

LUIGI FERRAJOLI
INTERPRETE
DI Kelsen

VINCENZO **OMAGGIO**



Luigi Ferrajoli interprete di Kelsen

Luigi Ferrajoli Kelsen's Interpreter

VINCENZO OMAGGIO

Professore Ordinario di Filosofia del diritto, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

E-mail: vinomag@unisob.na.it

ABSTRACT

Il saggio prende lo spunto dal volume dedicato a Kelsen da Luigi Ferrajoli, che ha per titolo *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, per sviluppare in particolare due questioni: l'applicabilità della logica al diritto, con speciale riguardo all'interpretazione, e la teoria dei diritti fondamentali e dei principi che li veicolano. Il discorso coinvolge necessariamente accanto all'opera kelseniana anche quella del suo interprete, dal momento che una tale rilettura di Kelsen lungo le aporie del suo pensiero si può comprendere bene soltanto attraverso il prisma ottico di un altro sistema, quello di Ferrajoli medesimo, che intende presentarsi come una riformulazione rigorosa delle istanze giuspositivistiche kelseniane, emendate delle suddette aporie. Il saggio tenta di mostrare i pregi e i limiti di questo tentativo.

This article takes its cue from Luigi Ferrajoli's book *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, in order to discuss two issues: first, the applicability of logic to law, with particular regard to interpretation; second, the theory of fundamental rights and their guiding principles. This discussion necessarily requires juxtaposing Kelsen's work with that of his interpreter, as a reading of Kelsen's work along the aporias of his work, can only be properly understood through the lenses of a different system, that of Ferrajoli himself. The latter presents itself as a rigorous reformulation of Kelsen's positivist demands, which avoids the aforementioned contradictions. This article demonstrates the merits, as well as the limits of this approach.

KEYWORDS

teoria kelseniana dell'interpretazione, principi e regole, costituzionalismo, giuspositivismo, separazione tra diritto e morale

kelsenian theory of interpretation, principles and rules, constitutionalism, legal positivism, separation of law and morals

Luigi Ferrajoli interprete di Kelsen*

VINCENZO OMAGGIO

1. *Le aporie della teoria kelseniana* – 2. *Logica e interpretazione* – 3. *Lo Stato costituzionale di diritto* – 4. *Oltre Kelsen attraverso Kelsen*.

1. *Le aporie della teoria kelseniana*

Chi conosce l'opera di Luigi Ferrajoli sa che il pensiero di Hans Kelsen è sempre stato oggetto di attenzione da parte sua in un dialogo costante e serrato: un'attenzione intrisa di ammirazione e alimentata dallo spirito critico con cui bisogna guardare ai grandi autori dai quali si trae ispirazione. A conferma di ciò credo possa dirsi che tutti o quasi tutti gli argomenti (e le obiezioni) sviluppati nel recente volume che egli ha dedicato alle (dieci) aporie del pensiero di Hans Kelsen¹ siano già stati da lui formulati, in maniera più o meno compiuta, in libri e articoli precedenti. Tuttavia, mai erano stati presentati con l'ordine e il rigore sistematico con cui appaiono in questo volume.

Avanzo due rapide premesse. In primo luogo parlerò solo di alcune di queste aporie, non di tutte, in particolare della terza (quella riguardante i diritti fondamentali ridotti alle loro garanzie), della settima (non applicabilità della logica al diritto con speciale riguardo all'interpretazione) e dell'ottava (carattere descrittivo e/o valutativo della scienza giuridica), pur sapendo che sono tutte strettamente collegate fra loro, come ha magistralmente messo in evidenza l'autore. Va detto peraltro che il termine "aporia" è a sua volta indeterminato: può voler dire "un strada senza uscita", nel senso antico del termine, oppure una contraddizione, o un errore, oppure un'incoerenza rispetto alle premesse del discorso o ancora rispetto alle intenzioni dell'autore del discorso². Nel nostro caso non direi che si tratti di una critica di incoerenza al sistema kelseniano, che risulta invece ben concatenato, come le stesse critiche hanno evidenziato. Non è escluso che le dieci aporie siano "aporetiche" in maniera diversa l'una dall'altra e non tutte nello stesso senso del termine. Ad esempio, la tesi sulla sanzione (seconda aporia) dà luogo a un esito antipositivistico

* Una prima stesura di questo saggio è apparsa nel volume collettaneo *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di F. Riccobono e F. Romeo, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 99 e ss.

¹ FERRAJOLI 2016a.

² Una conferma in tal senso Ferrajoli l'ha offerta nell'ambito di una discussione napoletana sui temi del suo libro. Cfr. FERRAJOLI 2018, 139: «Dico subito che ho usato 'aporia', in mancanza di meglio, in un significato polisenso e alquanto indeterminato, come ha giustamente osservato Vincenzo Omaggio: per designare qualunque tipo di vizio o di inadeguatezza teorica».

nella teoria del massimo esponente del giuspositivismo, dato dal contrasto con il postulato di tale dottrina, secondo cui sono norme giuridiche tutte e solo le norme prodotte da chi è abilitato a produrle. E la centralità della sanzione spinge a considerare irrilevanti, se non inesistenti, le norme che vietano comportamenti senza prevedere le relative conseguenze sanzionatorie. Così come la nona aporia mette in contraddizione le tesi kelseniane sulla democrazia come autogoverno con quelle sulla giurisdizione come fonte del diritto: il teorico del parlamentarismo, del proporzionalismo e del relativismo etico concede al giudice applicatore il ruolo di creatore di diritto. Si tratta senza dubbio di aporie diverse da quella delineata, ad esempio, nella riduzione dei diritti alle loro garanzie (terza aporia), che configura una negazione della normatività delle costituzioni contemporanee e un capovolgimento della gerarchia delle fonti, subordinando la costituzione al lavoro del legislatore. Come pure si distinguono dall'aporia relativa all'ambivalenza del termine "norma" (quinta aporia), intesa a un tempo sia come atto normativo di volontà sia come norma che ne costituisce il significato, in violazione della regola logica di designazione, secondo cui non può essere usato lo stesso termine in una medesima teoria come predicato di classi di argomenti diversi, come sono gli atti e le figure deontiche. A un uso scorretto della logica va ricondotta parimenti l'aporia (settima) riguardante la struttura del giudizio di applicazione delle norme. Nell'ambito della progressiva rimozione della dimensione statica degli ordinamenti nello sviluppo del suo pensiero, Kelsen qui applica la logica sillogistica agli atti e non alle proposizioni assertive, cioè al nesso tra le premesse assunte e le conclusioni dedotte come vere, vanificando il tratto distintivo degli atti giurisdizionali, inteso come accertamento della violazione o non violazione della norma giuridica.

Tale eterogeneità tuttavia può fornire un argomento a favore della scelta del termine onnicomprensivo di "aporia".

In secondo luogo mi riferirò non solo all'opera di Kelsen ma anche a quella del suo interprete, di Luigi Ferrajoli, perché il senso di questa rilettura di Kelsen lungo le aporie del suo pensiero si può comprendere bene solo attraverso il prisma ottico di un altro sistema, quello di Ferrajoli medesimo, che in qualche modo si presenta come una riformulazione più rigorosa delle istanze giuspositivistiche kelseniane, emendate dalle suddette aporie e valorizzate nei loro grandi meriti, soprattutto uno, il più grande merito di Kelsen: quello di aver teorizzato in termini valutativi il diritto positivo come ordinamento dinamico che regola la sua stessa produzione in forza di una struttura a gradi (FERRAJOLI 2016a, 133), entro la quale ciascuna norma trae la propria validità dalle norme che ne disciplinano la produzione e alle quali essa è gerarchicamente subordinata. Ciò che voglio dire è che in questo libro si parla diffusamente di Kelsen, ma si parla molto anche, se non di più, delle tesi di Ferrajoli. Quindi prenderò in considerazione, seppure in maniera disorganica, anche le risposte che Luigi Ferrajoli propone ad alcune grandi questioni sollevate e non risolte dall'opera di Kelsen.

2. Logica e interpretazione

Il tema dell'interpretazione occupa un punto nevralgico dell'itinerario kelseniano. Il saggio del '34 *Sulla teoria dell'interpretazione* e la prima edizione della *Reine Rechtslehre* segnano la svolta verso una concezione prevalentemente dinamica della produzione normativa. Con una mossa di grande impatto teorico, Kelsen decide di assorbire anche il tema dell'interpretazione giuridica all'interno della struttura del proprio sistema nomodinamico. Da procedimento esterno alle norme e ausiliario rispetto all'applicazione l'interpretazione si trasforma in un elemento onnipresente nel sistema di produzione del diritto: ogni atto istitutivo di norme è legato a un atto interpretativo. L'interpretazione è «il procedimento spirituale che accompagna il processo di produzione del diritto nel nuovo sviluppo da un grado superiore a uno inferiore regolato da quello superiore»³. L'esito, come è noto, configura l'applicazione giurisdizionale della legge come attività puramente volitiva e creativa, la cui validità è indipendente dall'accordo con le norme applicate, perché la subordinazione gerarchica riguarda gli atti normativi (non le norme) – anche se Kelsen chiama entrambi “norme” favorendo la confusione –⁴ e di tali atti si può predicare solo la conformità e non la coerenza, che invece riguarda i contenuti normativi. Poiché la logica non si applica agli atti di volontà (ma solo ai loro asserti di contenuto), la subordinazione gerarchica si esplica come relazione tra creazione e applicazione, dove la creazione è sempre anche applicazione e quest'ultima è sempre anche creazione. La norma superiore non offre in realtà che un semplice schema normativo, non determina mai l'atto che deve eseguirla; così chi deve decidere è chiamato a “scegliere” tra le diverse “norme” che la legge propone, non diversamente, se non da un punto di vista quantitativo, dalla scelta che occorre fare per produrre la giusta legge nel rispetto della costituzione.

Più tardi Kelsen chiarirà che le attività interpretative sono due e nettamente distinte⁵: la prima è scientifica e punta all'accertamento teorico dell'oggetto che deve essere interpretato e può accertare però solo lo schema normativo nella sua cornice di significati; la seconda è quella autentica, che è manifestazione di volontà, rispetto alla quale non esistono criteri o metodi interpretativi in grado di promuovere l'una o l'altra soluzione come quella più giusta. Da una parte la registrazione descrittiva dei possibili significati, dall'altra la creazione normativa. Niente di più irrealistico tanto per i giuristi quanto per i giudici. Come sappiamo, né i primi si limitano a descrivere o elencare possibili significati (anche il disegno di una “cornice” comporta

³ KELSEN 1934, 117; KELSEN 1960a, 381.

⁴ Si tratta, come si è detto, della quinta aporia nello schema di FERRAJOLI 2016a, 89 ss., giocata sull'ambivalenza del termine “norma”, ora come atto normativo di volontà ora come significato normativo che ne costituisce il senso.

⁵ KELSEN 1960a, 384.

scelte interpretative), né i secondi pensano mai di produrre norme. Gli uni e gli altri sanno di dover argomentare, individuando dal complesso delle norme vigenti una soluzione preferibile rispetto alle altre. Ma ciò comporta la necessità di fare delle valutazioni, metterle in relazione con i metodi giuridici, controllarle in sede dogmatica e anche alla luce della loro plausibilità sociale. Tutti compiti che Kelsen non intendeva assegnare alla scienza giuridica e dai quali, invece, i giuristi facevano e fanno tuttora dipendere la qualità del loro lavoro.

Cosicché Friedrich Müller ha potuto sostenere che Kelsen si era fermato proprio lì dove comincia il lavoro, sul limitare dello spazio decisionale spettante al decisore. Un passo in più in questa direzione avrebbe voluto dire entrare nel dominio della ragione pratica, quella che ci guida nelle decisioni, ma che, essendo fatto di ideali e valori, non può essere indagato in termini razionali. Il dominio delle decisioni pratiche, pur rilevante e addirittura prezioso per il giurista, non può ottenere risposte dalla scienza. Né vale sottolineare che abbiamo bisogno quotidianamente di scelte e di buoni criteri di scelta, perché dal fatto che esiste un bisogno non si può dedurre che esso possa essere sempre soddisfatto in maniera rigorosa⁶.

Non tutte le domande possono ricevere una risposta scientifica. Anzi la conoscenza scientifica ci insegna innanzitutto, alla scuola di Max Weber, quali domande possiamo sensatamente rivolgerle e spesso proprio per questo ci delude, perché non ha una risposta all'altezza di tutte le nostre attese esistenziali. Ovviamente si può discutere se questa sia l'unica idea di scienza da applicare al diritto o se sia quella più appropriata⁷. Ma questo è un problema diverso.

La ragione pratica è per Kelsen un concetto contraddittorio, che va bene per il diritto naturale, in quanto pretende di essere nello stesso tempo conoscenza e volontà⁸.

Questo aspetto è ben evidenziato da Luigi Ferrajoli, che critica in Kelsen una tale concezione ristretta della ragione (FERRAJOLI 2016a, 164), che fa capo a un'idea oggettivistica della verità e a un'idea descrittivistica della scienza, foriere a loro volta in modo solo apparentemente paradossale del volontarismo e dello scetti-

⁶ Mi permetto di rinviare alle considerazioni svolte in tema nel mio OMAGGIO 2003, 140 ss.

⁷ Ad esempio, si potrebbe osservare, come ha fatto Losano, che le premesse neokantiane di Kelsen, secondo cui è il metodo scientifico a generare l'oggetto della scienza, finiscono per ritorcersi contro di lui. Cfr. *Introduzione* a KELSEN 1960b, XXVIII. In altre parole, se un modello di scienza non è utile a soddisfare molte delle domande che ci stanno a cuore, forse non si tratta di mettere da parte i bisogni quanto il modello scientifico adottato.

⁸ KELSEN 1960b, 86 s. «Noi definiamo ragione la funzione conoscitiva dell'uomo. Però la statuizione di norme, la legislazione, non è una funzione conoscitiva. Con la statuizione di una norma non si conosce com'è un certo oggetto già dato, ma si richiede qualcosa che deve essere. In questo senso la statuizione di una norma è una funzione del volere, non del conoscere. [...] una ragione che statuisce norme è una ragione che conosce e al tempo stesso vuole, è cioè conoscenza e volere a un tempo. È il contraddittorio concetto di ragion pratica, che svolge una funzione di importanza decisiva non soltanto nella teoria del diritto naturale, allorché si presenta come teoria del diritto razionale, ma anche nell'etica. Questo concetto di ragion pratica è di origine teologico-religiosa».

cismo. Dimodoché, osserva Ferrajoli, rimane esclusa la ragion pratica e si toglie ogni spazio all'argomentazione razionale.

Non bisogna pensare però, io credo, che qui egli intenda accreditare una teoria dell'argomentazione nell'uso corrente, ad esempio alla Alexy (anche se Alexy è citato in questa circostanza)⁹, o più in generale come giustificazione razionale tramite argomenti anche morali delle soluzioni interpretative e delle decisioni prese dagli operatori del diritto, che risulterebbe pericolosamente imparentata con impostazioni principialiste di cui Ferrajoli diffida, come è noto¹⁰.

Io non credo che egli intenda curare lo scetticismo e il creazionismo giudiziale di Kelsen con la medicina della giurisprudenza valutativa, vale a dire con un chiaro riconoscimento delle opzioni valutative che guidano gli interpreti nell'assegnazione dei significati ai testi giuridici e in tutte le altre operazioni che vanno sotto il nome di interpretazione in senso lato¹¹, come la creazione delle lacune, la risoluzione delle antinomie, l'individuazione di norme inesprese e la concretizzazione dei principi, la scelta di un canone interpretativo a preferenza di un altro. Insomma tutto quanto riguarda le ragioni che giustificano l'uso di una determinata norma in luogo di un'altra e la determinazione del suo concreto campo di applicazione. Ragioni queste che coinvolgono scelte morali e politiche, da situare nel quadro dei valori di riferimento dei partecipanti alla pratica interpretativa. Non che vengano negate, in verità, da Ferrajoli, ma possiamo dire che non rientrano nel raggio della sua analisi, non trovano posto nell'ambito del suo sistema teorico.

A mio giudizio la teoria dell'argomentazione ha per lui un significato più circoscritto e coerente con il suo giuspositivismo avalutativo, in particolare nel senso dell'avalutatività esterna¹², quella riferita alla separazione tra diritto e morale. Si

⁹ Robert Alexy è richiamato in nota (nt. 249), con Atienza e Perelman, come esponente delle «sempre più ampie e raffinate teorie dell'argomentazione giuridica, che altro non sono che teorie della giustificazione razionale delle scelte interpretative», FERRAJOLI 2016a, 162. Esse elaborano criteri razionali di scelta tra le diverse possibili interpretazioni associabili a un testo normativo, che esistono quindi, «contrariamente a quanto sostenuto da Kelsen», FERRAJOLI 2016a, 162.

¹⁰ Si veda a questo proposito il noto saggio di FERRAJOLI 2010, 2771 ss. A suo giudizio il cognitivismo etico dei principialisti trova peraltro, seppure da posizioni opposte, un terreno comune con l'irrazionalismo interpretativo kelseniano (FERRAJOLI 2016a, 164) nell'identificazione di verità e razionalità. Per Kelsen l'interpretazione non è razionale in quanto non concerne tesi vere o false; per i principialisti (neocostituzionalisti) le tesi morali sono vere o false per il fatto stesso di essere razionalmente argomentabili.

¹¹ Per la distinzione tra interpretazione in senso lato e interpretazione in senso stretto, BARBERIS 2005, 207 s.

¹² Occorre distinguere per l'Autore (FERRAJOLI 2016a, 208) tra avalutatività esterna, che è principio costitutivo della scienza giuridica e corollario del principio giuspositivista della separazione tra diritto e morale, e «consiste nell'assenza di condizionamenti ideologici o politici e nel costume deontologico di neutralità e di oggettività che si richiede alla ricerca scientifica, ferma restando, ovviamente, la legittimità della valutazione e della critica politica del diritto vigente in sede extrascientifica» e avalutatività interna, cioè «l'esclusione di giudizi giuridici di valore nella costruzione del discorso scientifico», che è preclusa sia «dalle scelte interpretative imposte dai margini di indeterminatezza del linguaggio legale», sia «dal dislivello normativo tra costituzione e legge ordinaria che impone la valutazione e la critica delle violazioni

tratta, in altri termini, più semplicemente di ripristinare l'applicazione della logica al diritto, che è andata smarrita nello sviluppo in senso dinamico della concezione ordinamentale kelseniana. Anche se in un procedimento applicativo le norme non sono meramente dedotte, bensì prodotte con un nuovo atto normativo – e ciò indipendentemente dal problema costituito dalla cosiddetta indeterminatezza del linguaggio legale –, tra la norma generale e quella individuale deve permanere un nesso logico e contenutistico evidente e dimostrabile, senza il quale la legislazione sarebbe un'impresa vana. Tale nesso statico, di tipo logico-contenutistico, non può mai realizzarsi in modo pieno e assoluto, ragion per cui residuano spazi insopprimibili di discrezionalità nell'ambito della giurisdizione¹³, che rendono necessaria una teoria dell'argomentazione (come quelle di Robert Alexy e di Manuel Atienza, ad esempio), diretta a giustificare e a regolare proprio l'esercizio discrezionale del potere giudiziario. Tuttavia, per quanto inevitabili, la discrezionalità e l'argomentazione dipendono in fondo da carenze del linguaggio legale, anzi da una sua vera e propria crisi, giunta peraltro a livelli allarmanti e non più sostenibili¹⁴. La ricetta di teoria interpretativa proposta da Ferrajoli resta affidata in larga parte a una chiara e corretta redazione dei testi, richiesta sacrosanta beninteso, che non fa i conti fino in fondo però con la caratteristica strutturale del linguaggio dei documenti normativi, ossia la loro costitutiva apertura di senso alla realtà. Ferrajoli invece ha spesso messo al centro della sua analisi il dissesto del linguaggio legale¹⁵, responsabile della crisi della legalità e dell'indebita espansione degli spazi di discrezionalità degli interpreti.

Per tornare a Kelsen, ciò che non va è la sua nozione di validità come esistenza della norma, dovuta alla semplice conformità fattuale dell'atto normativo alle norme procedurali che regolano la sua produzione; ciò gli consente peraltro di configurare un ruolo meramente ricognitivo della giurisprudenza. Ad essa va sostituita un'idea integrata di subordinazione, che sia al contempo dinamica e statica, che evidenzii anche le esigenze di coerenza e completezza sul piano dei contenuti; e qui naturalmente non basta una funzione solo descrittiva della giurisprudenza, che è chiamata al contrario a vigilare sull'attuazione (completezza) e sulle violazioni eventuali (coerenza) delle norme di rango superiore in una sostanziale continuità con la concezione a gradi dell'ordinamento, ma con la consapevolezza del cambio

dell'una da parte dell'altra, siano esse consistenti in antinomie o in lacune». A ciò va aggiunto il ruolo performativo che la scienza giuridica svolge nei confronti del proprio oggetto, «connesso al fatto che il diritto positivo è un fenomeno artificiale e, insieme, un universo linguistico, che è prodotto dagli uomini ed è da essi quotidianamente praticato nella comunicazione giuridica».

¹³ FERRAJOLI 2010, 2806.

¹⁴ FERRAJOLI 2010, 2815 «[...] per l'imprecisione e l'ambiguità delle formazioni normative, per la loro oscurità e talora contraddittorietà, per l'inflazione legislativa che ha compromesso la stessa capacità regolativa dei diritti».

¹⁵ FERRAJOLI 2016b, 23 ss.

di paradigma prodotto dallo Stato costituzionale democratico in conseguenza dell'introduzione della rigidità delle costituzioni. Quindi, in buona sostanza, con un grado ulteriore di normatività.

3. *Lo Stato costituzionale di diritto*

A quest'altezza s'impone il tema dei principi, che codificano i diritti fondamentali dei cittadini. È difficile non condividere il giudizio di Ferrajoli, quando dice che quella di Kelsen è ancora una teoria dello Stato legislativo otto-novecentesco¹⁶, perché il concetto stesso di diritto fondamentale rimane estraneo al suo pensiero. Si tratta a tale proposito della terza aporia kelseniana nello schema proposto in *La logica del diritto* (FERRAJOLI 2016a), quella che appiattisce i diritti sulle loro garanzie, garanzie primarie (divieto oppure obbligo in capo al soggetto interlocutore del titolare del diritto) o secondarie (dovere in capo al giudice di applicare la sanzione al responsabile della violazione). Un'aporia pesante, potremmo dire, proprio in quanto elude il vincolo dell'ultimo livello normativo, quello più elevato, dato dalla costituzione. I diritti fondamentali, pur disposti da norme positive, in particolare da norme tetico-deontiche, sarebbero meri *flatus vocis* in mancanza di garanzie, con la conseguenza di negare la normatività della costituzione e di subordinarla al lavoro del legislatore, capovolgendo così la gerarchia delle norme (FERRAJOLI 2016a, 51)¹⁷. È fin troppo nota la diffidenza di Kelsen verso la formulazione di principi di giustizia, che avrebbero fornito ai giudici il potere di annullare leggi votate dal Parlamento. Hans Kelsen, il padre della giustizia costituzionale, distingueva attentamente tra incostituzionalità procedurale o formale e incostituzionalità materiale¹⁸. La prima poteva ben essere rilevata e sanzionata da un tribunale, ma quella materiale, ossia quella che toccava il contenuto delle decisioni, presentava profili problematici e pericolosi. Principi contenenti concezioni della giustizia, della libertà, dell'eguaglianza, della dignità umana, erano per lui norme di tipo etico-politico, non giuridicamente vincolanti, e portatrici di ideali soggettivi, se non di meri interessi particolari. L'incostituzionalità materiale avrebbe consentito ai giudici costituzionali di annullare una legge in base al contrasto con questi vaghi principi, privi della necessaria determinazione. Cosicché le concezioni della giustizia della maggioranza dei giudici avrebbero finito per prevalere su quelle della maggioranza dei cittadini e del parlamento che la esprime. Per evitare un

¹⁶ Nello stessa direzione il giudizio di BARBERIS 2012, 41.

¹⁷ «Il principio di positività impone, se prendiamo sul serio le norme costituzionali, di leggere come loro violazioni la produzione o la non produzione di norme in contrasto con i divieti di lesione o con gli obblighi di prestazione implicati dai diritti fondamentali da esse stabiliti», FERRAJOLI 2016a, 62.

¹⁸ KELSEN 1928, 190; anche KELSEN 1931, 253 ss.

simile intollerabile risultato, un autentico “spostamento di potere”, Kelsen raccomandava di astenersi dal formulare principi etico-politici nelle costituzioni, in coerenza con la propria difesa dell'autodeterminazione politica come fondamento del sistema democratico.

Per la verità i consigli di Kelsen non sono stati seguiti dai costituenti del dopoguerra, che hanno modellato costituzioni assiologiche, ricche di principi e di valori, che sono diventati parte integrante, anzi parte principale della legalità. Ma questo rilievo conta poco nell'ambito del nostro discorso; conta di più il fatto che Kelsen abbia compreso con chiarezza che i principi giuridici, anche se positivizzati, conservano il loro carattere di principi della morale e che di questo bisognava tenere conto; anzi era esattamente questo che lo induceva a non riconoscere loro il carattere giuridico, proprio allo scopo di evitare contaminazioni imbarazzanti. Ferrajoli vede invece su questo terreno una convergenza tra kelsenismo e principialismo sul comune riconoscimento della natura ambivalente dei principi. In Kelsen si evidenzerebbe in modo manifesto nella descrizione sostanzialistica dei principi medesimi, per i quali egli non adopera le consuete definizioni formali, ma li identifica mediante i contenuti storico-politici, in particolare quelli della tradizione liberal-democratica. La convergenza si realizza sulla constatazione di fatto dei caratteri peculiari dei principi fondamentali, seppure a partire da posizioni opposte; da un lato una posizione antipositivistica implicita, secondo Ferrajoli, in alcune teorie contemporanee dei diritti fondamentali, intesi come *moral rights*; dall'altro una posizione giuspositivistica, quella kelseniana, che non è stata coerente fino in fondo con i propri presupposti.

In altri termini, di fronte al dato di fatto della positivizzazione di principi sovrapositivi, Kelsen ha rinunciato all'impresa di incorporarli nel proprio sistema positivistico, perché ha considerato l'impresa stessa come impossibile, laddove Luigi Ferrajoli ha accolto la difficile sfida.

La prima mossa di Ferrajoli consiste nel considerare il cambio di paradigma introdotto dallo Stato costituzionale nei confronti dello Stato legislativo essenzialmente in termini sistemici, cioè formali¹⁹. Non importa il contenuto dei principi, né i valori retrostanti, né, a ben vedere, il fatto senz'altro inedito che tali principi siano manifestamente proclamati come tali, quanto invece rilevano i meccanismi di produzione delle disposizioni giuridiche: non più solo le norme formali sulla produzione degli atti normativi, ma ora anche le norme sostanziali sui contenuti, cioè sui significati da essi espressi.

Se è vero (come ribadito di recente) che egli riconosce che non si può fare riferimento ai principi costituzionali senza tener conto dei giudizi di valore cui questi

¹⁹ FERRAJOLI 2007, 914 ss. Per le risposte di Ferrajoli ai suoi critici, cfr. FERRAJOLI 2001, 123 ss. e 314 ss. Cfr. FERRAJOLI 2013, 66 ss.

rinviano²⁰, tuttavia operare con i princìpi non vuol dire per lui uscire dall'ambito avalutativo, o accettare i termini di un ragionamento morale. Né ciò è in contraddizione con il superamento della concezione descrittiva della giurisprudenza. Altro è un'idea semplicisticamente descrittiva del lavoro dei giuristi, che è implausibile, altro è la nozione di avalutatività, che è difesa da Ferrajoli. Ciò comporta che per operare con i princìpi basta e deve bastare una ricostruzione della logica interna al materiale giuridico positivo, mediante la coerenza e la completezza, che rappresentano appunto la logica del diritto. Nessuna compromissione valutativa quindi. I *principia juris tantum* (coerenza e completezza) non consistono in princìpi assiologici, ma in tesi analitiche, logicamente vere, esterne al diritto positivo (come la matematica nei confronti dei discorsi che si servono di essa), descrittive dell'interna struttura normativa dei sistemi giuridici multilivello, cioè dei moderni ordinamenti. Sono invece interni al diritto positivo i *principia juris et de jure* (ad esempio, l'eguaglianza o il diritto di libertà), che hanno natura assiologica, ma proprio per questo non fanno parte della teoria del diritto. Rispetto a questi ultimi, i *principia juris tantum* si limitano a prescrivere coerenza e completezza, cioè non violazione e piena attuazione, che però nello Stato costituzionale di diritto non possono intendersi come caratteri empirici del diritto in un senso fattuale, bensì rappresentano un compito da realizzare per la giurisprudenza.

Ma in che modo si compie un tale compito? È possibile dare attuazione ai princìpi senza applicare tutti gli strumenti argomentativi necessari?

Il modello di incorporazione scelto da Ferrajoli comporta necessariamente una sottovalutazione di un aspetto in qualche modo caratteristico della positivizzazione dei princìpi, esattamente quello che aveva scoraggiato Kelsen. La presenza di princìpi, che mostrano una natura ambivalente, giuridica e morale, finisce per richiedere dal punto di vista argomentativo un'apertura ai discorsi morali. Restando nella stessa logica del sistema, se la validità va intesa anche in senso materiale, come coerenza di una norma rispetto a quelle a essa superiori in senso materiale, finisce che tra queste norme superiori ve ne siano alcune formulate in modo da includere concetti morali, la cui interpretazione richiede anche forme di ragionamento morale accanto a quelle prettamente giuridiche, come il rispetto del precedente, l'analogia, i canoni interpretativi, gli elementi testuali e via dicendo. Difatti le disposizioni che codificano diritti fondamentali sono solitamente

²⁰ «Non ho poi difficoltà ad ammettere [...] quanto ha affermato Omaggio: che la positivizzazione costituzionale di princìpi come l'uguaglianza e i diritti fondamentali non ne cancella il carattere morale, sicché la loro interpretazione, come egli afferma, "richiede anche forme di ragionamento morale accanto a quelle prettamente giuridiche"», FERRAJOLI 2018, 154. Le (riconosciute) più complesse operazioni di interpretazione e ponderazione necessarie in questi casi non esulano tuttavia dallo spazio di discrezionalità giudiziaria, seppure con un ambito di libertà maggiore rispetto al giudizio ordinario di sussunzione. Sulla difficoltà, nell'ambito del sistema di Ferrajoli, di dare attuazione alle norme programmatiche della costituzione anche in via giurisdizionale, si è soffermato BISOGNI 2018, 379 ss.

formulate in termini generici, indeterminati e connotati in senso valutativo e assiologico. Ferrajoli invece, pur ammettendo che il principio di legalità sostanziale (tratto distintivo del costituzionalismo rispetto al paradigma paleogiuspositivista dello Stato legislativo di diritto) vincola anche la sostanza, cioè i contenuti o significati delle norme prodotte (e non soltanto la forma della produzione normativa) «alla coerenza con i principi e i diritti stabiliti dalla costituzione», non fa i conti fino in fondo con i problemi interpretativi conseguenti alla positivizzazione di un materiale giuridico espresso “per principi”²¹.

Egli, in altri termini, si prefigge come Kelsen di restare su una posizione intransigentemente non cognitivista, seguendo però una strada diversa e oggettivamente più difficile.

Kelsen respinse l'idea di positivizzare pienamente i principi e di argomentare in termini giuridici sulla loro interpretazione e applicazione. Su questo piano egli aveva chiuso i conti definitivamente discutendo con Josef Esser nella sua *Teoria generale della norme*²²: eguagliare i principi alle norme è sempre una trasformazione indebita. Dal fatto che la produzione del diritto in forma generale o individuale (legislazione o giurisdizione) sia influenzata dai principi, nessuno può trarre la conseguenza che questi siano divenuti parte del diritto positivo. Sia che si tratti, come sosteneva Esser, di principi giuridici generali, *rationes legis*, criteri di valutazione o principi di giustizia di un contesto giuridico, sia che questi principi vengano “posti”, positivizzati nelle carte costituzionali. Anzi in quest'ultimo caso il problema, per così dire, si aggrava. A tal proposito Ferrajoli ha ragione nel dire che per Kelsen non basta che una norma sia posta perché diventi norma giuridica positiva. Positive sono soltanto quelle norme, prodotte nel modo stabilito dall'ordinamento, che statuiscono atti coercitivi, perché solo così si distingue nettamente il diritto dalla morale e dalla politica²³.

4. Oltre Kelsen attraverso Kelsen

In che modo dunque Ferrajoli tiene insieme la positivizzazione dei principi e la separazione tra diritto e morale?

La sua proposta è quella di incorporare i principi a partire dal semplice dato di fatto della loro positivizzazione, poggiando il discorso su due basi: le relazioni normative dello Stato costituzionale e il significato logico vincolante delle proposizioni giuridiche. Ciò gli consente di restare nell'ambito di un rigoroso positivismo

²¹ Cfr. il limpido saggio di apertura di FERRAJOLI 2015a, 3 ss. e, spec. II.

²² KELSEN 1979, cap. XXVIII, 182-192.

²³ Positive sono solo quelle norme «statuenti specifici atti coercitivi, che vengono prodotte in un modo determinato dal diritto stesso», KELSEN 1979, cap. XXVIII, 185.

giuridico, anzi di realizzarne un'espansione e un completamento²⁴. Non bisogna credere che, poiché le costituzioni hanno incorporato principi di giustizia di carattere etico-politico, sia per questo «venuto meno il principale tratto distintivo del positivismo giuridico: la separazione tra diritto e morale»²⁵ e che la morale, che prima corrispondeva a un punto di vista esterno al diritto, oggi sia da considerare all'interno del punto di vista giuridico, «nel cuore stesso del diritto positivo», per usare le parole di Habermas²⁶. Anzi, per Ferrajoli, proprio perché il costituzionalismo altro non è che «la positivizzazione dei principi di giustizia e dei diritti umani storicamente affermatasi nelle carte costituzionali»²⁷, vale anche per esso il principio giuspositivista della separazione tra diritto e morale contro ogni forma di legalismo etico.

Il fondamento dei principi risiede unicamente (e tautologicamente) nella positività del diritto storicamente vigente, che come tale potrebbe anche venire a mancare oppure assumere un segno diverso²⁸.

Si deve a Kelsen, come è noto, la descrizione più nitida della prestazione fondamentale della costituzione in un sistema normativistico fondato sul diritto come dato in sé. Quando si cerca il fondamento di validità di una costituzione originaria – scriveva Kelsen –, non derivata da altre norme positive, e si rinuncia a ricondurla a istanze superiori come Dio o la natura umana, possiamo trovare soltanto una norma presupposta (una *Grundnorm*), necessaria a dare un significato oggettivo al senso soggettivo dell'atto costituente e di tutti gli atti produttivi di diritto²⁹. In questo modo essa non rinuncia mai alla propria natura ipotetica: fonda la validità di qualsiasi ordinamento giuridico positivo, senza identificarsi con alcuna delle regole contenute in esse³⁰. Ora, Ferrajoli, che non postula alcuna *Grundnorm*

²⁴ «[...] il costituzionalismo può essere concepito in due maniere opposte. Lo si può concepire come un superamento in senso tendenzialmente giusnaturalista o etico-oggettivista del positivismo giuridico, oppure come una sua espansione e un suo completamento», FERRAJOLI 2010, 2771.

²⁵ FERRAJOLI 2010, 2778.

²⁶ HABERMAS 1988, 36.

²⁷ FERRAJOLI 2010, 2778.

²⁸ Si veda in proposito LA TORRE 2010, 209 ss. Qui si osserva che Ferrajoli rappresenta l'esatto opposto del "giusnaturalismo esclusivo" della Scuola di Sheffield, credendo egli possibile derivare «principi morali ed anzi una completa teoria normativa forte a partire dalla positività dello Stato costituzionale democratico e delle sue categorie giuridiche», LA TORRE 2010, 223. Ora, non v'è dubbio sulla teoria normativa forte: più difficile il discorso riguardante i principi morali, stante la rigida separazione di diritto e morale professata da Ferrajoli. Resta l'aspetto rilevante, opportunamente segnalato da La Torre, del fondamento oggettivo quanto "infondato" della positività del diritto storicamente vigente, affidato a una premessa ipotetica, non giustificabile moralmente: «se accettiamo lo Stato costituzionale, allora ne seguirà tutta la gamma di regole che compongono la teoria di Ferrajoli» (LA TORRE 2010, 223).

²⁹ KELSEN 1960a, 225.

³⁰ KELSEN 1960a, 226 s.: «Non ha qui importanza quale sia il contenuto di questa costituzione e dell'ordinamento giuridico statale su di essa fondato né se questo ordinamento sia giusto o no; non ha importanza neppure se questo ordinamento giuridico garantisce effettivamente una situazione relativamente pacifica

(e che anzi vede in questa formula uno dei punti più deboli dell'intero edificio kelseniano), rispetta il senso più profondo della lezione di Kelsen, riposta in quel valore logico-trascendentale che non si identifica con i "valori" delle costituzioni.

Nella sua prospettiva i principi non sono fondati (né fondabili) eticamente, bensì sono fondati sul piano storico-positivo e sono basati giuridicamente sul carattere sovraordinato alle leggi che lo Stato costituzionale attribuisce loro. Questo è a ben vedere il loro (unico) tratto caratteristico: il fatto che i valori da essi espressi – i diritti fondamentali – sono formulati in norme positive di livello sovraordinato a quello della legislazione ordinaria³¹. Il fenomeno in sé dell'incorporazione dei valori non è affatto una peculiarità dei principi, in quanto avviene di regola anche mediante le leggi ordinarie.

Tuttavia, le costituzioni postbelliche hanno superato il dispositivo ipotetico posto al loro fondamento, dandosi una fisionomia assiologicamente orientata, almeno per quanto riguarda la difesa dei diritti fondamentali. Ad esempio, nella celebre sentenza Lüth del Tribunale Costituzionale tedesco è scritto che la *Grundgesetz* «non vuole essere un ordinamento neutrale per quanto riguarda i valori»³² e che il suo sistema, basato sulla dignità della persona umana, deve valere come decisione fondamentale per tutti gli ambiti del diritto. E non è necessario aderire a un modello assiologico di costituzione o ai canoni dell'interpretazione costituzionale per valori per riconoscere che, accanto ad altre funzioni, le nostre costituzioni democratiche rappresentano la codificazione di alcuni valori basilari dell'ordine politico e giuridico.

Queste costituzioni inoltre esibiscono molto spesso principi esplicitamente proclamati, a differenza di quanto avviene nella legislazione, dove le scelte restano deliberatamente non esplicitate, a tutela della funzione esonerante delle leggi rispetto alle controversie sui fini ultimi. E questa differenza, per quanto Ferrajoli tenda a sottovalutarne la portata, ha un peso rilevante.

È ben vero infatti che anche le leggi ordinarie esprimono scelte di valore, ma vederle proclamate con un linguaggio fortemente intriso di concetti morali e politici non può non determinare nell'interpretazione e nell'applicazione dei principi un ricorso diffuso e impegnativo ad argomenti morali.

Così come è ben vero che, una volta positivizzati, i principi diventano norme giuridiche a tutti gli effetti, ma ciò non toglie che conservino anche un carattere etico-politico, con cui occorre fare i conti al momento della comprensione del loro significato e della valorizzazione delle loro funzioni.

L'argomento kelseniano di re Mida³³, secondo il quale tutto ciò a cui il diritto si

all'interno della comunità da esso regolata. Nel presupporre la norma fondamentale non si approva nessun valore che trascenda il diritto».

³¹ FERRAJOLI 2010, 2786.

³² BVerfGE 7, 198 (1958).

³³ KELSEN 1945, 164.

riferisce diventa diritto, se applicato ai principi, comporta che questi cessino al contempo di essere principi morali. Tale conclusione, cui in buona sostanza Ferrajoli resta legato, contiene però il rischio di una sottovalutazione della complessità del rapporto tra diritto e morale nello Stato costituzionale.

Manca in altri termini, nella prospettiva di Ferrajoli, un esame approfondito dell'eccedenza assiologica dei principi, che chiama in causa i ragionamenti necessari per argomentare in ordine all'attuazione e/o alla violazione dei principi medesimi pur impliciti nel dislivello normativo tra principi costituzionali e leggi ordinarie che lo stesso Ferrajoli riconosce come tratto distintivo dello Stato di diritto costituzionale. In altre parole, dal suo punto di vista, il ruolo critico della scienza giuridica e della giurisdizione nei confronti del diritto illegittimo, conseguenza necessaria del dislivello normativo, pretende che il testo costituzionale (secondo la struttura auspicata per le regole) sia formulato in maniera precisa e inequivoca e che l'ambito di applicazione dei diritti sia ben determinato, in quanto il carattere talora vago e valutativo delle norme costituzionali³⁴, di cui è responsabile la politica ma anche la cultura giuridica, mette a repentaglio i principi della separazione dei poteri e della soggezione dei giudici alla legge e mina l'intero edificio dello Stato di diritto.

Proprio in riferimento «al tipo di ragionamento» che presiede all'applicazione dei diritti fondamentali ad opera della giurisdizione di costituzionalità, Ferrajoli ha ribadito di recente di avere «opinioni assai diverse da quelle di Alexy»³⁵. Al di là dell'eccessiva estensione assegnata alla categoria dei principi dai neocostituzionalisti e da Alexy, i quali non vedono che la maggior parte dei diritti fondamentali sono riconducibili a regole (fatta eccezione per i principi direttivi, come ad esempio l'art. 1 o l'art. 3, 2 comma, della nostra costituzione, per i quali non è identificabile una prescrizione perentoria), la logica del suo sistema richiede che la coerenza o l'incoerenza delle norme sottoposte al sindacato di costituzionalità sia evidenziabile con chiarezza sussuntiva. Altrimenti il ruolo creativo, una volta affidato alle ponderazioni argomentative, finisce per indebolire (anziché rafforzare) la normatività della costituzione, sia ad opera del legislatore, che assegna un diverso peso ai principi, sia per mano dei giudici, che si atteggiano a fonti del diritto³⁶.

³⁴ FERRAJOLI 2010, 2815.

³⁵ FERRAJOLI 2015b, 45.

³⁶ Come è noto, Robert Alexy riformula il concetto di diritto, definendolo come un sistema di norme che avanza una pretesa di giustezza e che consiste «nella totalità delle norme di una costituzione socialmente efficace nelle sue grandi linee e che non sono ingiuste in misura estrema, così come nella totalità delle norme statuite in modo conforme alla costituzione, dotate di un minimo di efficacia sociale o di chance di efficacia»; ma a questa base aggiunge «i principi e gli ulteriori argomenti normativi su cui si basa e/o si deve basare la procedura di applicazione del diritto per assolvere alla pretesa di giustezza», ALEXY 1992, 129. Questa proposta di costituzionalismo “temperato” include nel diritto «tutto ciò su cui l'operatore giuridico nell'ambito di un diritto strutturalmente aperto si basa o si deve basare per assolvere

In definitiva Ferrajoli diffida dell'idea che i diritti fondamentali siano principi anche morali oltre che giuridici, strutturalmente diversi dalle regole, aperti alla ponderazione legislativa e giudiziale e alla connessione interpretativa tra diritto e morale, in quanto considera questi elementi inconciliabili con un costituzionalismo garantista e giuspositivista.

Rimane tuttavia la netta sensazione che la tesi della separazione, in quanto tesi concernente l'individuazione del diritto valido, offra buona prova di sé solo con riferimento alla validità formale, cioè alle condizioni che consentono il riconoscimento di un testo normativo come fonte di diritto. Laddove invece ci si riferisce alla validità sostanziale, intesa come conformità materiale alle norme superiori, «la faccenda si complica»³⁷ e la separazione tra diritto e morale è messa in discussione dal dato ineludibile della confluenza di argomenti morali e argomenti giuridici nell'interpretazione dei principi costituzionali.

alla pretesa di giustizia» (ALEXY 1992, 132), legittimando la presenza di argomenti morali. Quelli esclusi da Hans Kelsen, perché privi di forza prescrittiva e armati di sola razionalità.

³⁷ Per citare PINO 2011, 965 ss. e, spec., 995.

Riferimenti bibliografici

- ALEXYS R. 1992. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997 (ed. or. *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg-München, Karl Alber, 1992, trad. it. di F. Fiore).
- BARBERIS M. 2005. *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Torino, Giappichelli, 2005.
- BARBERIS M. 2012. *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, Mucchi, 2012.
- BISOGLIO G. 2018. *Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli: "auctoritas" o "veritas facit iudicium"?*, in «Diritto & Questioni Pubbliche», XVIII, 2018, 371 ss.
- FERRAJOLI L. 2001. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 55, 2010, 2771 ss.
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- FERRAJOLI L. 2015a. *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.
- FERRAJOLI L. 2015b. *Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy*, in «Rivista di Filosofia del Diritto», 4, 2015, 45 ss.
- FERRAJOLI L. 2016a. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016.
- FERRAJOLI L. 2016b. *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico nella legalità penale*, in «Ars Interpretandi. Rivista di Ermeneutica Giuridica», 5, 2, 2016, 23 ss.
- FERRAJOLI L. 2018. *La logica del diritto e il ruolo della teoria del diritto*, in *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, RICCOBONO F., ROMEO F. (eds.), Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 133 ss.
- HABERMAS J. 1988. *Morale, diritto e politica*, Torino, Einaudi, 1992 (ed. or. *Recht und Moral. The Tanner Lectures on Human Values*, Salt Lake City, Utah University Press, 1988, trad. it. di L. Ceppa).
- KELSEN H. 1928. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 143 ss. (ed. or. *La Garantie juridictionnelle de la constitution (la Justice constitutionnelle)*, in «Revue du Droit Public et de la Science Politique», 35, 1928, 197 ss., trad. it. di C. Geraci).

- KELSEN H. 1931. *Chi deve essere il custode della Costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 253 ss. (ed. or. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in «Die Justiz», 6, 1931, 576 ss., trad. it. di C. Geraci).
- KELSEN H. 1934. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1984 (ed. or. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke, 1934, trad. it. di R. Treves).
- KELSEN H. 1945. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1984 (ed. or. *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves).
- KELSEN H. 1960a. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).
- KELSEN H. 1960b. *Il problema della giustizia*, Torino, Einaudi, 1975 (ed. or. *Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).
- KELSEN H. 1979. *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985 (ed. or. *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzsche Verlags, 1979, trad. it. di M.G. Losano).
- LA TORRE M. 2010. "Finché la società sarà questa". *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico: Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, in «Materiali per una Storia della Cultura Giuridica», 40, 1, 2010, 209 ss.
- OMAGGIO V. 2003. *Teorie dell'interpretazione. Giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003.
- PINO G. 2011. *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 56, 1, 2011, 956 ss.