essi predisposte da norme parimenti sopraordinate⁷.

Si capisce, su questa base, che il fatto che le norme siano, come è ovvio, prive di valore di verità (non meno degli atti, o dei beni, o

⁵ GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 113.

⁶ *Ibidem*, pp. 114, 115 e 116.

⁷ Si vedano le definizioni D9.14-D9.22, in *PiI*, cap. IX, §§ 9.8-9.11, pp. 519-542. Si veda anche *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari 2016, cap. IV, § 4.1, pp. 69-74.

dei soggetti, o degli ordinamenti, cioè degli altri termini della teoria riferiti ad altri generi o campi empirici) non ha assolutamente nulla a che fare con il loro statuto quali termini teorici, né tanto meno con lo statuto della teoria. Il valore di verità delle tesi della teoria –sia che parlino di norme o di atti normativi, di obblighi o di divieti e specificamente di situazioni giuridiche, oppure di validità o di vigore, di cose o di beni, di poteri o di competenze, di soggetti o di ordinamenti– non ha nulla a che vedere né con il valore logico delle norme, né con il valore logico delle proposizioni normative, cioè delle tesi che interpretano norme. E questo per la semplice ragione che la teoria del diritto –quella “pura” di Kelsen, quella “formale” di Bobbio e tanto più quella elaborata in *Principia iuris*, che per di più è formalizzata– non parla né deve parlare di ciò che dicono le norme o di ciò che dicono i giuristi allorché interpretano le norme o di ciò che fanno gli operatori giuridici quando producono o applicano o argomentano norme. Essa consiste semplicemente –anche se Guastini ne ha la concezione singolarmente diversa della quale parlerò più oltre– in un apparato concettuale idoneo a dar conto dei nostri sistemi giuridici complessi e delle imperfezioni inevitabilmente conseguenti al fatto che essi sono articolati su più livelli normativi. Perfetti, cioè privi di antinomie e di lacune⁸, sono infatti soltanto i sistemi statici e, per altro verso e per ragioni opposte, i sistemi dinamici a un solo livello, per di più occupato da un solo produttore di norme, al tempo

⁸ Giova ricordare che i termini ‘antinomie’ e ‘lacune’ sono stati utilizzati, in *Principia iuris*, in un senso più ristretto agli usi correnti: per designare solo quelle che ricorrono tra norme di grado diverso, e quindi non solubili dall’interprete, come quelle tra norme del medesimo grado, le une con il criterio cronologico o con quello di specialità e le altre con il ricorso all’analogia, ma solo con atti di espulsione della norma indebitamente prodotta o di introduzione della norma indebitamente mancante. Precisamente, in *PiI*, § 10.19, pp. 685-686, ho definito, con D10.43 e D10.44, ‘antinomia’ come “il vizio sostanziale prodotto dall’indebita produzione di una norma in contrasto con una norma sostanziale sulla produzione, la cui applicazione suppone l’annullamento della norma in contrasto”, e ‘lacuna’ come “il vizio prodotto dall’indebita omissione della decisione di una norma richiesta da una norma sulla produzione, la cui applicazione suppone l’introduzione della norma mancante”.

stesso legislatore, giudice e amministratore – un despota, in breve, che non deleghi alcun potere – e quindi in grado di contraddirsi a suo piacimento senza generare imperfezioni.

Rispondendomi per lettera a queste obiezioni, Guastini ha affermato che “l’idea che la logica deontica sia una ‘parte di una teoria empirica’ [gli] pare un nonsenso”. Occorre perciò ricordare che in una teoria assiomatizzata la scelta degli assiomi o tesi primitive o indimostrate (in *Principia iuris*, i 16 postulati e le 270 definizioni) è totalmente affidata, non meno di quella dei termini indefiniti (in *Principia iuris*, i 16 termini primitivi) alla libera scelta del teorico. Naturalmente la loro bontà dipende dalla loro capacità di dar luogo a un sistema di concetti e di asserti concatenati entro una sintassi rigorosa e dotati di capacità esplicativa e di portata empirica. Ebbene, assunto come primo termine primitivo il predicato ‘permesso’, tra gli assiomi ho adottato il postulato P1 – $(x)(\neg \text{PER}x \rightarrow \text{PER}x)$: se di qualcosa non è permessa la commissione, allora ne è permessa l’omissione – che è chiaramente una tesi della logica deontica, semplicemente assunta come prima tesi della teoria. Ha il pregio, ancor più degli altri quindici postulati, di essere una tesi intuitivamente vera, che è la prima qualità che ovviamente si richiede a qualunque sistema di tesi primitive. In questo caso è addirittura una tesi analitica, presa in prestito da una branca delle logiche modali, precisamente dalla logica modale applicata al linguaggio precettivo. Perché mai, domando, sarebbe “un non-senso” assumerla come postulato di una teoria empirica come è la teoria del diritto?

Il “senso” della sua assunzione come prima tesi teorica è quello espresso nelle pagine di *Principia iuris* più sopra richiamate, che peraltro Guastini mi dice di condividere. Proprio perché la teoria nella quale è assunta come tesi primitiva non è una teoria della morale ma del diritto positivo, la sua introduzione è assolutamente necessaria per leggere come vizi o violazioni le contraddizioni tra norme, che nel diritto positivo possono ricorrere –e di fatto ricorrono– a causa, precisamente, del suo carattere dinamico, cioè del fatto che le norme non sono dedotte bensì prodotte da atti

precectivi. Aggiungo che non si è trattato affatto di un'operazione scontata. Ne parlai ripetutamente con Bobbio e ne discussi a lungo con molti colleghi e in particolare con il compianto Carlo Dalla Pozza, che concordò sulla sua assoluta necessità entro una teoria formalizzata, che nulla può dare per implicito, ed anche sulla straordinaria rilevanza pratica con essa conferita alla logica deontica. Ovviamente in una teoria non assiomatizzata, come per esempio in quella di Kelsen, quella prima tesi P1 e l'intera logica deontica non vengono minimamente esplicitate. Vengono assunte come tesi implicite, scontate, ovvie, poco importa se della teoria, o della logica, o della metateoria o della metodologia⁹. Ma è precisamente la loro mancata esplicitazione l'insidia che assai spesso ha prodotto le fallacie normativistiche e quelle realistiche di cui ho più volte parlato: la concezione del diritto soltanto come norma o soltanto come fatto, che ignora le possibili divaricazioni tra livelli normativi e, perciò, tra validità e vigore e tra vigore ed effettività. Nell'opera di Kelsen per esempio, come ho cercato di mostrare, il fatto che le tesi della deontica siano ignorate o comunque non tematizzate come tesi teoriche fondamentali produce, come deplorabile risultato, talune delle più gravi aporie che ho in essa rilevato – come la tesi della validità delle norme pur se in contraddizione con quelle ad esse sopraordinate e quella sull'inapplicabilità della logica al diritto – in forza delle quali, a rigore, non potrebbero rilevarsi né antinomie né lacune.¹⁰

In una teoria assiomatizzata, al contrario, nessuna tesi fondamentale può essere lasciata implicita o inespressa o sottintesa, meno che mai quelle che, come P1, sono necessarie per dar conto del tratto distintivo dei sistemi nomodinamici. E' questo l'enorme

⁹ Ma certamente non si tratta di principi giuridici o di diritto, come a un certo punto Guastini stranamente mi rimprovera (*op. cit.* p. 114: "che la costituzione [una qualsivoglia costituzione] incorpori i principi della logica è cosa, ovviamente, non plausibile"). Ho sempre parlato di questi principi come di *principia iuris tantum* ma non *iuris et in iure*, cioè come di principi teorici "esterni" al diritto, che degli ordinamenti complessi, articolati su più gradi o livelli normativi, esplicitano la logica interna.

¹⁰ Cfr. *La logica del diritto... op. cit.*, capp. IV-VII.

vantaggio dell'assiomatizzazione. “Di che si sta parlando”, chiede Guastini, a proposito della questione se la logica si applichi al diritto? “Delle norme giuridiche, che sono il contenuto di senso degli enunciati normativi del ‘legislatore’ (in senso generico o materiale)? O invece degli atti legislativi?”¹¹ La risposta a questa domanda è offerta dalla teoria della validità sviluppata nel capitolo IX di *Principia iuris*, dove ho identificato le due dimensioni di qualunque fenomeno normativo, quella dinamica degli atti giuridici normativi e quella statica delle norme da essi espresse e prodotte. Si sta dunque parlando, ovviamente, delle norme: non già, quindi, della validità formale o dell'invalidità formale degli atti normativi, da me definite quali conformità o difformità delle loro forme rispetto a quelle predisposte dalle norme formali sulla loro formazione, bensì della validità sostanziale e dell'invalidità sostanziale delle norme prodotte, definite invece sulla base della loro ‘coerenza’ o ‘incoerenza’ con i significati delle norme sostanziali ad esse sopraordinate.

Dunque, le dimensioni della validità sono due, corrispondenti alle due dimensioni della fenomenologia del diritto positivo: la forma e il significato, l'atto e la norma, la nomodinamica e la nomostatica. E' chiaro che la logica si applica soltanto alle norme, cioè alla dimensione statica del diritto, e non agli atti. Ma sono gli atti che determinano la dinamica che è propria del diritto positivo: non a caso la parte seconda di *Principia iuris*, intitolata “Il diritto positivo”, si apre con l'introduzione del primitivo ‘causa’, con la definizione di ‘effetto’ come ciò di cui qualcosa è causa e con la definizione di ‘atto’ quale comportamento produttivo di ‘effetti’¹², cioè con tre tesi che formano altrettante premesse essenziali del principio giuspositivista di legalità quale norma di riconoscimento, in forza degli atti di produzione normativa, del diritto esistente.

In questo modo, configurando la classe più importante degli atti giuridici –quegli atti linguistici che ho chiamato ‘formali’

¹¹ GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 113.

¹² Si tratta del postulato P10 e delle definizioni D5.1 e D5.2 introdotti in *PiI*, cap. V, §§ 5.1-5.4, pp. 259-273.

perché riconoscibili dalla ‘forma’ (il “chi” e il “come”) della loro produzione– come produttivi di effetti consistenti, ove si tratti di ‘decisioni’, in situazioni giuridiche singolari oppure in norme¹³, ho potuto dar conto della positività e insieme della normatività del diritto in termini a mio parere più rigorosi e dotati di maggiore capacità esplicativa dell’intera fenomenologia del diritto, di quanto non faccia la relazione kelseniana del “dover essere” tra un illecito e una sanzione. Proprio grazie all’utilizzazione come termini e tesi teoriche dei termini e delle tesi della (logica) deontica, ho infatti associato la normatività del diritto entro un sistema nomodinamico non già, come in Kelsen, al nesso di implicazione che connette ellitticamente un atto antecedente e un atto conseguente, bensì alle situazioni o alle norme che per un verso sono prodotte (o espresse) dagli atti decisionali dai quali sono implicate quali loro effetti in forza della relazione che ho chiamato ‘efficacia’ e, per altro verso, qualificano come obbligatori o vietati o permessi gli atti di grado ai primi subordinato che dalle situazioni sono implicati quali loro attuazioni in forza della relazione che ho chiamato ‘attuabilità’¹⁴. Dinamica e statica degli ordinamenti strutturati su più livelli normativi sono state così connesse, rispettivamente, agli atti linguistici della produzione giuridica (leggi, sentenze, atti amministrativi, negozi privati) e alle situazioni o alle norme da essi prodotte.

¹³ Si vedano in *PiI*, cap. IX, §§ 9.1-9.3, pp. 485-498 e § 9.6, pp. 507-514, le definizioni D9.1 e D9.2 di ‘forma’ quale insieme dei requisiti predisposti dalle norme sulla produzione degli atti giuridici linguistici, perciò detti ‘formali’, quali condizioni perché producano validamente come effetti i significati da essi espressi, e la definizione D9.9 di ‘decisione’ quale atto formale precettivo abilitato a produrre come effetti le situazioni o le norme da esso espresse, ove siano osservate tutte le norme, formali e sostanziali, sulla loro produzione.

¹⁴ ‘Efficacia’ e ‘attuabilità’ sono definite, l’una dalla definizione D5.3, in *PiI*, cap. V § 5.7, pp. 280-284, quale relazione tra l’atto e gli effetti per esso normativamente previsti, e l’altra dalla definizione D6.2, in *PiI*, cap. VI, § 6.8, pp. 321-324, quale relazione tra l’effetto consistente in una situazione giuridica e gli atti normativamente previsti come loro possibili attuazioni.

III. LA LOGICA NELLE DISCIPLINE GIURIDICHE POSITIVE E NEL RAGIONAMENTO DEI GIURISTI

Tutto questo vale a chiarire in che senso la teoria del diritto così costruita suggerisce e promuove, come ho più volte sostenuto, un ruolo critico e progettuale delle discipline giuridiche positive: un ruolo critico delle antinomie e delle lacune e un ruolo di progettazione del loro superamento.

Di per sé la teoria, al di là delle scelte operate con la stipulazione delle sue tesi primitive, cioè dei postulati e delle definizioni, è un insieme di tesi puramente assertive. Non prescrive nulla, non è in grado di criticare o progettare alcunché, se non altro perché –essendo “pura” nel senso di Kelsen, o “formale” nel senso di Bobbio e in *Principia iuris* per di più formalizzata– non parla né può parlare di alcun sistema giuridico concretamente determinato. La logica espressa dalle tesi deontiche presiede tuttavia ai giudizi di validità o di invalidità, di legittimità o di illegittimità formulati, dalle discipline giuridiche dei concreti ordinamenti, in ordine alle relazioni tra norme di diverso livello. Di qui la sua massima rilevanza pragmatica in quegli ordinamenti complessi e multilivello che sono le odierne democrazie costituzionali.

“In mancanza di un chiarimento intorno ai valori logici delle norme (soddisfacibilità, forza vincolante?)”, scrive però Guastini, “non si vede in che senso una condotta non possa essere al contempo permessa e proibita, né permessa né proibita”¹⁵. La risposta è semplice: il “senso” normativo o deontico nel quale “una condotta non può essere al contempo permessa e proibita” –benché possa ben esserlo di fatto– è espresso dalla teoria del diritto positivo, e specificamente dalle sue tesi deontiche necessarie per dar conto del suo carattere dinamico. Sono queste tesi che non solo consentono, ma impongono alle discipline giuridiche positive di affermare che contraddizioni e inadempimenti, antinomie e lacune sono vizi delle norme prodotte, in violazione, commissiva o

¹⁵ *Ibidem*, p. 112, nota 8.

omissiva, delle norme sulla loro produzione ovvero, che è lo stesso, dei principi di non contraddizione e di implicazione che sulla base di tali norme le norme prodotte devono soddisfare.

Precisamente, le tesi deontiche formulate sulla base del classico quadrato delle modalità deontiche analizzato nel primo capitolo di *Principia iuris* –del ‘permesso che’ in contraddizione con ‘vietato’, del ‘permesso che non’ in contraddizione con ‘obbligatorio’, del ‘vietato’ in relazione di contrarietà con ‘obbligatorio’¹⁶– consentono di rilevare le *contraddizioni* e perciò le violazioni per commissione o ‘antinomie’: dato il permesso della commissione e/o dell’omissione di un comportamento, è con esso in contraddizione il divieto o l’obbligo del medesimo comportamento, la cui produzione integra una violazione ovvero un’indebita lacuna. Per altro verso, le tesi deontiche formulate sulla base del quadrato delle aspettative deontiche da me elaborato nel secondo capitolo –delle ‘aspettative positive’ che implicano l’obbligo corrispondente e delle ‘aspettative negative’ che implicano i divieti corrispondenti¹⁷– consentono invece di rilevare le *implicazioni* e perciò le violazioni per omissione o ‘lacune’: data un’aspettativa, positiva o negativa, essa implica, ovvero impone, l’obbligo o il divieto ad esso corrispondente la cui mancata produzione integra a sua volta un inadempimento ovvero una lacuna.

Possiamo esprimere queste stesse tesi riconoscendo che la struttura a gradi degli ordinamenti complessi – lo stato legislativo, articolato nel livello legislativo e negli infra-livelli giudiziari, amministrativi e negoziali, e più ancora lo stato costituzionale di diritto, articolato per di più nel livello costituzionale e in quello legislativo – è una struttura normativa e al tempo stesso logica; che la normatività sostanziale delle norme superiori sulla produzione di norme ad opera di atti normativi di livello subordinato è al tempo stesso giuridica e logica; che insomma le norme sulla produzione di norme, sopraordinate alle norme prodotte, impongono a queste coerenza e completezza, l’una e l’altra, ov-

¹⁶ Sono le tesi T1.10, T1.13 e T1.9 in *PiI*, § 1.4, pp. 121-122.

¹⁷ Sono le tesi T2.60 e T2.61 in *PiI*, § 2.3, pp. 154-155.

viamente, mai interamente soddisfatte. Non viviamo infatti, né mai vivremo in un mondo deonticamente perfetto. Antinomie e lacune esisteranno sempre in qualunque ordinamento dinamico. Di qui l'estrema importanza, che sono ben lontano dal sottovalutare, dell'approccio realista a ciò che di fatto accade, in aggiunta all'approccio normativista a ciò che normativamente è disposto che accada. Coerenza e completezza –principio di non contraddizione e principio di implicazione, cioè quelli che ho chiamato *principia iuris tantum*– sono modelli normativi limite, rispetto ai quali sono fisiologiche, ma possono diventare patologiche, le loro violazioni, cioè le antinomie e le lacune.

Le tesi che rilevano antinomie e lacune non consistono quindi in proposte politiche: proposte *de sententia ferenda*, come scrive Guastini,¹⁸ rivolte alla Corte Costituzionale perché elimini le antinomie dichiarando, per esempio, l'invalidità sostanziale delle leggi in contraddizione con la costituzione; oppure proposte *de lege ferenda* rivolte al legislatore perché colmi la lacune producendo, per esempio, le leggi di attuazione dei diritti sociali costituzionalmente stabiliti. Esse sono, al contrario, tesi giuridiche, scientificamente richieste, ove si prenda il diritto sul serio, dall'analisi del linguaggio delle leggi e della costituzione. Ovviamente sia la tesi dottrinale delle antinomie che quella delle lacune sono tesi opinabili, a causa dell'opinabilità delle premesse, che sono sempre il frutto dell'interpretazione e nella cui argomentazione consiste il grosso del lavoro del giurista. Dipendono dall'interpretazione delle norme in discussione, per esempio, le tesi secondo cui, nell'ordinamento italiano, è un'antinomia l'esistenza di reati d'opinione per contrasto con l'art. 21 della Costituzione ed è una lacuna la mancata attuazione legislativa del diritto a "mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di... disoccupazione involontaria" stabilito dall'art. 38, 2° comma. Ma l'esito di questa attività interpretativa e argomentativa è evidentemente la sollecitazione, il controllo, la critica e la progettazione delle operazioni logiche e normative che l'ordinamento affida alla legislazione e alla giurisdizione.

¹⁸ *Ibidem*, p. 120.

IV. LA LOGICA NELLA PRATICA GIURIDICA, IN PARTICOLARE NEL RAGIONAMENTO DEI GIUDICI

Vengo così al terzo livello di discorso, quello operativo del diritto medesimo, sul quale si manifesta il ruolo della logica. Coerenza e completezza, si è detto, sono non già l'essere, ma il *dover essere* del diritto positivo. E' questo dover essere, disegnato dalla gerarchia giuridica e insieme logica delle norme, che la dottrina giuridica ha il compito scientifico di controllare e di promuovere sollecitando, dalla giurisdizione e dalla legislazione, l'espulsione delle norme in contraddizione con le norme ad esse superiori e l'introduzione delle norme da queste implicate. Si capisce perciò come sia soprattutto rispetto alle patologie del funzionamento di fatto del diritto che nella pratica giuridica vengono applicati operativamente i *principia iuris tantum* della coerenza (o di non contraddizione) e della completezza (o di implicazione) attraverso la loro attuazione operativa.

Quanto alla *coerenza*, Guastini trova "alquanto bizzarra" la tesi che "sia la logica, e non banalmente la costituzione, ad imporre al legislatore di non contraddire la costituzione"¹⁹. Ma è lo stesso Guastini che afferma, in questa sua stessa frase, che le due cose sono esattamente identiche: la tesi che gli appare bizzarra, cioè che la logica imponga "di non contraddire la costituzione" è infatti identica, dato che la non-contraddizione è una relazione logica, alla tesi che la costituzione impone alla legislazione di non essere contraddetta, ossia violata. Del resto, in che cos'altro può consistere la violazione di norme, come quelle costituzionali, sulla produzione di quegli atti linguistici che sono gli atti legislativi, a loro volta normativi? E' chiaro che, ove non consista nella difformità dell'atto normativo dalle forme per esso predisposte dalle norme sulla sua formazione, essa non può che consistere nell'incoerenza delle norme prodotte rispetto ai significati delle norme ad esse sopraordinate.

¹⁹ *Ibidem*, p. 115.

Sono precisamente queste incoerenze, quelle che ho chiamato ‘antinomie’ tra norme di grado diverso, che la scienza giuridica ha il compito di valutare e di accertare. Lo stesso compito è svolto da tutti i *giudizi di legittimità*, in particolare dai giudizi di cassazione e dai giudizi di (in)costituzionalità, i quali consistono sempre nell’accertamento o meno di una contraddizione tra le situazioni o le norme sottoposte al giudizio e le norme ad esse sopraordinate, ovviamente a seguito e sulla base dell’interpretazione argomentata e motivata delle une e delle altre. Sempre i dispositivi con cui si concludono i ragionamenti giudiziari in tema di illegittimità (o di legittimità) delle norme sottoposte al giudizio –la tale sentenza è (o non è) in contrasto con la legge, la tale legge contraddice (o non contraddice) la costituzione – consistono nell’affermazione o nella negazione di una contraddizione. E’ poi inutile dire che, come nelle analoghe tesi della dottrina giuridica, il giudizio operativo di contraddizione formulato dai giudici è solo la conclusione del ragionamento giudiziario, la cui parte prevalente consiste nella motivazione e nell’argomentazione, probatoria e interpretativa, delle premesse fattuali e normative.

Un discorso analogo può farsi per l’applicazione del principio di implicazione e per la questione della *completezza*. A proposito della quale, Guastini polemizza con una tesi che non ho mai sostenuto: “LF sostiene che, sebbene si diano relazioni di implicazione logica tra norme, tuttavia le norme implicite non appartengono all’ordinamento fino a che non siano espressamente formulate da un’autorità normativa”²⁰. Non capisco da quale dei miei scritti Guastini abbia potuto indurre l’idea assurda che non ammetterei l’esistenza di norme implicite del tipo “i diciottenni hanno diritto di voto” implicata dalle norme “i maggiorenni hanno diritto di voto” e “i diciottenni sono maggiorenni”²¹. E’ chiaro che le norme implicite, frutto talora di interpretazioni e di argomentazioni ben più opinabili di quella appena esemplificata, non soltanto esistono, ma esistono inevitabilmente.

²⁰ GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 117.

²¹ *Ibidem*, p. 118.

In realtà, come ho sopra precisato²², quando parlo di lacune parlo di tutt'altra cosa: non già della mancata esplicitazione di norme implicite ma della mancata produzione di norme di attuazione che impediscono di applicare norme sopraordinate. Sarebbero state lacune, per esempio, l'omissione della legge sul servizio sanitario pubblico garantito a tutti, in attuazione del diritto alla salute stabilito dall'art. 32 della Costituzione, che sarebbe risultato, in sua assenza, inapplicabile; oppure l'omissione della legislazione sulla scuola pubblica inferiore, gratuita e obbligatoria, garantita a tutti in attuazione del diritto all'istruzione stabilito dall'art. 34, che sarebbe parimenti risultato, in sua assenza, inapplicabile e in effettivo. E' tuttora una lacuna la mancata introduzione di una legge di attuazione dell'art. 36 della Costituzione nella parte in cui stabilisce il "diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle esigenze di vita" non solo "in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia", ma anche in caso di "disoccupazione involontaria"²³.

²² *Supra*, nella nota 8.

²³ Contro questa tesi Guastini menziona, come esempio di diritto sociale, il diritto al lavoro previsto dall'art. 4 della Costituzione italiana (*op. cit.*, p. 116). Sulla base della palese inattuabilità e del carattere non vincolante di questo cosiddetto "diritto", egli estende pertanto a tutti i diritti sociali stabiliti da costituzioni rigide la tesi del loro carattere di "norme programmatiche" (ivi, nota 31), così riproponendo una categoria inventata nel 1948 dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e archiviata dalla Corte Costituzionale fin dalla sua prima sentenza (la n. 1 del 1956). In realtà il cosiddetto "diritto" al lavoro, come ho più volte sostenuto (da ultimo in *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari 2013, § 3.5, pp. 120-122), diversamente da tutti gli altri diritti sociali costituzionalmente stabiliti come per esempio i diritti alla salute e all'istruzione, non è, propriamente, un diritto soggettivo, non essendo configurabile, in una società capitalistica, l'obbligo corrispondente, richiesto invece per tutti i diritti a prestazioni positive (dalle D10.20 e D10.21, in *PiI*, §§ 10.11 e 10.12, pp. 639-645). La norma che lo prevede, peraltro, non è una regola, ma un principio direttivo, o se si vuole esso sì programmatico, intendendosi con 'regola' solo le norme di cui siano configurabili, come avviene per tutti gli altri diritti, gli atti la cui commissione ne integra l'attuazione e la cui omissione ne integra l'inattuazione (così in *La democrazia attraverso i diritti cit.*, § 3.4, pp. 111-112). Più

Sia le antinomie che le lacune come sopra definite – che ho chiamato “strutturali” perché predicabili con riferimento a livelli normativi inferiori rispetto a norme di livello superiore, per esempio al livello legislativo rispetto a quello costituzionale – non sono insomma solubili per via di interpretazione, come lo sono invece quelle tra norme dello stesso livello, ma solo mediante un nuovo atto normativo: di annullamento o di abrogazione nel caso delle antinomie; di attuazione legislativa nel caso delle lacune²⁴. L'aspetto problematico delle lacune consiste nel fatto che la loro soluzione non può essere affidata alla giurisdizione senza ledere il principio della separazione dei poteri. Ma prendere i diritti sul serio equivale comunque a leggere come illegittime le loro mancate attuazioni, e cioè le lacune consistenti nell'omessa introduzione di quelle che ho chiamato le garanzie primarie dei diritti stabiliti: per esempio la scuola pubblica o il servizio sanitario gratuito correlativi ai diritti all'istruzione e alla salute. Aggiungo che nulla impedisce che tali garanzie siano formulate esplicitamente nelle costituzioni, così trasformando le lacune o violazioni per omissione in antinomie o violazioni per commissione censurabili in via secondaria dalla giustizia costituzionale: è quanto è avvenuto nella Costituzione brasiliana, che ha introdotto i cosiddetti vincoli di bilanci, cioè l'obbligo di destinare quote minime della spesa

in generale, formulai la tesi dell'attuabilità di qualunque figura deontica come condizione della sua consistenza in *PiI*, § 2.1, pp. 143-146 (con il postulato PM e con i teoremi T2.2 e T2.3) e, prima ancora, in *Linguaggio assertivo e linguaggio precettivo*, in “Rivista internazionale di Filosofia del diritto”, fasc. III, lug.-sett. 1967, pp. 514-545.

²⁴ Ho così capovolto la tesi di Bobbio, che considera “apparenti” le antinomie solubili con il criterio gerarchico, le quali invece sono a mio parere “reali” perché non solubili dall'interprete ma solo da un intervento giurisdizionale che modifichi il diritto vigente con l'annullamento delle norme invalide; mentre chiama “reali” le antinomie “in cui l'interprete è abbandonato a se stesso o per la mancanza di un criterio o per il conflitto tra criteri” e che invece sono a mio parere “apparenti” perché solubili mediante l'interpretazione, anche se, come dice Bobbio, sulla base di una sostanziale “libertà dell'interprete” (BOBBIO, N., *Teoria dell'ordinamento giuridico... op. cit.*, §§ 17 e 18, pp. 218, 224).

pubblica alla soddisfazione dei diritti sociali e, in particolare, del diritto alla salute e del diritto all'istruzione²⁵.

C'è poi un'ultima applicazione, la più classica ma anche la più discussa e controversa, del principio di implicazione: il sillogismo giudiziario attraverso cui, nei giudizi di merito, avviene l'applicazione della legge al fatto sottoposto al giudizio. Esiste un equivoco che viene talora associato all'idea del sillogismo: la sua "raffigurazione" semplicemente come "deduzione a partire da norme"²⁶; laddove la deduzione è solo l'ultimo momento, il più ovvio e banale, del ragionamento giudiziario, consistente soprattutto, ripeto, nell'argomentazione delle sue premesse: sia di quelle fattuali, oggetto di prova, che di quelle giuridiche, frutto di interpretazione.

Insomma, normatività giuridica e normatività logica, allorché l'oggetto delle norme è formato da altre norme, sono esattamente la stessa cosa. La logica peraltro –o meglio la teoria che ha assunto le tesi della logica deontica come tesi teoriche– impone ai giudici e ai giuristi, in termini più chiaramente cogenti della normatività giuridica, di prendere il diritto sul serio.

²⁵ L'art. 212 della Costituzione brasiliana stabilisce che "l'Unione applicherà annualmente mai meno del 18%, e gli Stati, il Distretto federale e i Municipi mai meno del 25% del ricavato delle imposte [...] al mantenimento e allo sviluppo dell'insegnamento". L'art. 198, §§ 2 e 3 in materia di salute stabilisce invece che "l'Unione, gli Stati, il Distretto federale e i Municipi utilizzeranno annualmente, per le azioni e i servizi sanitari pubblici, risorse minime" la cui determinazione è rimessa ogni anno a una legge complementare.

²⁶ BARBERIS, M., *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 194. In realtà il sillogismo giudiziario è solo la forma della conclusione del ragionamento giudiziario, consistente soprattutto nell'argomentazione probatoria e interpretativa delle premesse, cioè nella prova dei fatti sottoposti al giudizio e nell'individuazione delle norme ad essi applicabili: due attività cognitive che comportano entrambe altrettante decisioni, la prima sulla verità giuridica (sempre opinabile) e la seconda sulla verità fattuale (sempre probabilistica). Sulla logica della giurisdizione, quale risulta dal principio di non contraddizione nei giudizi di legittimità e dal principio di implicazione nei giudizi di merito, rinvio a *La logica del diritto* cit., § 7.1, pp. 148-154.

V. NORMATIVISMO E REALISMO: UNA FALSA ALTERNATIVA. IL REALISMO DI RICCARDO GUASTINI

Infine, un'ultima questione, relativa alla concezione della teoria del diritto. Ho parlato finora della dimensione e della forte valenza pragmatica della teoria del diritto e precisamente delle sue tesi deontiche. E' la teoria che è in grado di rilevare, grazie all'incorporazione come tesi teoriche delle tesi analitiche della logica deontica, l'obbligo costituzionale imposto al legislatore della coerenza, pena l'invalidità delle norme illegittimamente prodotte, nonché l'obbligo imposto alla giurisdizione dell'accertamento delle antinomie e dell'annullamento o disapplicazione delle norme di legge invalide per contraddizione con le norme costituzionali sostanziali sulla loro produzione. Quanto alle lacune, esse non possono essere rimosse per via giurisdizionale, ma soltanto, in forza della separazione dei poteri, per via legislativa. Ma questo non toglie che sia di nuovo la teoria che consente di rilevare, grazie alla relazione di implicazione da essa istituita tra le aspettative positive nelle quali consistono i diritti sociali costituzionalmente stabiliti e gli obblighi di prestazione ad essi corrispondenti, l'obbligo costituzionale imposto al legislatore della completezza, cioè della produzione delle garanzie di tali diritti mediante adeguate leggi di attuazione. E' insomma la struttura logica e normativa del suo stesso oggetto di indagine che impone alla scienza giuridica di accertare e segnalare come illegittime sia le antinomie che le lacune, cioè le violazioni ad opera del legislatore, per commissione o per omissione, delle norme costituzionali e di raccomandarne la rimozione.

Guastini afferma che la mia "teoria della scienza giuridica è decisamente (i) normativista e (ii) anti-realista"²⁷. Sono più di trent'anni che critico come approcci parziali e, se assunti come esclusivi, fonti di fallacie ideologiche, sia l'approccio puramente normativistico che l'approccio solamente realistico: il primo per-

²⁷ GUASTINI, R., *op. cit.*, p. 118

ché guarda soltanto alle norme, trascurandone la possibile ineffettività; il secondo perché guarda soltanto ai fatti, trascurandone la possibile invalidità²⁸. In entrambi i casi, ciò che ho sempre criticato dei due approcci è il fatto che entrambi trascurano la divaricazione deontica, virtuale ma inevitabile, tra norme e fatti, tra il dover essere del diritto e il suo essere effettuale: una divaricazione che è chiaramente dovuta alla normatività del diritto e che a mio parere forma il tema centrale e di maggior interesse della riflessione teorica e dell'indagine empirica, sia essa giuridica che sociologica.

La mia teoria non è perciò né normativista né realista, essendo normativista e realista al tempo stesso²⁹. Essa definisce non solo la validità, ma anche l'invalidità, formale e sostanziale, e il vigore, nonché l'effettività e l'ineffettività, sia delle situazioni singolari che delle norme, identificando, di tutte queste figure di qualificazione, le condizioni sia normative che fattuali. Consente, in breve, di accertare sia come sono le norme di un dato ordinamento, sia

²⁸ Fin dal saggio *La semantica della teoria del diritto*, in SCARPELLI, U., *La teoria generale del diritto. roblemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, §§ 6 e 7, pp. 115-130; si veda inoltre *Filosofia analitica e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, in GIANFORMAGGIO, L., e JORI, M., *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 353-372, rist. come parte seconda in *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, in particolare pp. 110-113. Sulla doppia interpretazione semantica, normativistica e realistica, ammessa dalla teoria del diritto, si veda inoltre *Pil*, Introduzione, I, § 3, pp. 12-15; *La democrazia attraverso i diritti* cit., § 3.8, pp. 131-133. Si veda anche, sulla questione, RENTERIA DIAZ, A., *Normativismo e giusrealismo nella teoria del diritto di Luigi Ferrajoli*, in P. Di Lucia (a cura di), *Assiomatologica del normativo* cit., pp. 199-222, e la mia replica, *Intorno a 'Principia iuris'. Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, § 14.1.3, pp. 239-248.

²⁹ Come scrissi in *Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su Diritto e ragione*, in GIANFORMAGGIO, L. (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 477-478, la teoria del diritto “non è né puramente normativista, né puramente realistica, non avendo come oggetto né esclusivamente le norme né esclusivamente i fatti, ma le norme e i fatti insieme ai diversi livelli dell'ordinamento, le une assunte come parametri di validità (o d'invalidità), gli altri come parametri di effettività (o d'ineffettività)”.

come devono essere sulla base delle norme sulla loro produzione. Non è perciò puramente normativistica, dato che si occupa anche dell'invalidità delle norme prodotte generata dall'ineffettività delle norme sulla loro produzione. E neppure è puramente realista, almeno nel senso di "realismo" indicato da Guastini. "La verità", scrive Guastini, "è che i realisti", benché sia "semplicemente falso" che "considerino valida qualunque norma in vigore", "non hanno alcun interesse per la validità: non c'è alcuna teoria della validità nella letteratura realistica"; e più oltre: "Il realismo giuridico non ha nulla da dire su ciò che 'deve essere'... Il programma scientifico del realismo è solo la descrizione empirica delle norme vigenti, non delle norme valide"³⁰. Ed aggiunge, in nota, con l'intento di chiarire questa stranezza, una frase dettata dalla sua singolare concezione della teoria del diritto come indagine sugli usi linguistici dei giuristi: "una 'teoria della validità', beninteso, è altra cosa dalla ricostruzione meta-giurisprudenziale della teoria della validità propria dei giuristi"³¹. Domando: i teorici del diritto non sono forse dei giuristi? Davvero la teoria del diritto deve delegare ai non meglio precisati "giuristi" (i costituzionalisti? o forse i giudici costituzionali?) la teorizzazione delle condizioni di validità, cioè di quello che è il cuore di ogni teoria del diritto degna di questo nome? E in ogni caso questa "teoria della validità propria dei giuristi", la cui "ricostruzione meta-giurisprudenziale" è la sola cosa che secondo Guastini compete alla teoria del diritto, dovrà distinguere tra il dover essere costituzionale delle leggi e il loro essere effettivo, oppure anch'essa, in omaggio al "programma scientifico del realismo" che "è solo la descrizione empirica delle norme vigenti", "non ha nulla da dire su ciò che 'deve essere'"?

³⁰ GUASTINI, R., *op. cit.*, pp. 121-122.

³¹ *Ibidem*, p. 121, nota 52. Su questa concezione della teoria del diritto, secondo la quale essa dovrebbe limitarsi a descrivere le pratiche linguistiche dei giuristi, cioè ridursi a una sorta di sociologia della conoscenza, e sulla connessa ossessione circa la natura solo descrittivistica della conoscenza, giuridica e non, rinvio al mio *Fonti e norme nell'opera di Riccardo Guastini. Le insidie del realismo*, di prossima pubblicazione.

Il “risultato” di un simile realismo, assicura Guastini, non è “un’apologia del diritto vigente –concretamente delle leggi incostituzionali”³², così come “l’astronomia” non è “un’apologia del moto dei pianeti” e la “descrizione sociologica dell’ineguaglianza” non è “un’apologia dell’ineguaglianza”³³. E’ vero: non è un’apologia, è solo un occultamento delle antinomie e delle lacune, alle quali il realismo guastiniano non è interessato e in ordine alle quali non ha nulla da dire. Ma è un occultamento in contrasto con il compito scientifico del giurista. Giacché l’oggetto della scienza giuridica non è costituito soltanto da fatti –come il movimento dei pianeti per l’astronomia o le diseguaglianze sociali per la sociologia– ma anche, appunto, da norme: in particolare da quelle norme che disciplinano i fatti normativi e la cui violazione da parte di questi non può essere ignorata come priva di interesse.

³² *Ibidem*, p. 120.

³³ *Ibidem*, pp. 120-121. A sostegno della “descrizione empirica, neutra (‘wertfrei, direbbe Weber) del diritto esistente”, Guastini, *ivi*, p. 120, richiama le tesi di Bentham sulla libertà della critica politica esterna della legge, ferma restando la sua validità e obbligatorietà interna quali che siano i suoi contenuti, in quanto tali oggetto di neutra descrizione (si ricordi la sua celebre massima “Obbedire puntualmente, criticare liberamente”). Ma Bentham scriveva con riferimento al modello legislativo dello stato di diritto, dove in effetti validità ed esistenza delle leggi si identificavano dato che in essi non esisteva nessuna norma positiva sopraordinata alle leggi; laddove validità ed esistenza si dissociano, e si genera la figura del diritto sostanzialmente illegittimo, oggetto di censura e di disapplicazione o annullamento da parte dei giudici, nel modello dello stato costituzionale, nel quale le leggi sono sottoposte a costituzioni rigide, non solo quanto alle forme della loro produzione ma anche quanto ai loro contenuti normativi.

ANÁLISIS DE LEGISLACIÓN

ANALYSIS OF LEGISLATION

