

DIRITTI E GARANZIE  
NELL'OPERA  
DI LUIGI FERRAJOLI

FABRIZIO MASTROMARTINO



## Diritti e garanzie nell'opera di Luigi Ferrajoli

### Rights and Guarantees in the Work of Luigi Ferrajoli

FABRIZIO MASTROMARTINO

Assegnista di ricerca di Filosofia del diritto, Università Roma Tre

E-mail: [fabrizio.mastromartino@uniroma3.it](mailto:fabrizio.mastromartino@uniroma3.it)

#### ABSTRACT

Il testo si concentra su alcune questioni di dettaglio relative a un tema centrale della teoria del diritto di Luigi Ferrajoli: la distinzione tra diritti e garanzie. Questa tesi, pietra angolare del garantismo di Ferrajoli, pone (almeno) cinque questioni fondamentali: (1) La correlatività tra diritti e doveri implica la loro equivalenza? (2) La distinzione tra diritti e doveri implica la necessità di altrettante disposizioni normative? (3) Che tipo di rapporto d'implicazione sussiste tra diritti e garanzie? (4) Le garanzie sono logicamente predeterminate dai diritti? (5) Chi deve dare attuazione ai diritti? Tenendo conto della loro interrelazione concettuale, su ciascuna singola questione si presenta qualche sintetica annotazione intesa ben più ad avanzare domande che a dare risposte.

The paper focuses on some detailed matters concerning a central topic of Luigi Ferrajoli's theory of law: the distinction between rights and guarantees. This argument, cornerstone of Ferrajoli's *garantismo*, sets (at least) five fundamental issues: (1) Does the correlativity of rights and duties imply their equivalence? (2) Does the distinction of rights and duties imply the necessity of that many legal provisions? (3) What kind of implication exists between rights and guarantees? (4) Are guarantees logically predetermined by rights? (5) Who should implement implement rights? Considering their conceptual interrelationship, the article presents, on each individual issue, some brief notes intended much more to submit questions than to give answers.

#### KEYWORDS

Garantismo, diritti, garanzie, correlatività tra diritti e doveri, Luigi Ferrajoli

*Garantismo*, rights, guarantees, correlativity of rights and duties, Luigi Ferrajoli

# Diritti e garanzie nell'opera di Luigi Ferrajoli

FABRIZIO MASTROMARTINO

1. *Introduzione* – 2. *Diritti e doveri* – 2.1. *La tesi della correlatività tra diritti e doveri* – 2.2. *Diritti e garanzie: cinque questioni fondamentali* – 2.2.1. *La correlatività tra diritti e doveri implica la loro equivalenza?* – 2.2.2. *La distinzione tra diritti e doveri implica la necessità di altrettante disposizioni normative?* – 2.2.3. *Che tipo di rapporto d'implicazione sussiste tra diritti e garanzie?* – 2.2.4. *Le garanzie sono logicamente predeterminate dai diritti?* – 2.2.5. *Chi deve dare attuazione ai diritti?*

## 1. *Introduzione*

Nell'ormai sterminata produzione intellettuale di Luigi Ferrajoli, la cui bibliografia dei soli lavori scientifici ha superato i cinquecento scritti, un posto di rilievo ricopre *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*<sup>1</sup>. Testo pubblicato dall'editore Laterza lo scorso anno, è il primo libro che Ferrajoli dedica interamente all'analisi critica dell'opera di un altro teorico del diritto e della democrazia. Non si tratta evidentemente di un autore qualunque, bensì di un classico dal quale è impossibile prescindere, essendo Kelsen, «quale fondatore della teoria generale del diritto, massimo teorico della democrazia rappresentativa e padre dell'odierno costituzionalismo rigido e accentrato»<sup>2</sup>, un gigante dall'altezza delle cui spalle intere generazioni di studiosi hanno interpretato il presente e immaginato il futuro.

Da subito questo libro mi è sembrato un tentativo – credo peraltro riuscito – di sbarazzarsi di un padre ingombrante, cioè di fare i conti sistematicamente con l'opera di Kelsen per demolirne pezzo dopo pezzo l'impianto concettuale e sostituirvi il proprio lessico, ben più rigoroso in virtù della sua assiomatizzazione. Ora che il patricidio è consumato, piuttosto che tornare per così dire sul luogo del delitto per mettere alla prova la minuziosa disamina dell'opera kelseniana condotta con esemplare rigore da Luigi Ferrajoli, intendo praticare qualche esercizio analitico su uno dei numerosissimi temi affrontati nel libro, forse il più rilevante per Ferrajoli, quantomeno da un paio di decenni: i diritti soggettivi.

Affrontandone solo alcuni specifici aspetti, avverto subito che, in queste poche pagine, non mi cimenterò in una critica delle critiche. Non tenterò, in altri termini, di mettere in discussione le obiezioni che Ferrajoli muove contro Kelsen. Non lo farò essenzialmente per due ragioni. Intanto, perché Ferrajoli è troppo abile nel demolire le tesi altrui mostrandone le incongruenze concettuali – le aporie del sottotitolo del libro. Gran parte delle critiche che Ferrajoli presenta in questo libro trovano peraltro

<sup>1</sup> FERRAJOLI 2016a.

<sup>2</sup> FERRAJOLI 2016a, VI.

riscontro nella sua teoria del diritto, le cui tesi sono elaborate con il massimo rigore fondato sulla loro costruzione assiomatica, che è soprattutto un metodo di controllo attraverso il quale il linguaggio in cui egli formula la propria teoria risulta insuperabilmente sorvegliato, e dunque difficilmente controvertibile se non a costo di misurarsi con l'intero sistema concettuale dell'autore: ciò che in queste poche pagine chiaramente non è possibile neppure iniziare a fare.

La seconda ragione – più importante della prima – è che condivido nel merito gran parte delle critiche. Del resto, queste critiche – se non altro per quanto riguarda la teoria dei diritti soggettivi – non sono nuove. Hanno infatti origini lontane – alcune perfino nella *Teoria assiomatizzata del diritto* del 1970<sup>3</sup> – e sono state affinate nel corso dei decenni grazie ai dibattiti che i libri di Ferrajoli sono stati in grado di suscitare: quello, quasi vent'anni fa, sui diritti fondamentali (2000) e poi soprattutto quello su *Principia iuris* (2007), della cui pubblicazione quest'anno è caduto il decennale.

Altri, spesso severamente critici nei confronti dell'opera di Ferrajoli (penso per esempio a Mario Jori), hanno riconosciuto che la sua concezione dei diritti soggettivi migliora, nel senso che perfeziona, la teoria di Kelsen<sup>4</sup>. Non ho dunque motivo di riconsiderare in questi termini l'importante contributo teorico che gli scritti di Ferrajoli continuano ad offrire relativamente a questo argomento. Voglio invece portare l'attenzione su alcune questioni di dettaglio che attengono tutte a quello che credo sia il tema più fondamentale nell'opera di Ferrajoli: la distinzione tra diritti e garanzie e l'originale riformulazione del loro rapporto<sup>5</sup>. È infatti proprio in questa distinzione che risiede il contrassegno della teoria di Ferrajoli, che è, appunto, una teoria del garantismo, e che, in questi ultimi anni, per evitare di essere confusa sotto la problematica etichetta “neocostituzionalismo”, ha assunto il nome di “costituzionalismo garantista”<sup>6</sup>.

Per quanto nell'ambito della teoria dei diritti soggettivi rappresenti solo un aspetto complementare, il tema di cui mi occupo è comunque molto ampio e altrettanto controverso. Non a caso è uno dei punti più discussi della teoria del diritto di Ferrajoli. Senza alcuna pretesa di completezza, mi limiterò dunque a presentare qualche essenziale annotazione intesa ben più ad avanzare domande che a dare risposte.

## 2. Diritti e doveri

La tesi che ha sollecitato le riflessioni che seguono è questa: Kelsen, secondo Ferrajoli, ricostruisce erroneamente il concetto di diritto soggettivo perché finisce

<sup>3</sup> FERRAJOLI 1970.

<sup>4</sup> Cfr. JORI 2001, 78, ove si dice che la teoria di Ferrajoli costituisce «un perfezionamento critico del paradigma normativistico kelseniano».

<sup>5</sup> In senso analogo, JORI 2001, 77. Ma cfr. anche FERRAJOLI 2007, vol. 1, 96, dove si afferma che «quella [...] della distinzione tra diritti fondamentali e garanzie» è «[la] questione centrale del garantismo».

<sup>6</sup> Si vedano almeno: FERRAJOLI 2010; FERRAJOLI 2013.

per ridurlo alle sue garanzie, primarie e secondarie<sup>7</sup>. Semplificando: in Kelsen, i diritti, da un lato, sono *solo* il riflesso dei doveri corrispondenti; dall'altro, sono identificati *anche* nel potere, in capo al titolare del diritto, di attivare il processo che porta all'applicazione della sanzione in caso di violazione dei doveri corrispondenti<sup>8</sup>. Solo allorché il "diritto riflesso" – in quanto «semplice riflesso di un dovere giuridico»<sup>9</sup> – sia affiancato dal potere, in capo al suo titolare, di far valere il proprio diritto in sede giudiziale, esso può essere chiamato – in senso proprio, o tecnico – "diritto soggettivo"<sup>10</sup>. Ebbene, secondo Ferrajoli, sia che il diritto (soggettivo) sia inteso come mero diritto-riflesso, sia che come diritto-riflesso aggregato al potere di azionarlo, esso finisce per essere, da Kelsen, identificato senza residui nelle sue garanzie: in entrambi i casi, il diritto è ridotto ai doveri corrispondenti.

Non intendo esaminare questo secondo lato della teoria kelseniana dei diritti soggettivi – la tesi che "diritto soggettivo" indichi il diritto-riflesso (del corrispondente dovere) più qualcos'altro (il potere giuridico di azionarlo)<sup>11</sup>. Mi limito unicamente a sottolineare un aspetto problematico della ricostruzione che ne offre Ferrajoli. È certamente vero che Kelsen, come scrive Ferrajoli, confonde il diritto azionato – il diritto che il soggetto leso fa valere rivendicandone la tutela – con il diritto d'azione, il diritto di agire in giudizio, che è un diritto strumentale all'accesso alla giustizia. Nondimeno, questa confusione – appunto del diritto azionato con il diritto d'azione – non pare a rigore tradursi in una immediata riduzione del diritto alla sua garanzia secondaria, ossia – nel lessico di Ferrajoli – «[all']obbligo di un giudice di sanzionare, mediante l'annullamento o la condanna, gli atti invalidi o illeciti nei quali consistono le possibili violazioni delle garanzie primarie»<sup>12</sup>. Affinché questa riduzione si realizzi occorre infatti un passaggio ulteriore e preliminare, che ci riporta al primo lato della tesi, "diritto soggettivo" indica il diritto-riflesso (del corrispondente dovere): la riduzione dello stesso diritto d'azione alla sua propria garanzia, cioè all'obbligo del giudice di applicare la sanzione.

<sup>7</sup> FERRAJOLI 2016a, 43.

<sup>8</sup> FERRAJOLI 2016a, 41-42. Più precisamente, Kelsen ritiene "elemento essenziale" del diritto soggettivo «il potere giuridico attribuito dall'ordinamento giuridico» al soggetto che ne è titolare: «Soltanto quando l'ordinamento giuridico accorda tale potere giuridico ci si trova in presenza di un diritto in senso soggettivo diverso dal dovere giuridico, cioè di un diritto soggettivo *in senso tecnico*, che è costituito dal potere giuridico accordato per far valere l'inadempimento di un dovere giuridico. L'esercizio di questo potere giuridico è l'esercizio di un diritto *in senso proprio*». Cfr. KELSEN 1960, 157-158 (corsivi aggiunti).

<sup>9</sup> KELSEN 1960, 150.

<sup>10</sup> KELSEN 1960, 158: «Con diritto soggettivo non si intende *soltanto* questo potere giuridico, ma *anche* questo potere giuridico in collegamento con il diritto-riflesso» (corsivi aggiunti).

<sup>11</sup> Per questo scopo (qui non perseguito), un buon punto di partenza mi pare l'acuta osservazione di POGGI 2002-2003, 241, secondo cui: «Non è indifferente sostenere che un diritto corrisponda *solo* o *anche* a un dovere altrui: nel primo caso si presuppone che ogni diritto si esaurisca in un dovere altrui, mentre nel secondo si configura il diritto come una situazione complessa, come l'unione di un dovere altrui più qualcos'altro».

<sup>12</sup> Cfr. FERRAJOLI 2016a, 43.

La necessità di questo passaggio mi pare suggerisca che, per analizzare la critica di Ferrajoli al riduzionismo di Kelsen, bisogna partire dalla prima riduzione: cioè dalla riduzione dei diritti ai doveri corrispondenti.

Ora, criticando la tesi di Kelsen (i diritti non sono altro che il riflesso dei doveri corrispondenti), Ferrajoli a prima vista sembrerebbe negare la stessa corrispondenza tra i diritti e i doveri, la tesi della loro reciproca correlatività. Non è così, ovviamente, e questo risulta ben chiaro da quanto scrive lo stesso Ferrajoli, secondo cui «essa è [...] una tesi teorica, condivisa da gran parte della letteratura teorico-giuridica, da Hohfeld a Bobbio, certamente necessaria [...] ai fini di una definizione dei diritti come figure deontiche, cioè come situazioni o posizioni giuridiche soggettive»<sup>13</sup>.

La lettura di questo passo mi ha spinto a rileggere le tante pagine che Ferrajoli ha dedicato a questo argomento. Ne ho ricavato l'impressione che all'indubbia importanza del tema, ai fini della costruzione di una teoria del garantismo, non abbia corrisposto una sua trattazione organica, cioè che, nell'opera di Ferrajoli, la questione del rapporto tra diritti e garanzie, più che essere oggetto di un esame sistematico, abbia trovato spazio e sviluppo soprattutto negli scritti "d'occasione" originati dai dibattiti che la sua teoria del garantismo ha avuto il merito di aprire.

Nel tentativo di ricostruire le tesi di Ferrajoli tenendo conto di questa frammentarietà, tratterò schematicamente due sole (macro)questioni, con esclusivo riferimento agli aspetti che mi paiono più problematici. Innanzitutto, mi soffermerò sul significato della tesi della correlatività tra diritti e doveri. Poi approfondirò le implicazioni della tesi della distinzione tra diritti e garanzie, indagando il rapporto che intercorre tra loro.

### 2.1. *La tesi della correlatività tra diritti e doveri*

Chiedersi qual è il significato della tesi della correlatività tra diritti e doveri equivale a chiedersi innanzitutto qual è il suo statuto epistemologico<sup>14</sup>. Ferrajoli scrive correttamente che si tratta di una tesi che istituisce una "correlazione logica" tra i diritti e i doveri<sup>15</sup>. È insomma una tesi di logica deontica: in Hohfeld si presenta come un assioma<sup>16</sup>; in Ferrajoli è uno dei sedici postulati della sua teoria

<sup>13</sup> Che la tesi della correlatività tra diritti e doveri sia (pressoché) unanimemente condivisa è testimoniato dalla sua riaffermazione recente da parte di un autore le cui posizioni teoriche sono spesso assai distanti da quelle espresse da Ferrajoli. Cfr. ZAGREBELSKY 2017, che parla di «rapporto bi-univoco tra i diritti e i doveri», ivi, 45: «Nel discorso giuridico c'è simmetria tra dritto e dovere: il diritto di uno corrisponde al dovere [...] reciproco di un altro o di tutti gli altri. Lo stesso vale al contrario: al dovere di uno corrisponde il diritto di un altro o di tutti gli altri»; ivi, 99.

<sup>14</sup> Una questione nient'affatto scontata se è vero quello che scrive PEÑA 2009, 79, secondo il quale «de su casi unánime aceptación no se sigue una claridad acerca de la naturaleza de la regla».

<sup>15</sup> Cfr. FERRAJOLI 2016a, 53.

<sup>16</sup> Cfr. CELANO 2001, 47.

assiomatizzata<sup>17</sup>. Qualificare come logica la tesi che afferma la correlatività tra diritti e doveri significa affermare che essi sono correlativi *per definizione*<sup>18</sup>: cioè a prescindere da qualsiasi dato empirico contingente, come, per esempio, la loro effettiva compresenza in un ordinamento giuridico determinato<sup>19</sup>.

Ebbene, quali conseguenze comporta questa stipulazione definitoria dei diritti come correlativi dei doveri (e dei doveri come correlativi dei diritti)? Sul piano concettuale, comporta sicuramente la tesi della loro reciproca implicazione. Scrive infatti Ferrajoli: «non si danno [...], sul piano teorico, aspettative senza obblighi o divieti corrispondenti, e neppure obblighi o divieti senza corrispondenti aspettative»<sup>20</sup>.

Dunque diritti e doveri si implicano reciprocamente, quantomeno sul piano concettuale. Ma se è così, diritti e doveri non sono, in fin dei conti, la stessa cosa? Cioè, non sono tra loro in un rapporto di equivalenza? Esemplificando: il diritto di A di non subire violenza da parte di B non equivale al dovere di B di non usare violenza contro A, e viceversa?

Alcuni pensano di sì: Kelsen, certamente<sup>21</sup>; e probabilmente anche Bobbio, il quale parlava dei diritti e dei doveri come del retto e del verso di una stessa medaglia<sup>22</sup>.

Un'immagine che mi pare più efficace – proposta da Matthew Kramer – è quella del pendio: la correlatività tra diritto e dovere significa che «l'uno è l'altro [cioè il diritto è il dovere] da un diverso punto di vista, così come un pendio è una salita se guardato dal basso [mentre è] una discesa se guardato dall'alto»<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> Esattamente il postulato P<sub>3</sub>: «Se di qualcosa esiste l'aspettativa della commissione, allora esiste anche una corrispondente modalità in forza della quale non ne è permessa l'omissione, e viceversa». In FERRAJOLI 2007, vol. 1, 153 e vol. 3, 22. Con riferimento alla tesi della correlatività tra diritti e doveri, il postulato P<sub>3</sub> è richiamato anche da BACCELLI 2012, 20.

<sup>18</sup> Cfr. KRAMER 2000, 24: «Per Hohfeld, diritti e doveri – tanto quanto gli elementi di ciascuna delle altre tre coppie di posizioni giuridiche – sono sempre correlativi *per definizione*». Analogamente, cfr. BARBERIS 2014, 82.

<sup>19</sup> Cfr. FERRAJOLI 2016a, 54. Analogamente, KRAMER 2000, 22, osserva che lo schema hohfeldiano «non è [...] esposto [...] a confutazioni empiriche»: criticare la tesi della correlatività – con cui si definiscono i diritti attraverso i doveri, e viceversa – adducendo «contro-esempi empirici è un'impresa tanto inutile quanto lo è addurre contro-esempi empirici alla proposizione per cui tutti gli scapoli sono non sposati»; ivi, 24.

<sup>20</sup> FERRAJOLI 2007, vol. I, 194.

<sup>21</sup> Cfr. KELSEN 1960, 155: «questo diritto dell'uno non [è] che il dovere – di un altro, o di tutti gli altri – di comportarsi in un certo modo nei riguardi del primo».

<sup>22</sup> Cfr. BOBBIO 1990, 55: «Con una metafora usuale si può dire che diritto e dovere sono come il retto e il verso di una medaglia. Ma qual è il retto, quale il verso? Dipende dalla posizione da cui guardiamo la medaglia». Anche BOBBIO 1994, 199: diritto e dovere sono «concetti conversi»; «dire che Tizio ha un obbligo nei riguardi di Caio equivale a dire che Caio ha un diritto nei confronti di Tizio». Cfr. anche BARBERIS 2014, 82: «i diritti di un soggetto [...] non sono altro che i doveri [...] di un altro soggetto».

<sup>23</sup> KRAMER 2000, 24 (corsivi aggiunti). Kramer esprime l'equivalenza tra diritto e dovere anche così: «L'esistenza di uno è condizione necessaria e sufficiente dell'esistenza dell'altro»; ivi, 26. Non analizzo qui la critica, della formulazione hohfeldiana della tesi della correlatività, rivolta da Neil MacCormick in particolare in MACCORMICK 1977, 189-209, secondo cui la tesi della priorità giustificativa dei diritti sui doveri – cioè la tesi per la quale sono i diritti a giustificare (l'imposizione de)i doveri, e non viceversa – confuterebbe, perché con questa incompatibile, la tesi della loro reciproca correlatività. Una sua efficace

## 2.2. *Diritti e garanzie: cinque questioni fondamentali*

Fin qui ho parlato del piano strettamente concettuale, cioè il piano della logica deontica. Se ci spostiamo sul piano giuridico, il discorso si fa molto più insidioso.

Con riferimento agli ordinamenti giuridici positivi, si possono porre (almeno) cinque questioni fondamentali: (1) La correlatività tra diritti e doveri implica la loro equivalenza? (2) La distinzione tra diritti e doveri implica la necessità di altrettante disposizioni normative? (3) Che tipo di rapporto d'implicazione sussiste tra diritti e garanzie? (4) Le garanzie sono logicamente predeterminate dai diritti? (5) Chi deve dare attuazione ai diritti?

Queste domande pongono tutte problemi molto complessi che meriterebbero una riflessione approfondita e che qui pertanto non possono trovare adeguata soluzione. Nelle pagine che seguono, mi limito solo a presentare qualche sintetica annotazione su ciascuna singola questione, tenendo conto della loro interrelazione concettuale.

### 2.2.1. *La correlatività tra diritti e doveri implica la loro equivalenza?*

Una prima questione riguarda il principale punto di dissenso tra Ferrajoli e Kelsen: la riducibilità o l'irriducibilità dei diritti ai doveri (e viceversa); la loro equivalenza o, all'opposto, la loro distinguibilità.

Ferrajoli riporta alcuni significativi passi di Kelsen, secondo cui il diritto (soggettivo) «non è altro che il correlativo di un dovere»<sup>24</sup>. Questa correlatività, che si esplica nella reciproca implicazione logica di diritti e doveri, significa – sembra affermare Kelsen – che tra diritti e doveri si dà un rapporto di equivalenza, ossia che i primi si identificano nei secondi e viceversa, cioè che gli uni – come nell'immagine del pendio sopra richiamata<sup>25</sup> – (non) sono (che) gli altri guardati da una diversa prospettiva. In altri termini ancora, il diritto – per esempio – di fare x consiste nella medesima situazione giuridica che, vista da una diversa posizione, si identifica nel dovere di non impedire di fare x, e viceversa<sup>26</sup>.

confutazione è in KRAMER 2000, 26: «Proprio come la direzione discendente di un pendio non è logicamente [...] precedente alla sua direzione ascendente, un dovere non è logicamente [...] precedente al diritto al quale è correlato». «Occorre distinguere “la correlatività giustificativa” dalla “correlatività concettuale”; in altri termini vanno distinti due livelli diversi di “priorità”: il livello della precedenza sul piano della giustificazione e il livello della precedenza sul piano concettuale (entro un sistema normativo)»; ivi, 37. «Questi due piani sono distinti e vanno mantenuti tali»; ivi, p. 38. «L'Assioma di Correlatività stipula un nesso *logico* [...] di reciproca implicazione tra diritti e doveri, distinto dal nesso di parità sul piano della giustificazione»; ivi, 40.

<sup>24</sup> KELSEN 1945, parte I, cap. VI, C, a, 77.

<sup>25</sup> V. § 2.1.

<sup>26</sup> KELSEN 1960, 150: «Se si parla in questo caso di un diritto soggettivo o della pretesa di un individuo, come se questo diritto e questa pretesa fossero qualcosa di diverso dall'obbligazione dell'altro o degli altri,



È la tesi espressa anche da Bobbio quando scrive che diritto e dovere costituiscono modalità alternative di presentazione di un'unica situazione giuridica: «lo stesso significato normativo – afferma Bobbio – può essere espresso con due enunciati diversi»<sup>27</sup>. Ed è la stessa tesi formulata da Ross, secondo cui diritto e dovere esprimono un'unica situazione giuridica e si distinguono solo apparentemente per il fatto che allorché tale situazione sia formulata in termini di dovere è guardata dalla prospettiva del soggetto sul quale grava la posizione sfavorevole, mentre quando sia formulata in termini di diritto è guardata dalla prospettiva del soggetto che gode della posizione favorevole<sup>28</sup>.

A queste tesi Ferrajoli obietta che il postulato della correlatività non implica affatto l'equivalenza o l'indistinguibilità di diritto e dovere. La loro reciproca correlatività non cancella, ma piuttosto mette in luce la loro diversità: si tratta infatti – scrive Ferrajoli – non già di un'unica situazione (o posizione) giuridica ma «di due situazioni [...] diverse, se non altro perché ne sono titolari due diversi soggetti»<sup>29</sup>. La correlatività tra le due situazioni definisce il tipo di rapporto giuridico che sussiste tra questi. Ciò che le due distinte situazioni, in capo ad altrettanti soggetti, «hanno in comune» – spiega Ferrajoli – è unicamente «il medesimo comportamento» (oggetto o argomento<sup>30</sup>), che è «qualificato dall'una come preteso e dall'altra come dovuto»<sup>31</sup>.

### 2.2.2. *La distinzione tra diritti e doveri implica la necessità di altrettante disposizioni normative?*

Ora, se ammettiamo, convenendo con Ferrajoli, che diritti e doveri (cioè diritti e garanzie) consistano in situazioni soggettive distinte, possiamo chiederci: queste due diverse, ma logicamente correlative, situazioni devono necessariamente essere statuite da disposizioni distinte?

Per esempio, l'art. 575 del c.p., che qualifica l'omicidio come reato, non stabilisce anche implicitamente il correlativo diritto alla vita?<sup>32</sup> E, per fare un esempio opposto

si crea il miraggio di due situazioni giuridicamente rilevanti, allorché la situazione è una soltanto».

<sup>27</sup> Cfr. BOBBIO 1994, 199.

<sup>28</sup> Cfr. ROSS 1958, par. 36, 165: «[i]l concetto di diritto soggettivo significa che *la* situazione giuridica è vista nella prospettiva della persona che esso favorisce» (corsivo aggiunto).

<sup>29</sup> Cfr. FERRAJOLI 2016a, 52, in nota.

<sup>30</sup> Cfr. FERRAJOLI 2013, 113: i diritti soggettivi «hanno come argomenti e come riferimenti empirici comportamenti determinati, che sono esattamente gli stessi che formano gli argomenti e i riferimenti empirici delle loro garanzie: la *non-lesione* dei diritti di libertà, cui corrisponde il relativo divieto, e la *soddisfazione* dei diritti sociali cui corrisponde il relativo obbligo in capo ai pubblici poteri».

<sup>31</sup> Cfr. FERRAJOLI 2013, 113. L'osservazione di Ferrajoli vale ovviamente anche con riguardo alle altre posizioni giuridiche in rapporto logico (di reciproca correlatività) dello schema hohfeldiano. Si pensi, per esempio, alla libertà (intesa in senso bilaterale): essa è altra cosa dal non diritto di terzi? L'argomento dell'una e dell'altro è il medesimo comportamento, che è qualificato dall'una come permesso (di commetterlo o di ometterlo) e dall'altro come non preteso.

<sup>32</sup> Non mi è chiaro se Ferrajoli concordi con PINTORE 2011, 149, secondo cui: «Il divieto di uccidere un indivi-

(invece che dalla garanzia al diritto, dal diritto alla garanzia), l'art. 16 Cost., che stabilisce la libertà di circolazione e dunque – intendendo la libertà di circolazione come una proiezione della libertà personale – anche il mio diritto di non esserne impedito, non stabilisce anche il dovere di tutti gli altri di non impedirmi di muovermi?

E ancora: l'art. 32, secondo comma, Cost., che dispone che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge» – che comunque «non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» –, non implica anche il dovere di tutti gli altri di non costringermi a sottopormi a un trattamento sanitario che non abbia consensualmente accettato? L'art. 624 del c.p., infine, che qualifica il furto (della cosa mobile altrui) come reato, non stabilisce anche la correlativa inviolabilità della proprietà?

Concettualmente, insomma, sembra esservi un'evidente implicazione logica tra diritti e garanzie, che esplica se non altro la loro equivalenza funzionale<sup>33</sup>. Servono davvero disposizioni distinte per statuire gli uni e le altre? Se, come sembra, in alcuni casi è sufficiente una sola disposizione – dalla cui interpretazione possono trarsi sia la norma permissiva (che sancisce il diritto) che la norma imperativa (che stabilisce il dovere), una delle quali implicita<sup>34</sup> – ciò è compatibile con la tesi, presentata nel paragrafo che precede, per la quale diritto e dovere individuano non già una ma due situazioni giuridiche distinte?

### 2.2.3. *Che tipo di rapporto d'implicazione sussiste tra diritti e garanzie?*

Se poi ammettiamo, con Ferrajoli, che per stabilire diritti e corrispondenti doveri servano disposizioni distinte – pena l'incompatibilità della tesi opposta con la stessa distinzione tra diritti e garanzie – possiamo chiederci: in che rapporto sono i significati normativi di queste disposizioni?

Rispetto alla tesi della correlatività, come implicazione logica reciproca di diritti e doveri, Ferrajoli osserva che il dissenso da Kelsen riguarda «la configurazione di questa implicazione [...] come (puramente) descrittiva anziché (anche) normativa»<sup>35</sup>.

duo umano non attesta affatto che costui sia titolare di un diritto soggettivo alla vita, qualora tale diritto non sia riconosciuto espressamente o sia altrimenti ritenuto ricavabile dall'ordinamento: è il caso dello schiavo».

<sup>33</sup> Nel senso in cui sembra esprimersi CHIASSONI 2009, 361: «Le norme ascrivitive di diritti, in quanto norme che ascrivono *diritti-riflessi*, non sono *funzionalmente* distinguibili dalle norme in funzione imperativa, che ascrivono obblighi o doveri giuridici» (corsivo aggiunto).

<sup>34</sup> È possibile peraltro che la questione si ponga esclusivamente per il passaggio dal diritto alla garanzia e non viceversa. Ferrajoli infatti scrive che, in base alla «correlazione che sempre sussiste tra aspettative e corrispondenti obblighi o divieti», «un diritto [...] esiste tutte le volte che ricorre, nell'interesse del suo titolare, un corrispondente obbligo di prestazione o un corrispondente divieto di lesione»; sì che «diritti soggettivi sono non solo quelli nominativamente previsti come tali, ma anche tutte le aspettative di non lesione o di prestazione generate, a tutela di interessi dei loro titolari, dall'esistenza dei relativi doveri di prestazione o di non lesione». Cfr. FERRAJOLI 2007, vol. I, 651.

<sup>35</sup> Cfr. FERRAJOLI 2001, 163.

Ho l'impressione però che questa precisazione, esplicitamente critica verso Kelsen e, almeno nelle intenzioni dell'autore, esplicativa della propria diversa concezione, non sia del tutto idonea a servire lo scopo.

Al fine di comprendere il tipo di implicazione che collega diritti e garanzie, credo occorra distinguere tre diversi piani: logico, ontico (od ontologico) e normativo (o deontico)<sup>36</sup>.

Affermare la sussistenza di un rapporto d'implicazione *logico* tra diritti e doveri equivale ad affermare che diritti e doveri si definiscono reciprocamente: i diritti in termini di doveri; i doveri in termini di diritti<sup>37</sup>.

Affermare la sussistenza di un rapporto d'implicazione *ontico* tra diritti e doveri equivale ad affermare che l'esistenza dei diritti implica l'esistenza dei doveri: allorché un diritto sia stabilito da una norma giuridica vi è una norma che statuisce il corrispondente dovere, e viceversa.

Affermare, infine, la sussistenza di un rapporto d'implicazione *normativo* equivale ad affermare che l'esistenza dei diritti obbliga (impone giuridicamente) di statuire i doveri corrispondenti: allorché un diritto sia stabilito da una norma giuridica vi *deve essere* una norma che statuisce il corrispondente dovere.

Stando al passo citato – ove si qualifica questa implicazione oltre che «(pura-mente) descrittiva [...] (anche) normativa» – Ferrajoli sembrerebbe affermare la sussistenza dell'implicazione su tutti e tre i diversi piani (dato che Ferrajoli fa sua la tesi della correlatività *logica* tra diritti e doveri). Ma se analizziamo le due grandi classi in cui Ferrajoli distingue i diritti soggettivi – patrimoniali e fondamentali – questa si rivela un'impressione sbagliata.

Se guardiamo ai diritti patrimoniali, l'implicazione, oltre che logica, è soltanto (anche) ontica. I diritti patrimoniali, infatti, in tanto vengono ad esistenza in quanto – simultaneamente – vengono ad esistenza i doveri corrispondenti, e viceversa (si consideri il solito esempio del diritto di credito, che non a caso – ha ripetuto più volte Ferrajoli – è l'unico esempio che Kelsen riporta a sostegno della tesi dell'identificazione dei diritti con i doveri): rispetto ai diritti patrimoniali, l'esistenza dei diritti implica l'esistenza dei doveri corrispondenti, e viceversa.

Se guardiamo ai diritti fondamentali, l'implicazione è invece soltanto (anche) normativa. Anche tra i diritti fondamentali e le loro garanzie sussiste un rapporto d'implicazione logica reciproca<sup>38</sup> (sempre in forza del suo carattere *definitorio*, con cui gli uni sono identificati logicamente negli altri, e viceversa)<sup>39</sup>. Mentre

<sup>36</sup> Questa chiarificazione mi pare necessaria, anche in considerazione delle letture non univoche che la tesi ha suscitato. Cfr., tra gli esempi più recenti: BACCELLI 2012, 25; GRECO 2014, 137-138 e soprattutto FERRARO 2016, 38.

<sup>37</sup> V. § 2.1.

<sup>38</sup> Ma si ricordi il passo riportato alla nt. 34.

<sup>39</sup> Ma si veda sul punto il § 2.2.4., dove la questione del rapporto d'implicazione logica tra diritti fondamentali e garanzie è trattata più analiticamente.

l'implicazione non è (anche) ontica, perché – come si è detto nel paragrafo che precede – secondo Ferrajoli la previsione normativa di un diritto non implica l'esistenza della previsione normativa del dovere corrispondente, e viceversa. L'implicazione è invece (anche) normativa, nel senso che la statuizione di un diritto (cioè la sua esistenza) implica non già il dovere corrispondente (altrimenti sussisterebbe un rapporto ontico) ma unicamente l'obbligo di istituire il dovere corrispondente: in altri termini, l'esistenza dei diritti non implica ma *deve* implicare l'esistenza dei doveri corrispondenti (scrive Ferrajoli: «se [un diritto soggettivo] è dettato da una norma giuridica [...] la garanzia *deve essere* introdotta»<sup>40</sup>)<sup>41</sup>.

Se questa analisi è corretta, sembra che, rispetto ad entrambe le classi di diritti, possa parlarsi di un solo, e diverso, rapporto d'implicazione (oltre a quello logico): ontico, per i diritti patrimoniali; normativo, per i diritti fondamentali.

Una lettura convincente della tesi di Ferrajoli, per ciò che attiene ai diritti fondamentali, mi pare quella proposta da Riccardo Guastini, secondo cui nella teoria del garantismo di Ferrajoli «le relazioni di implicazione logica tra norme [...] sono giuridicamente irrilevanti»<sup>42</sup>. In forza del principio di legalità, le norme vengono a far parte dell'ordinamento giuridico solo se poste da un atto normativo. Sì che possiamo trarre concettualmente tutti i doveri correlativi che vogliamo dalla norma che stabilisce un diritto, ma affinché questi doveri siano qualificabili come garanzie è necessario che l'autorità competente li statuisca giuridicamente.

#### 2.2.4. *Le garanzie sono logicamente predeterminate dai diritti?*

Ora, se conveniamo con Ferrajoli sulla tesi per cui l'esistenza delle garanzie richiede la loro statuizione normativa, possiamo chiederci: cosa deve statuire esattamente l'autorità competente per stabilire le garanzie?<sup>43</sup>

Se manteniamo fermo l'assunto secondo il quale diritti e doveri sono correlativi per definizione – sì che tra loro vi è un rapporto di reciproca implicazione logica –, sembrerebbe a prima vista che l'attuazione dei diritti, cioè la predisposizione normativa delle loro garanzie, possa risolversi in un passaggio “meccanico” e, per così dire, logicamente prevedibile. Come noto, Anna Pintore ha più volte criticato questa rappresentazione del linguaggio dei diritti come ingenua, irrealistica o, peggio, illusoria: anziché essere soggetti all'amministrazione dei poteri legislativi (con tutte le incognite che ne derivano), i diritti apparirebbero come meramente “autoesecu-

<sup>40</sup> Cfr. FERRAJOLI 2007, vol. I, 199.

<sup>41</sup> Sullo statuto di questo rapporto d'implicazione tra i diritti e quelle che Ferrajoli ha chiamato garanzie “di secondo grado” o “deboli” o “meta-obblighi” si tornerà *infra*, § 2.2.5.

<sup>42</sup> Cfr. GUASTINI 2011, 116.

<sup>43</sup> Ci si può chiedere anche: qual è l'autorità “competente” a predisporre giuridicamente le garanzie? Per alcuni spunti al riguardo, v. § 2.2.5.

tivi”<sup>44</sup>; la loro garanzia sarebbe «qualcosa di già iscritto nella formulazione normativa» dei diritti<sup>45</sup>, nulla più che «frutto di *deduzione*» dalla loro enunciazione<sup>46</sup>.

La critica di Pintore, che a mio avviso è fuori bersaglio<sup>47</sup>, è utile per approfondire altre implicazioni del costituzionalismo garantista di Ferrajoli.

Per chiarire la portata del compito affidato al potere legislativo per l’attuazione dei diritti, Ferrajoli ha più volte richiamato l’esempio del diritto alla salute, ex art. 32 Cost. primo comma, che sancisce il dovere in capo alla Repubblica di assicurarlo a tutti garantendo «cure gratuite agli indigenti». Secondo Ferrajoli le garanzie di questo diritto vengono ad esistenza solo allorché «di tale dovere siano identificati e istituiti, da più specifiche norme, gli apparati istituzionali che ne sono imputati e che di tali apparati siano esattamente definite funzioni e competenze»<sup>48</sup>. Serve insomma una complessa legislazione di attuazione che – scrive Ferrajoli – «non [è] certo *derivabile* dall’enunciazione del dovere della Repubblica» in Costituzione<sup>49</sup>.

Ma in che senso non è derivabile?

Come si è detto nel paragrafo che precede, tra i diritti fondamentali, come quello alla salute, e le loro garanzie sussiste un rapporto d’implicazione logico e normativo. Il fatto che i diritti siano in rapporto d’implicazione normativo, non già con i correlativi doveri di primo grado, gli obblighi e i divieti corrispondenti, ma con il dovere di secondo grado di statuirli, non comporta affatto che tra i diritti e gli obblighi e i divieti corrispondenti non sussista altresì il rapporto d’implicazione logica che esplica la loro reciproca correlatività<sup>50</sup>: ciò che non si dà è il rapporto d’implicazione ontico, che contrassegna invece i diritti patrimoniali.

<sup>44</sup> Cfr. PINTORE 2001, 190; PINTORE 2003, 103-104.

<sup>45</sup> PINTORE 2016, 14.

<sup>46</sup> PINTORE 2001, 191.

<sup>47</sup> Ho provato a difendere il costituzionalismo garantista di Ferrajoli da (alcune di) queste critiche in MASTROMARTINO 2010. Ho sostenuto che quella elaborata da Ferrajoli – all’opposto di quanto sostiene Pintore – è la proposta di un costituzionalismo *engagé* che – per usare una dicotomia di LUCIANI 2006, 1668 – polemizza direttamente con il potere «rifuggendo dai rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione». Questa lettura critica dell’opera di Ferrajoli mi pare oggi suffragata dalla battaglia culturale che, con il rigore e l’impegno civile che contraddistinguono la sua attività intellettuale, Luigi Ferrajoli sta portando avanti contro il cosiddetto “creazionismo giudiziario” in difesa del principio illuminista della separazione dei poteri. Al riguardo, si veda almeno FERRAJOLI 2016b. Ma inequivocabili avvisaglie delle posizioni esplicitamente espresse in questi ultimi anni sono presenti già, almeno, in FERRAJOLI 2007, Vol. II, 80, dove Ferrajoli, parlando della «crisi della democrazia costituzionale», paventava una «regressione a un diritto giurisprudenziale di tipo premoderno». Si legga anche l’icastica affermazione presente in FERRAJOLI 2014a, 123: «[i] miei critici mi accusano talora di svalutare il ruolo della politica, figuriamoci. È *dalla politica che dipende l’intera costruzione della democrazia*» (corsivo aggiunto). Un’affermazione, questa, perfettamente coerente con quanto è scritto in FERRAJOLI 2007, vol. II, 222-223: «La strada maestra e il più delle volte obbligata per far fronte all’illegittimità delle lacune resta [...] quella della legislazione di attuazione. Ciò vuol dire che la costituzione è sempre un progetto normativo in larga parte incompiuto, che richiede di essere progressivamente adempiuto dalle funzioni di governo».

<sup>48</sup> FERRAJOLI 2011a, 255.

<sup>49</sup> FERRAJOLI 2011a, 255. Al riguardo, altre utili indicazioni si possono leggere in FERRAJOLI 2001, 160-161.

<sup>50</sup> Come invece sembra affermare PINTORE 2016, 7.

Ebbene, stante la «correlazione che – scrive Ferrajoli – *sempre* sussiste tra aspettative e corrispondenti obblighi o divieti», cosa vuol dire che la garanzia non è derivabile dal diritto corrispondente?<sup>51</sup>

L'intervento del legislatore, affinché possa parlarsi di attuazione dei diritti, dovrà pur sempre statuire doveri concettualmente correlati al diritto che si intende attuare, pur con tutti gli spazi di discrezionalità che caratterizzano ben più il potere politico che quello giudiziario. Per rimanere all'esempio richiamato da Ferrajoli, la distanza che vi è tra il diritto alla salute e l'istituzione del Servizio Sanitario Nazionale non testimonia affatto che diritti e garanzie siano concettualmente irrelati: piuttosto, dipende banalmente dal fatto che il diritto alla salute – come sono tipicamente i diritti enunciati nelle disposizioni dei testi costituzionali – è formulato in modo vago e/o indeterminato mentre le garanzie che richiede per la sua piena attuazione sono assai specifiche.

Intendo dire che, con tutta evidenza, un diritto generale, come quello alla salute, non è *logicamente* correlato ad alcun dovere specifico<sup>52</sup>. Nondimeno, le specifiche garanzie predisposte dalla legislazione di attuazione non possono che essere *logicamente* correlate ad altrettanti specifici diritti che, desunti mediante un processo di sempre più intensa determinazione dal diritto generale alla salute, ne precisano nel dettaglio il contenuto<sup>53</sup>. Tra i significati normativi concatenati in questo processo di specificazione, dal generale al particolare, possono darsi sia nessi logico-deduttivi che connessioni meramente concettuali e interpretative<sup>54</sup>. In ogni caso, sono i nessi che porta alla luce l'argomentazione razionale e che esplicano la correlatività logica tra i diritti e i doveri.

<sup>51</sup> FERRAJOLI 2007, vol. I, 651 (corsivo aggiunto).

<sup>52</sup> Analogamente cfr. KRAMER 2000, 42 e 43: «[1]'Assioma di Correlatività punta alle [singole] correlazioni uno-a-uno tra diritti e doveri sullo *stesso* grado di specificità. Non si dirige alle correlazioni tra diritti e doveri su gradi *diversi* di specificità, e anzi le esclude – perché esige che un diritto abbia il medesimo contenuto e dunque lo stesso grado di specificità del dovere cui il diritto è correlato. Quindi, per esempio, il diritto generale di X di essere libero da intrusioni nella propria privacy da parte di Y sarà correlato solo al generale dovere di Y di astenersi dal violare la privacy di X; non sarà correlato ai doveri specifici che sono imposti a Y in conseguenza del dovere generale. In tal senso, il diritto generale di X non è collegato ad alcuno specifico dovere né ad alcun insieme di doveri specifici»; «il diritto astratto è correlato soltanto a un dovere astratto, mentre ogni dovere concreto è correlato solo al corrispondente diritto concreto».

<sup>53</sup> Ha dunque senz'altro ragione Pintore quando scrive che: «[p]oiché predisporre le loro garanzie (in particolare quelle primarie) equivale a determinare il contenuto dei diritti, il problema dell'attuazione dei diritti è, in primo luogo e in via preliminare, un problema di loro determinazione. Con uno slogan, si potrebbe dire che non c'è attuazione senza determinazione». Cfr. PINTORE 2016, 15.

<sup>54</sup> Che tipo di nesso è quello che sussiste tra la generale libertà di opinione e l'accesso al web? E tra la libertà di coscienza e l'obiezione di coscienza? E tra l'integrità psico-fisica e l'immunità da torture? etc. Pur lasciando aperte queste domande, non trovo del tutto convincente quanto scrive KRAMER 2000, 43: «[p]er esempio, il diritto generale di ciascuno di essere libero da intrusioni nella propria privacy da parte di funzionari governativi può essere alla base del conferimento di un diritto più specifico di essere libero dal controllo del proprio telefono da parte dei funzionari. In questa situazione, i rapporti tra il diritto astratto e il diritto concreto *non sono logici* ma piuttosto in parte strumentali e in parte esplicativi o interpretativi».

### 2.2.5. Chi deve dare attuazione ai diritti?

Un'ultima questione che merita qui di essere discussa, per quanto sinteticamente, è quella che riguarda il rapporto tra i diritti fondamentali e la loro garanzia (da Ferrajoli detta) “debole”, consistente nell’obbligo di predisporre giuridicamente le loro garanzie primarie e secondarie.

Per concludere questo schematico esame delle principali domande che solleva la tesi centrale del garantismo di Ferrajoli (la distinzione tra diritti e garanzie), possiamo chiederci allora: che tipo di rapporto è questo? Che genere d’implicazione collega i diritti all’obbligo della loro attuazione? E su chi grava quest’obbligo? Esso – scrive Ferrajoli – è «*parimenti correlativo al diritto*» soggettivo di cui rappresenta la garanzia debole. Possiamo allora domandarci: in che senso la garanzia debole è correlativa ai diritti fondamentali?

Ebbene, provando a orientarsi tra tutti questi quesiti, si può escludere con certezza che tra diritti fondamentali e garanzia debole si dia un rapporto d’implicazione normativo (che invece i diritti fondamentali intrattengono con le loro garanzie forti – gli obblighi e i divieti corrispondenti – in un certo senso proprio *attraverso* l’obbligo della loro attuazione). Si potrebbe forse dire che la “meta-garanzia” in cui consiste l’obbligo di attuazione è, al limite, in rapporto normativo non già, appunto, con i diritti fondamentali ma con le fonti di cui, essendone la garanzia (“forte”), essa esplica la normatività (la Costituzione per i diritti costituzionali, la legge per i diritti legislativi)<sup>55</sup>.

E proprio in forza della normatività che caratterizza qualsiasi fonte giuridica rispetto ai livelli normativi inferiori (per la gerarchia materiale in cui sono ordinati<sup>56</sup>), tra diritti e meta-garanzia sembra esservi un rapporto d’implicazione ontico<sup>57</sup>. Afferma infatti Ferrajoli che «la mancanza di garanzie legislative primarie e secondarie [non] equivale alla mancanza di qualunque obbligo correlativo» ai diritti: «un obbligo *esiste*: è l’obbligo di introdurre le garanzie legislative corrispondenti ai diritti stabiliti»<sup>58</sup>.

Tuttavia, lo statuto di questo rapporto appare sotto certi aspetti ambiguo. L’esistenza che si predica in relazione ai diritti è la medesima predicata in relazione all’obbligo della loro attuazione? Se da un lato Ferrajoli ripete che «esiste l’obbligo

<sup>55</sup> So bene che Ferrajoli riferisce il problema dell’attuazione dei diritti fondamentali ai soli diritti (fondamentali) stabiliti a livello costituzionale. Ma la sua definizione non esclude, e anzi evidentemente ammette, diritti fondamentali statuiti *esclusivamente* dalla legge. Non mi occupo qui dei problemi che sotto questo aspetto pone la definizione di Ferrajoli. Al riguardo, condivido gran parte delle critiche mosse in PINO 2014a, specie par. 2.2. Vi accenno comunque poco più avanti.

<sup>56</sup> Sul concetto di “gerarchia materiale”, si veda almeno PINO 2014b, specie 27-29.

<sup>57</sup> Cfr. FERRAJOLI 2007, vol. I, 695, dove di questa garanzia debole si parla nei termini di un «dovere di una *legislazione di attuazione* che le norme delle costituzioni impongono al legislatore ordinario e che altro non è che la loro stessa normatività».

<sup>58</sup> Cfr. FERRAJOLI 2013, 69 (corsivo aggiunto).

costituzionale» di attuare i diritti (costituzionali)<sup>59</sup>, d'altro lato scrive che esso, oltre che “giuridicamente imposto”, è altresì «logicamente implicato da quelle aspettative passive nelle quali consistono tutti i diritti fondamentali»<sup>60</sup>: precisamente, si tratta di una «garanzi[a] costituzional[e] implicit[a] nella stipulazione costituzionale di principi o diritti fondamentali», che pertanto non è prevista da alcuna norma giuridica espressa<sup>61</sup>. Insomma, non pare chiaro se la stipulazione dei diritti fondamentali implichi (soltanto) *logicamente* l'obbligo della loro attuazione o se ne implichi in qualche senso da determinare l'esistenza<sup>62</sup>.

In ogni caso – che il rapporto d'implicazione sia ontico e/o logico<sup>63</sup> – esso discende dalla normatività della fonte in cui i diritti sono statuiti (la Costituzione o la legge). Poiché, secondo la definizione stipulata da Ferrajoli, “diritto fondamentale” è qualsiasi diritto soggettivo non patrimoniale, indipendentemente dalla sua posizione nell'ordine gerarchico delle fonti, possiamo dire che se un diritto fondamentale è sancito giuridicamente vi è l'obbligo di attuarlo in capo all'organo la cui funzione legislativa è subordinata alla fonte di produzione del diritto statuito: ogni diritto fondamentale, sia esso di fonte costituzionale o legislativa, corrisponde l'obbligo della sua attuazione, che per i diritti costituzionali grava sull'organo legislativo mentre per i diritti legislativi incombe sull'organo amministrativo.

Non considerare, come fa Ferrajoli, l'obbligo di attuazione dei diritti di fonte (esclusivamente) legislativa non appare del tutto compatibile con la sua definizione di “diritto fondamentale”. Come l'inattuazione legislativa (dei diritti costituzionali) anche l'inattuazione amministrativa (dei diritti legislativi) può comportare lacune “strutturali” nel senso di Ferrajoli<sup>64</sup>. L'unica differenza tra le due forme di inattuazione – per quanto non di poco conto ma comunque non dirimente – sta nel fatto che in relazione ai diritti legislativi è proceduralmente più semplice rimediare. Se l'inerzia degli organi costituzionalmente competenti perdura, nulla esclude che in entrambi i casi l'attuazione possa essere realizzata attraverso un atto normativo della medesima fonte del diritto da attuare – con legge costituzionale per i diritti costituzionali e con legge ordinaria per i diritti

<sup>59</sup> Cfr. FERRAJOLI 2013, 70.

<sup>60</sup> Cfr. FERRAJOLI 2014a, 71.

<sup>61</sup> FERRAJOLI 2007, vol. I, 917.

<sup>62</sup> Sintomatica di questa ambiguità è la diversità di interpretazioni che emerge, per esempio, dalla lettura di GRECO 2014, 16 – che sostiene che il rapporto d'implicazione tra diritti fondamentali e la loro garanzia debole sia su un “piano ontologico” – e FERRARO 2016, 38 – che afferma che quest'obbligo «è in rapporto logico con il diritto fondamentale come aspettativa».

<sup>63</sup> Lasciando impregiudicata la questione, osservo solo che, stante la correlazione logica tra diritti (generali/specifici) e doveri (generali/specifici) – di cui ho provato a spiegare il significato nel paragrafo che precede –, se si qualifica come logico il rapporto d'implicazione tra i diritti fondamentali e l'obbligo della loro attuazione, i diritti fondamentali risultano in rapporto d'implicazione logica sia con i doveri ad essi correlati che con l'obbligo di statuirne le più o meno specifiche garanzie primarie e secondarie.

<sup>64</sup> Si pensi alla eventuale mancanza di linee guida ministeriali in attuazione della legge o comunque a linee guida inidonee a dare piena attuazione ai diritti statuiti per via legislativa.



legislativi. Ma è evidente che l'iter legislativo della revisione costituzionale si presenta come assai più impervio di quello ordinario in ragione della procedura aggravata che lo disciplina.

Allo stesso modo, non pare esservi alcuna fondamentale differenza nemmeno rispetto all'eventualità di un "rimedio" per via giurisdizionale, qualora esso sia possibile. Al limite, anzi, i diritti costituzionali, essendo in forza della loro formulazione assai più suscettibili di applicazione diffusa e pertanto più facilmente oggetto di interventi da parte della giurisdizione, meglio si prestano a un'attuazione incontrollata ed espansiva i cui fili sono ben più nelle mani del potere giudiziario che di quello legislativo.

Come noto, questa tendenza sempre più marcatamente "giurisprudenziale" dello Stato costituzionale è fermamente contestata da Ferrajoli, che da inflessibile difensore della separazione dei poteri – da egli ripensata con la distinzione tra funzioni di governo e funzioni di garanzia (primaria e secondaria)<sup>65</sup> – non si stanca di ripetere che «le lacune non possono essere rimediate da parte della giurisdizione, che [appunto] per la separazione dei poteri non può sostituirsi al legislatore nella produzione delle leggi mancanti»<sup>66</sup>.

D'altra parte, il rifiuto dell'attivismo giudiziale in nome di principi cardine dello Stato di diritto, che affidano l'attuazione dei diritti senza dubbio primariamente all'organo legislativo, non preclude affatto l'applicazione diretta dei diritti costituzionali né la loro "integrazione" interpretativa (ad opera della Corte costituzionale<sup>67</sup>), là dove sia possibile<sup>68</sup>. Né esclude che possano darsi casi di proficua

<sup>65</sup> Da ultimo in FERRAJOLI 2015, Parte prima, cap. III, *Una rifondazione garantista della separazione dei poteri*.

<sup>66</sup> FERRAJOLI 2014a, 72.

<sup>67</sup> Si pensi alle cosiddette sentenze "manipolative" (additive o sostitutive) con cui «la Corte interviene sul testo, aggiungendo o sostituendo brani alla formulazione originaria della disposizione legislativa [...] operando così come una sorta di co-legislatore»; cfr. PINO 2016, 29.

<sup>68</sup> Cfr. FERRAJOLI 2014a, 72-73, dove Ferrajoli, dopo aver ribadito che «le lacune, consistendo nella mancata produzione di leggi dovute in attuazione della Costituzione, sono rimediabili soltanto in sede legislativa, mediante la produzione delle leggi indebitamente non prodotte», precisa che «è tendenzialmente così, almeno per i diritti sociali»: «il problema si pone diversamente per i diritti di libertà, che non richiedono di solito nessuna legge di attuazione e sono perciò, in caso di lesione, applicati direttamente dal giudice». Ferrajoli ha poi chiarito, in più luoghi, il significato della sua tesi, garantista, secondo cui «tutti i diritti hanno bisogno di una legislazione di attuazione» (tesi che sembra confondersi nella tesi della necessaria *interpositio legislatoris* e che ha suscitato comprensibili equivoci). Cfr., da ultimo, FERRAJOLI 2011b, 204: «[l']*interpositio legis* in caso di lacune [...] si richied[e] soltanto in tutti i casi nei quali, in loro mancanza, le norme costituzionali che stabiliscono diritti fondamentali non sono applicabili»; nonché FERRAJOLI 2014b, 132: «[b]enché richiedano leggi di attuazione che ne introducano le relative garanzie, tali diritti, tutte le volte che non è necessaria per la loro applicazione l'esplicita identificazione dei soggetti titolari dei doveri corrispondenti o la previsione di sanzioni per le loro violazioni, sono immediatamente applicabili in sede giurisdizionale. La stessa tesi può esprimersi affermando, inversamente, che benché siano talora, pur in assenza delle loro garanzie primarie e di quelle secondarie o giurisdizionali, immediatamente applicabili dal giudice, tali diritti richiedono altresì, a garanzia della loro effettività, leggi di attuazione che introducano, appunto, le loro garanzie».

«complementarità delle due tecniche di garanzia [legislativa e giudiziaria] in relazione a un medesimo diritto»<sup>69</sup>. Del resto l'obbligo di attuazione (in capo alla legislazione) si presenta nella forma di una garanzia appunto *debole* – scrive Ferrajoli – anche «per l'impossibilità di assicurarne l'effettività tramite una *garanzia costituzionale positiva secondaria forte*, quale sarebbe un controllo giurisdizionale di costituzionalità in grado di rimuovere la lacuna con la produzione, preclusa [di nuovo] dalla separazione dei poteri, delle garanzie primarie forti mancanti»<sup>70</sup>.

Insomma, anche per la debolezza che caratterizza l'obbligo di attuazione – vincolo quasi-giuridico a sua volta non assistito da alcuna garanzia giurisdizionale – davanti alla perdurante inerzia, o peggio alla pervicace inadeguatezza, degli organi legislativi il garantismo non può compiacersi nella contemplazione di una nuova fase d'inattuazione costituzionale, di cui Ferrajoli anzi ha più volte denunciato la recente involuzione gius-politica concretizzatasi in un allarmante processo decostituente<sup>71</sup>. Piuttosto, alla conseguente inevitabile «espansione della giurisdizione e del potere dei giudici», che contraddistingue l'attuale stagione dello Stato costituzionale, il garantismo non può che guardare con misurato favore, non potendo non considerare «perfettamente legittimi e di carattere progressivo perché a garanzia dei diritti» almeno alcuni dei nuovi «spazi aperti alla discrezionalità interpretativa e all'argomentazione» giurisprudenziale<sup>72</sup>.

Del resto a quelle situazioni giuridiche composite in cui consistono i diritti fondamentali non corrisponde *solo* l'obbligo della loro piena attuazione, come se il contenuto dei diritti costituzionali si esaurisse «nell'aspettativa che il legislatore legiferi» per renderne possibile l'esercizio<sup>73</sup>; vi corrisponde, piuttosto, anche e soprattutto quell'insieme di obblighi e divieti che, in forza della correlatività logica che sempre sussiste tra diritti e doveri, definisce i diritti, così come questi definiscono le proprie garanzie.

<sup>69</sup> Cfr. FERRAJOLI 2011b, 204. Ferrajoli richiama il caso del diritto di asilo sancito dall'art. 10, comma 3, Cost.

<sup>70</sup> FERRAJOLI 2016c, 70.

<sup>71</sup> A partire da FERRAJOLI 2005. Cfr. anche i più recenti: FERRAJOLI 2011c, specie capp. II e III; FERRAJOLI 2013, specie cap. IV.

<sup>72</sup> Cfr. FERRAJOLI 2016b, 14 e 16.

<sup>73</sup> È questo l'esito paradossale che Giorgio Pino attribuisce – a mio avviso erroneamente – alla posizione di Ferrajoli: cfr. PINO 2014a, 75.

## Riferimenti bibliografici

- BACCELLI L. 2012. *Diritti sociali e obblighi giuridici*, in COSSUTTA M. (ed.), *Diritti fondamentali e diritti sociali*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2012, 13 ss.
- BARBERIS M. 2014. *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.
- BOBBIO N. 1990. *L'età dei diritti*, in ID. *L'età dei diritti*, 3 ed., Torino, Einaudi, 1997.
- BOBBIO N. 1994. *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994.
- CELANO B. 2001. *I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2001*, Torino, Giappichelli, 2001, 1 ss.
- CHIASSONI P. 2009. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. 1. Da Bentham a Kelsen*, Torino, Giappichelli, 2009.
- FERRAJOLI L. 1970. *Teoria assiomatica del diritto. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 1970.
- FERRAJOLI L. 2001. *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, in ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, VITALE E. (ed.), Roma-Bari, Laterza, 2001, 121 ss.
- FERRAJOLI L. 2005. *Processo decostituyente*, in «Critica marxista», 6, 2005, 9 ss.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, voll. 3, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2010, 2771 ss.
- FERRAJOLI L. 2011a. *Intorno a "Principia iuris". Questioni epistemologiche e questioni teoriche*, in DI LUCIA P. (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, LED, 2011, 235 ss.
- FERRAJOLI L. 2011b. *Dodici questioni intorno a Principia iuris*, in ANASTASIA S. (ed.), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2011, 173 ss.
- FERRAJOLI L. 2011c. *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari, Laterza, 2011.
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- FERRAJOLI L. 2014a. *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna, il Mulino, 2014.
- FERRAJOLI L. 2014b. *La democrazia attraverso i diritti. Un dialogo fra filosofi e giuristi*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2014, 125 ss.
- FERRAJOLI L. 2015. *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.
- FERRAJOLI L. 2016a. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma, Laterza, 2016.
- FERRAJOLI L. 2016b. *Contro la giurisprudenza creativa*, in «Questione giustizia», 4, 2016, 13 ss.
- FERRAJOLI L. 2016c. *La democrazia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2016.

- FERRARO F. 2016. *Una teoria problematica dei diritti fondamentali*, in PINTORE A., ZORZETTO S. (eds.), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, 35 ss.
- GRECO T. 2014. *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in «Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy», 1, 2014, 135 ss.
- GUASTINI R. 2011. *Garantismo e dottrina pura a confronto*, in DI LUCIA P. (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, LED, 2011, 113 ss.
- JORI M. 2001. *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, VITALE E. (ed.), Roma-Bari, Laterza, 2001, 77 ss.
- KELSEN H. 1945. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 6 ed., RCS, 2000 (ed. or. *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945, trad. it. di S. Cotta, G. Treves).
- KELSEN H. 1960. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).
- KRAMER M.H. 2000. *Rights Without Trimmings*, in KRAMER M.H., SIMMONDS N.E., STEINER H. (eds.), *A Debate over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 7 ss.
- LUCIANI M. 2006. *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2, 2006, 1644 ss.
- MACCORMICK N. 1977. *Rights in Legislation*, in HACKER P.M.S., RAZ J. (eds.), *Law, Morality and Society*, Oxford, Clarendon Press, 1977, 189 ss.
- MASTROMARTINO F. 2010. *Il costituzionalismo garantista di Luigi Ferrajoli tra teoria giuridica e politica del diritto*, in «Costituzionalismo.it», 3, 2010, 1 ss.
- PEÑA L. 2009. *La correlación lógico-jurídica entre deberes y derechos*, in «Persona y derecho», 61, 2009, 73 ss.
- PINO G. 2014a. *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2014, 57 ss.
- PINO G. 2014b. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi, 2014.
- PINO G. 2016. *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, ETS, 2016.
- PINTORE A. 2001. *Diritti insaziabili*, in FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, VITALE E. (ed.), Roma-Bari, Laterza, 2001, 179 ss.
- PINTORE A. 2003. *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- PINTORE A. 2011. *Il nome delle cose. In margine a Principia iuris di Luigi Ferrajoli*, in DI LUCIA P. (ed.), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milano, LED, 2011, 139 ss.
- PINTORE A. 2016. *Note intorno all'attuazione dei diritti*, in «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 21, 2016, 1 ss.
- POGGI F. 2002-2003. *Diritti d'agire, permessi e garanzie*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 2002-2003*, Torino, Giappichelli, 2002-2003, 241 ss.

ROSS A. 1958. *Diritto e giustizia*, 3 ed., Torino, Einaudi, 2001 (ed. or. *On Law and Justice*, London, Steven and Sons Ltd., 1958, trad. it. di G. Gavazzi).

ZAGREBELSKY G. 2017. *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 2017.