

# KELSEN E I DIRITTI FONDAMENTALI: ALCUNI SPUNTI DI RIFLESSIONE

NICOLÒ CUCINOTTA



Kelsen e i diritti fondamentali: alcuni spunti di riflessione

Kelsen and Fundamental Rights: some Food for Thoughts

NICOLÒ CUCINOTTA

Università degli Studi di Messina.

E-mail: [anegbongiovanni@gmail.com](mailto:anegbongiovanni@gmail.com).

#### ABSTRACT

Lo scopo di questo lavoro è mettere alla prova certe questioni potenzialmente problematiche che scaturirebbero, in tema di diritti fondamentali, da alcune tesi di Hans Kelsen. Dopo aver delineato il rapporto tra diritti e giustizia, tratterò il tema della clausola alternativa tacita, per poi difendere la tesi dell'irrelevanza dei diritti fondamentali, ove non garantiti; infine, criticherò la concezione che tende a negare la natura volitiva dell'attività degli organi che attuano il diritto.

The purpose of this work is to challenge certain potentially problematic issues that stem, as regards to fundamental rights, from some of Hans Kelsen's theses. After outlining the relationship between rights and justice, I deal with the subject of the tacit alternative clause, and then I defend the thesis of the irrelevance of fundamental rights whenever they are not respected; finally, I criticize the conception aimed at denying the volitional nature of the activity of the bodies that implement the law.

#### KEYWORDS

Hans Kelsen, diritti fondamentali, giustizia, clausola alternativa tacita, discrezionalità giudiziale

Hans Kelsen, fundamental rights, justice, tacit alternative clause, judicial discretion

# Kelsen e i diritti fondamentali: alcuni spunti di riflessione

NICOLÒ CUCINOTTA

1. *Diritti e giustizia* – 2. *Esistono norme invalide? L'espedito della clausola alternativa tacita* – 2.1. *Il problema della clausola alternativa tacita: tanto rumore per nulla* – 2.2. *La norma giuridica come il gatto di Schrödinger* – 3. *Ha senso parlare di diritti non garantiti?* – 3.1. *Il contenuto indeterminato dei diritti fondamentali* – 4. *Volontà e razionalità nella decisione del giudice* – 4.1. *La giustificabilità del bilanciamento: una "reductio ad absurdum"* – 4.2. *La giustizia come ideale irrazionale*

## 1. *Diritti e giustizia*

La concezione kelseniana dei diritti (e dunque dei diritti fondamentali) non può che essere permeata dal non-cognitivismo etico che è riscontrabile fin dalle prime pagine della teoria pura. Sebbene, infatti, il nostro autore assuma la filosofia di Kant come "la stella polare" del suo ragionamento, non vi è spazio per alcun tipo di giusnaturalismo, né sostanziale né formale, che possa fungere da legittimazione del diritto positivo o che sia chiamato ad essere reso giuridicamente vincolante da quest'ultimo<sup>1</sup>. A ben vedere, in effetti, Kelsen negherebbe anche la necessità di includere un "contenuto minimo" di diritti naturali all'interno di ogni ordinamento positivo, manifestazione di «ovvie verità sulla natura umana», in mancanza del quale esso non potrebbe neppure essere concepito<sup>2</sup>. Com'è noto, la giustizia, intesa come espressione di valori assoluti, è per Kelsen nient'altro che un ideale irrazionale, che l'uomo può solo ricercare e mai raggiungere<sup>3</sup>. Da questo assunto, tuttavia, Kelsen non fa derivare né l'estraneità di una dimensione assiologica rispetto al fenomeno giuridico, né tantomeno la negazione di ogni dimensione etica: molto semplicemente, egli ritiene che i valori (e quindi la giustizia) accessibili alla nostra conoscenza siano relativi<sup>4</sup>: essi sono il risultato di diverse visioni contingenti della realtà e dei

<sup>1</sup> Per un'analisi sul rapporto tra diritto e giustizia in Kant e in Kelsen, si veda JELLAMO 2019, 401-406.

<sup>2</sup> HART 2002 [1961], 109 e, soprattutto, 225 ss. Questa posizione, evidentemente, è dovuta al fatto che, mentre Hart parte dalla realtà sociale per edificare la sua teoria del diritto (non è del resto casuale, nei passi citati, l'eco a contrattualisti come Hobbes e Locke, sebbene essi non siano espressamente nominati), Kelsen, all'opposto, rifiuta recisamente quest'approccio, e fonda la sua teoria intorno alla categoria trascendentale del dover essere: poco importa che, da un punto di vista socio-antropologico, sarebbe arduo dar torto a Hart: a Kelsen non interessano la sociologia giuridica o l'antropologia del diritto: se la sua dottrina vuole presentarsi con le vesti della scienza, essa non può contemplare né l'esistenza dei diritti naturali, né una visione ideologica della giustizia: ciò – beninteso – non equivale a delegittimare i contributi derivanti dall'analisi di altre discipline, ma è solo il frutto dell'esigenza di delimitare il campo d'indagine della scienza giuridica: nelle parole di Kelsen, «Il giurista, infatti, non ha da spiegare materialmente l'effettivo comportamento degli esseri umani, non ha da motivare esplicitamente i fenomeni della vita del diritto, ma solo coglierli normativamente. La spiegazione è il compito dei sociologi e degli psicologi [...]. Né si deve dire che il giurista non possa intraprendere anche ricerche sociologiche, psicologiche ed anche storiche. Al contrario! Queste ricerche sono necessarie; solo, bisogna che il giurista abbia sempre consapevolezza del fatto che egli, in quanto sociologo, psicologo o storico, segue una via del tutto diversa da quella che lo porta alle sue specifiche conoscenze giuridiche, che egli non può mai assumere i risultati della sua considerazione esplicita nelle sue costruzioni concettuali normative» (KELSEN 1997 [1911], 80).

<sup>3</sup> KELSEN 2000a [1934], 58-60.

<sup>4</sup> Nelle parole di Kelsen, «Una dottrina relativistica dei valori non sostiene, come spesso si vuole fraintendere, che non ci siano valori ed in particolare che non ci sia una giustizia: sostiene che non ci sono valori assoluti, ma soltanto relativi, che non c'è una giustizia assoluta, ma soltanto una giustizia relativa e che i valori, da noi statuiti mediante atti legislativi e su cui si fondano i nostri giudizi di valore, non possono presentarsi con la pretesa di escludere

variegati modi di comporre i conflitti di interessi che sorgono tra i consociati. Più precisamente, il nostro autore, sulla base del “dualismo irrisolvibile” tra essere e dover essere, nega l’esistenza di valori intrinseci, cioè deducibili dalla natura, determinabili razionalmente, e dunque validi *semper, ubique et pro omnibus*<sup>5</sup>, e afferma che, dato il fine che si prefigge l’ordinamento giuridico, ovvero fornire una regolamentazione della società per mezzo della minaccia o dell’uso della coercizione<sup>6</sup>, al carattere costante e all’ineludibile presenza di quest’ultima fa da contraltare la disomogeneità dei valori sottesi alle diverse comunità umane e perseguiti dai rispettivi ordinamenti, dai quali soltanto possono essere determinati: le norme volte ad attuarli potranno quindi essere considerate giuste solo in rapporto al parametro rappresentato da essi. Ma qual è la conseguenza che deriva da tali presupposti, con riferimento alla categoria dei diritti fondamentali? È evidente, dalle considerazioni suesposte, che lo scienziato del diritto kelseniano non possa che considerare i diritti contenuti nelle disposizioni normative, unitamente ai doveri assistiti da sanzioni, entrambi attribuiti ai rispettivi titolari per mezzo di una norma giuridica, come uno dei mezzi idonei a realizzare i fini dello stato, e che, per tali ragioni, essi non possano esistere se non nell’alveo dell’ordinamento che li dispone. Ora, ferma la preminente posizione gerarchica che in genere differenzia le norme che statuiscono i diritti fondamentali dalle altre, il carattere antiideologico della teoria kelseniana non può che attribuire la medesima rilevanza giuridica tanto alle prime quanto alle seconde<sup>7</sup>. A questo punto, è breve il passo che conduce Kelsen a risolvere i diritti soggettivi nel diritto oggettivo, e quindi a qualificarli come il necessario complemento degli obblighi giuridici<sup>8</sup>, dalla cui violazione deriva la possibilità di realizzare la norma giuridica che li prevede e, insieme ad essa, la funzione regolativa dello stato. Più nello specifico, Kelsen concepisce il diritto soggettivo secondo due differenti accezioni: per la prima, esso non è altro che il derivato di un obbligo, sicché la sussistenza di un diritto in capo a Tizio equivale, né più né meno, all’obbligo di un altro soggetto di tenere un certo comportamento, ovvero di non tenere un comportamento che possa turbare Tizio nell’esercizio del suo diritto; per la seconda concezione, il diritto, “in senso tecnico”, si esaurisce nella previsione, da parte dell’ordinamento, di una garanzia giuridica a sua tutela: in questo senso, dire che Tizio gode di un diritto soggettivo nei confronti di Caio equivale semplicemente ad affermare che una norma riconosce un mezzo tramite il quale il primo soggetto è legittimato a tutelare la propria posizione nei confronti del secondo (ad esempio, la promozione di un’azione dinanzi ad un tribunale): il diritto soggettivo, così ridotto alle sue garanzie, consiste insomma nella possibilità che un certo soggetto, come conseguenza di un suo comportamento illecito, possa venire sottoposto a una misura coercitiva in quanto un altro soggetto – ovvero il titolare del diritto – manifesti la volontà che essa venga

re possibili valori opposti» (KELSEN 1990 [1960], 83).

<sup>5</sup> Per Kelsen, «Il dualismo fra essere e dover essere coincide con il dualismo tra realtà e valore. Non si può quindi dedurre alcun valore dalla realtà, né alcuna realtà dal valore» (KELSEN 1985 [1979], 100). Per un approfondimento circa la concezione dei valori intrinseci ed estrinseci in Kelsen e, in particolare, per la riduzione di questi ultimi a giudizi di fatto, si veda SAMMARCO 2018, 351 ss.

<sup>6</sup> Per una sintetica e puntuale disamina delle ragioni che inducono Kelsen a considerare la previsione della coercizione come un elemento imprescindibile del diritto, si veda PAULSON 2013. Per la prospettazione di un esito potenzialmente aporetico cui si verrebbe in caso di mancata accettazione di tale postulato, si veda invece ITZCOVICH 2018, 116 ss.

<sup>7</sup> Così, secondo Kelsen, «Per i giuristi nessuna proposizione giuridica è più o meno vincolante dell’altra. Il fatto che certe norme giuridiche perseguono gli stessi scopi delle leggi etiche, cioè che le prime coincidono nelle azioni o nelle omissioni che richiedono con le ultime, non è per il giurista motivo per riconoscere alla obbligatorietà giuridica di quelle norme un fondamento superiore ad altre» (KELSEN 1997 [1911], 93).

<sup>8</sup> La sovrapposizione fra diritto soggettivo e obbligo, in effetti, non è che la riproposizione in scala ridotta dell’equivalenza tra diritti soggettivi e diritto oggettivo, al quale i primi vengono ricondotti in nome di una concezione unitaria e realistica del fenomeno giuridico, in contrasto con la concezione “avvocatesca” che li vedrebbe non come unità inglobate nell’ordinamento, bensì come situazioni innestate sugli stessi individui, se non, addirittura, come entità preesistenti allo stato, che quest’ultimo sarebbe tenuto a riconoscere (KELSEN 2000a [1934], 83 ss.).

eseguita, così partecipando indirettamente alla produzione di una norma individuale<sup>9</sup>. Da ciò si evince che tutte le norme che conferiscono un diritto mancando di apprestare una sanzione per chi lo violi sarebbero nient'altro che *leges imperfectae*. Si tratta, del resto, di una conseguenza resa necessaria dalla concezione della norma giuridica, nella sua forma tipica, come un giudizio ipotetico, per il quale dalla commissione di un atto qualificato da essa come illecito scaturisce il dover essere della sanzione corrispondente. Tale paradigma, a sua volta, è giustificato dalla rappresentazione del fenomeno giuridico come un ordinamento coercitivo<sup>10</sup>, ovvero un insieme di norme (non sostenute dalla forza, bensì) intorno all'uso della forza<sup>11</sup>, sulla quale, in definitiva, riposa l'efficacia dello stesso. È proprio l'elemento della coercizione che vale a distinguere le norme giuridiche da quelle appartenenti ad altri ordinamenti e, segnatamente, dalle norme morali<sup>12</sup>: all'efficacia di quest'ultime, che fa leva sulla tecnica della motivazione diretta (ovvero sul rispetto dei relativi precetti dovuto all'interiorizzazione degli stessi), si contrappone quella delle prime, insita nel principio di retribuzione, per cui la rappresentazione del contenuto della norma da parte dei consociati funge da motivazione indiretta per la direzione del loro comportamento.

## 2. Esistono norme invalide? L'espedito della clausola alternativa tacita

Ora, se è vero che il diritto soggettivo si riduce, in virtù di quanto appena esposto, nella facoltà di avviare un procedimento volto a comminare una sanzione per un comportamento illecito, tale conclusione reca con sé una conseguenza non trascurabile: infatti, se di regola i diritti fondamentali sono inseriti nella costituzione, e se quest'ultima viene normalmente attuata mediante le leggi ordinarie (o comunque, mediante atti produttivi di norme ad essa gerarchicamente subordinati), ne consegue che la mancata previsione di obblighi e sanzioni a tutela dei primi si tradurrebbe inevitabilmente in una delegittimazione delle norme superiori. È proprio questa una tra le numerose critiche recentemente rivolte alla teoria kelseniana da Luigi Ferrajoli, il quale, a questo proposito, denuncia come la necessaria dipendenza di un diritto costituzionalmente stabilito dalla futura (nonché eventuale) venuta ad esistenza della corrispondente legge di attuazione, che solitamente è appunto di rango subordinato, rappresenterebbe una sovversione della gerarchia delle fonti, dal momento che, in tal modo, alla (mancanza di una) legge ordinaria verrebbe attribuito il potere di svuotare di contenuto una previsione costituzionale<sup>13</sup>, e ciò in aperto contrasto con il principio fondamentale del giuscostituzionalismo. Per quanto concerne il disconoscimento di tale regola, il quale comporta co-

<sup>9</sup> Kelsen 2000b [1945], 77 ss.

<sup>10</sup> *Rectius*, come l'unico ordinamento coercitivo, in quanto tale da escludere, nell'ambito di un medesimo territorio sottoposto ad esso, la giuridicità delle sanzioni cui fanno riferimento i meri ordini sostenuti da minacce.

<sup>11</sup> In pratica, il diritto, pur non identificandosi con essa, dipende dalla coazione, alla quale è inscindibilmente legato, e rappresenta, nell'ambito di un popolo sottoposto a un insieme di regole di comportamento, la modalità di determinazione dell'*an* e del *quantum* di quest'ultima, la quale si esplica tramite la previsione e l'applicazione di sanzioni punitive.

<sup>12</sup> Di tale caratteristica difettano gli ordinamenti morali, pur potendo astrattamente perseguire gli stessi scopi del diritto. Se non si tenesse conto di questo elemento cruciale, sarebbe impossibile distinguere fra una norma morale e una norma giuridica aventi la stessa origine e il medesimo contenuto. La differenza si riflette sulla forma logica delle rispettive norme: così, se una norma morale si presenterà generalmente nella forma "Non si deve fare A", una norma appartenente all'ordinamento giuridico (cioè all'ordinamento coercitivo) assumerà la forma "Se si fa A, allora deve essere S". Mentre nella prima norma il dover essere e l'obbligo coincidono (sostanzandosi nell'omissione di A), questa sovrapposizione non ha luogo nel caso delle norme giuridiche, dal momento che all'obbligo di astenersi dal commettere A (fattispecie condizionante), corrisponde, come già chiarito, il dover essere della sanzione. In altre parole, nelle norme giuridiche i concetti di "dover essere" e di "obbligatorio" sono distinti, e non equipollenti, come invece accade per quelle di altri ordinamenti (ad esempio, quello morale); a tal proposito, si veda CELANO 1999, 195 ss.

<sup>13</sup> Si veda FERRAJOLI 2013, 67 s.

me conseguenza l'ammissione della possibilità, da parte di una legge ordinaria (o di un'altra fonte subordinata), di violare in concreto la costituzione mediante omissione o commissione (ovvero mancando di introdurre le garanzie dei diritti sanciti dalla fonte superiore, o emanando leggi in contrasto con quest'ultima)<sup>14</sup>, provocando così un capovolgimento della gerarchia delle fonti, bisogna ammettere che Kelsen, in effetti, fornisce una soluzione che non esiterei a qualificare, fra le varie tesi da lui avanzate, come quella maggiormente controintuitiva. Si tratta della cosiddetta "clausola alternativa tacita", proposta dal nostro autore in forza di un ragionamento per assurdo<sup>15</sup>. In pratica, tale espediente teorico permette di dar conto dell'esistenza di possibili antinomie fra norme di grado diverso, e si sostanzia nell'asserzione per cui la norma superiore consente non solo (com'è ovvio) l'emanazione di una norma conforme ad essa, ma anche quella di una norma che manchi di uno o più requisiti sostanziali imposti dalla prima, e che, nonostante ciò, possa comunque ritenersi perfettamente valida, in quanto cristallizzatasi per opera (o per inerzia) dello stesso ordinamento. Ora, è evidente che, se presentata in questo modo, la tesi in questione appare del tutto insostenibile; a tal riguardo, per riprendere l'esempio proposto da Riccardo Guastini, supponiamo che esista una norma che qualifichi come obbligatorio il comportamento "p": essa avrà la forma logica "O(p)". Se ammettiamo l'esistenza della clausola alternativa tacita, appare logico poterla riformulare come "O(p v ¬p)", cioè come "è obbligatorio il comportamento 'p' ovvero il comportamento 'non-p'".<sup>16</sup> È chiaro che, se ogni norma venisse intesa in questa maniera, l'ordinamento dovrebbe essere immaginato come un insieme di regole volte a permettere e a vietare al tempo stesso ogni possibile comportamento umano, perdendo, in ultima analisi, la sua stessa funzione regolativa. Secondo siffatta interpretazione, ogni norma è dunque priva di un reale contenuto, come lo sarebbe una successione di suoni priva di significato: l'una e l'altra non avrebbero alcuna valenza comunicativa per il destinatario<sup>17</sup>. Ma c'è un modo per non incorrere in questo esito manifestamente inaccettabile?

### 2.1. *Il problema della clausola alternativa tacita: tanto rumore per nulla*

In virtù delle premesse filosofiche cui aderisce, Kelsen sostiene che ogni prescrizione in termini di dover essere acquista senso solo in un ambito di possibilità, dato che essa presuppone sempre la condizione di essere osservata o violata. Questa tesi verrà più compiutamente sviluppata nella se-

<sup>14</sup> Ferrajoli definisce "lacune" le violazioni del primo tipo e "antinomie" quelle riconducibili alla seconda fattispecie (FERRAJOLI 2016, 68). Non è superfluo notare come Otto Pfersmann critichi questa posizione dell'autore fiorentino, sostenendo, in accordo con Kelsen, che «[...] l'argomento della lacuna non è altro che chiedere che nel diritto positivo si trovino cose che non ci sono. L'uso di tale impostazione è squisitamente giusnaturalistico. E presentarla come positivista e la sua assenza come una aporia è tecnicamente ideologico» (PFERSMANN 2018, 96). Sembra, pertanto, che l'approccio di Ferrajoli sia volto a descrivere non tanto il diritto positivo in quanto tale, bensì solamente una sua particolare versione, storicamente concretizzatasi nel moderno stato costituzionale caratterizzato dal paradigma garantistico.

<sup>15</sup> Queste, in sintesi, sono le premesse da cui muove Kelsen: 1) una norma appartenente all'ordinamento giuridico può essere soltanto valida, poiché, sebbene presenti un contenuto non conforme ai vincoli sostanziali imposti dalla costituzione (in quanto, ad esempio, lesiva del principio di eguaglianza), almeno da un punto di vista formale è stata correttamente emanata secondo la procedura prestabilita; 2) il materiale che non può essere ricondotto al caso *sub 1* (come una sentenza pronunciata *a non iudice*, o un matrimonio tra persone dello stesso sesso nell'ambito di un ordinamento che non contempla tale istituto) è in realtà inesistente, nel senso che non costituisce affatto diritto (si ricordi, a tal proposito, che secondo Kelsen il diritto compie un processo di autoqualificazione; si veda KELSEN 2000a, 49 ss.); 3) pertanto, una norma formalmente valida, seppure viziata, potrà o essere annullata in un modo prestabilito dall'ordinamento (che così confermerà che essa costituisce effettivamente parte di esso), oppure consolidarsi definitivamente come diritto a causa della mancata reazione da parte degli organi competenti (si pensi, ad esempio, a una sentenza illegittima che, non essendo mai stata annullata, ha acquistato l'autorità di cosa giudicata). Ad ogni modo, secondo Kelsen, nell'uno e nell'altro caso la norma viziata non è da considerare invalida, in quanto l'ordinamento, espressamente o tacitamente, ha mostrato di considerarla come una norma senz'altro esistente, e dunque valida.

<sup>16</sup> Si veda GUASTINI 2014, 82.

<sup>17</sup> Così, per usare le parole di Ferrajoli, «l'intero sistema legislativo risulterebbe composto di enunciati pseudo-normativi tutti efficaci e, soprattutto, privi di reali funzioni e capacità regolative» (FERRAJOLI 2016, 79).

conda fase del pensiero del maestro praghese, in cui egli giunge ad operare una sovrapposizione delle categorie della validità e dell'efficacia: sebbene tali concetti rimangano separati, la distinzione tra i due diviene meno netta, in quanto il requisito che la norma deve rispettare per poter essere considerata valida non è più dato soltanto dalla mera riconducibilità logico-formale ad una norma superiore che ne autorizza la produzione; esso deve, infatti, venire integrato dalla presenza di un elemento empirico: la potenzialità dell'efficacia della norma stessa, ovvero, in altri termini, la sua idoneità a essere osservata o applicata<sup>18</sup>. Questo parziale cambio di rotta mi sembra del resto maggiormente adatto a dar conto del rapporto tra la validità della singola norma e quella dell'intero ordinamento: quest'ultimo, secondo Kelsen, è valido solo a condizione di essere in buona misura efficace. Ora, poiché la validità della norma implica la sua appartenenza all'ordinamento che l'ha autorizzata, è necessario che essa possa essere eseguita sia materialmente che giuridicamente; in caso contrario, se per ipotesi un numero rilevante di disposizioni fosse insuscettibile di venire traspeso nella realtà empirica, l'ordinamento, oltre a perdere inevitabilmente la sua capacità regolativa, cesserebbe di essere efficace (e dunque valido), e la stessa sorte non potrebbe che investire le singole norme che lo compongono<sup>19</sup>. Coerentemente con i risultati cui è pervenuta la breve analisi finora svolta, Paolo Comanducci definisce Kelsen “un realista moderato”<sup>20</sup>, e non sembra ravvisare, con riferimento alla tesi della clausola alternativa tacita, l'aporia denunciata da Ferrajoli, cui si è fatto riferimento *supra*<sup>21</sup>. Secondo il ragionamento seguito dall'autore, la posizione di Kelsen sarebbe infatti compatibile con il giuscostituzionalismo; pertanto, al fine di dimostrare questo assunto, egli propone di distinguere fra i concetti di “superiorità giuridica” e di “superiorità strutturale”: più nello specifico, Comanducci sostiene che il filosofo di Praga, pur ammettendo che in alcuni casi possa rintracciarsi una discordanza tra la costituzione e la legge ordinaria, sicché in tali circostanze non possa parlarsi della superiorità giuridica della prima, non rinuncerebbe alla tesi della superiorità strutturale della costituzione (e, in generale, della norma sovraordinata)<sup>22</sup>. In pratica, la

<sup>18</sup> Per riprendere l'esempio proposto da Kelsen (per il quale si veda KELSEN 1985 [1979], 42), la sentenza che prescrive categoricamente che «Il ladro Schulze deve essere messo in prigione» è emanata in questa forma solo in quanto presuppone che il ladro Schulze possa essere messo in prigione: se, ad esempio, egli muore prima dell'esecuzione della sentenza o se sopravviene un'*abolitio criminis*, essa difetterà di un necessario presupposto materiale o giuridico ai fini della propria applicabilità, per cui il dover essere da essa prescritto non potrà trovare concreta realizzazione. A tal proposito, Kelsen aggiunge per più di una volta che in tale evenienza quella norma sarebbe non valida, che «perde la sua validità». Questa non è un'osservazione di poca rilevanza, in quanto, secondo questa impostazione, la validità di una norma non dipenderebbe più solamente da un requisito meramente formale, come già specificato *supra*: esso sarebbe un elemento senz'altro necessario, ma non sufficiente, in quanto dovrebbe essere completato dall'esistenza di ulteriori elementi fattuali. Peraltro, questa considerazione parrebbe valere non solo per le norme individuali come la sentenza, cui si è poc'anzi fatto riferimento, ma anche per le norme generali; poco dopo, infatti, Kelsen afferma: «Anche la norma generale formulata categoricamente “Amate i vostri nemici” è valida solo condizionatamente: cioè a condizione che un uomo abbia un nemico. Non è valida nel caso che un uomo non abbia nemici»; e successivamente, in maniera più esplicita, «Una norma che statuisca come dovuto ciò che deve accadere per necessità naturale[...], oppure una norma che statuisca come dovuto ciò che per necessità naturale non può accadere[...], non ha senso e non può quindi essere considerata valida. [...] Infatti, una norma è valida solo se può essere osservata o violata. La possibilità di osservare o di violare una norma è condizione per la sua validità».

<sup>19</sup> Questa tesi, naturalmente, viene corroborata se si considera che per Kelsen non è possibile concepire una norma giuridica (e quindi una norma valida) che non sia anche per definizione obbligatoria, sicché alla categoria della validità delle norme si accompagna immancabilmente la condizione della loro obbligatorietà, e dunque della loro potenziale efficacia.

<sup>20</sup> COMANDUCCI 1998, 153.

<sup>21</sup> Occorre comunque aggiungere, per amor di completezza, che la replica di Comanducci che viene qui presentata è rivolta a Bulygin, non a Ferrajoli, il quale comunque, dal canto suo, bolla la figura in esame come «una tesi assurda, non meno della tesi secondo cui la norma che punisce l'omicidio autorizzerebbe l'omicidio destinato alla sanzione» (FERRAJOLI 2016, 77).

<sup>22</sup> Secondo le definizioni fornite da Comanducci, «Una norma è strutturalmente superiore ad un'altra norma se la prima fonda la validità della seconda, vale a dire se ha a che fare con la sua procedura di produzione»; per quanto concerne la superiorità giuridica, essa si ha a due condizioni: dev'essere prevista dall'ordinamento una procedura

costituzione rimane sempre gerarchicamente preminente rispetto alla legge che dovrebbe darle attuazione, e tale status non viene menomato dal fatto che fra le rispettive disposizioni sussista un aperto contrasto: quest'asserzione, insomma, è senz'altro giustificabile adottando un'ottica formalistica, ma ciò non implica certamente che, nell'atto di descrivere un sistema normativo materialmente vigente, lo scienziato del diritto non possa sentirsi legittimato a constatare l'assenza della superiorità giuridica della norma sovraordinata, osservando, in questo frangente, l'ordinamento secondo una prospettiva realistica<sup>23</sup>. Il compito del legislatore viene distinto da quello dello scienziato del diritto: se il primo ha il dovere di porre norme "legittime", il secondo è tenuto solo a descrivere il diritto come esso è effettivamente, e non come dovrebbe essere; tutt'al più, in caso di incongruenze, mi sembra ovvio che sarà la teoria a doversi adeguare alla realtà, e non viceversa: non può negarsi, infatti, che fra il momento dell'emanazione di una norma irregolare e quello della sua espunzione dal sistema (e quindi della cessazione della sua validità), essa può ben venire applicata dagli organi chiamati a darvi esecuzione<sup>24</sup>, ad esempio in quanto essi potrebbero non nutrire alcun dubbio circa la sua legittimità (ed è questa – mi sembra – un'evenienza tutt'altro che residuale). Per tali ragioni, ritengo che l'accettazione della clausola alternativa tacita non faccia "cadere a pezzi" la teoria del diritto come un sistema che regola la sua produzione, come invece sostiene Juan Ruiz Manero, criticando la teoria di Comanducci<sup>25</sup>. Per Kelsen, come ho già avuto modo di precisare, i diritti e le loro garanzie sono un tutt'uno, sicché i primi non sono concepibili in mancanza delle seconde, o quantomeno sono irrilevanti dal punto di vista dell'ordinamento, dato che il loro rispetto somiglia all'adempimento di un dovere più morale che giuridico, come si avrà modo di precisare *infra*. Tutto ciò, a mio parere, non equivale a delegittimare la costituzione, qualificandola come un coacervo di vuote tautologie; tutt'altro: Kelsen afferma chiaramente che la costituzione mira a regolare il contenuto delle norme inferiori attraverso le sue prescrizioni, di modo che sulle norme irregolari, a differenza di quanto accade per le norme conformi ad essa, pende sempre, come una spada di Damocle, la prospettiva di venire poste nel nulla ad opera dell'organo chiamato ad esercitare il sindacato di costituzionalità<sup>26</sup>. Come la norma fondamentale

che mira a espungere dal sistema la norma inferiore, e inoltre tale procedura deve essere effettivamente funzionante (COMANDUCCI 1998, 153).

<sup>23</sup> Così si esprime l'autore in proposito: «La clausola alternativa tacita riflette e dà conto di ciò che accade nel mondo [...]. Kelsen rispetta il suo programma positivista: il compito della conoscenza giuridica non è quello di prescrivere o di valutare»; e ancora, in maniera più brutale (e dunque più chiara): «Se i giudici – nell'opinione di taluno – non rispettano le norme, compito dello scienziato kelseniano è registrare il fatto e ricostruirlo con l'aiuto della clausola alternativa tacita: dopodiché, come cittadino o come giurista, potrà pure strapparsi i capelli» (COMANDUCCI 1998, 154 e 155 s., rispettivamente).

<sup>24</sup> Al riguardo, così si esprime Rafael Escudero Alday: «[...] La distinción entre validez y vigencia carece de relevancia práctica, dado que, válida o no, la norma adquiere carácter jurídico y despliega todos sus efectos. Por tanto, tal distinción confunde más que ayuda, porque con ella se afirma que las normas inválidas pueden existir, aun cuando actúen como si de normas válidas se tratara. No parece que sea ésta una buena forma de hacer pedagogía jurídica» (ESCUADERO ALDAY 2010, 407). Quest'argomento verrà comunque trattato più compiutamente nel paragrafo seguente.

<sup>25</sup> Si veda RUIZ MANERO 2014, 68-73.

<sup>26</sup> Kelsen spiega così questo concetto: «Fin tanto che una legge non è stata abrogata, essa è "costituzionale" e non "incostituzionale", nel senso che contraddice alla costituzione. È quindi volontà della costituzione che questa legge sia ancora valida. Ma la costituzione intende che la legge sia valida soltanto fin quando non sia stata annullata dall'organo competente. La cosiddetta legge "incostituzionale" non è nulla *ab initio*, ma soltanto annullabile; può essere cioè annullata per cause particolari. Queste cause sono che l'organo legislativo ha creato la legge in maniera diversa, o le ha dato un contenuto diverso da quello prescritto direttamente dalla costituzione. È vero che il legislatore è autorizzato a far ciò; esso è autorizzato a non applicare in un caso concreto le prescrizioni dirette della costituzione. Ma la costituzione dà la preferenza alla prima di queste due possibilità. Tale preferenza si palesa nel fatto che una legge la quale venga posta in essere nel secondo modo può venire annullata non solo mediante un atto dell'organo legislativo – quale una legge detta "costituzionale" –, ma anche mediante un atto dell'organo, diverso dal legislatore, a cui è affidato il sindacato giurisdizionale sulla legge» (KELSEN 2000b, 160). Ciò, evidentemente, è ben diverso dal sostenere che la norma "Se A, allora B" debba essere riformulata come "Se A, allora B o non-B",

è la condizione di pensabilità dell'ordinamento, la costituzione è «la garanzia giuridico-concreta dello Stato di diritto»<sup>27</sup>, e la previsione della clausola alternativa tacita vale soltanto a spiegare realisticamente ciò che accade nella pratica finché una norma non viene dichiarata invalida, in quanto il legislatore si è rifiutato di riconoscere la suddetta funzione alla costituzione, così tradendo tanto quest'ultima, quanto la norma fondamentale, che pure ne impone l'osservanza. Pertanto, alla luce delle ragioni che sono state – e saranno – esplicitate, ritengo che, ai fini di una feconda analisi del diritto «come esso è, e non come dovrebbe essere», per usare le parole dello stesso Kelsen, risulti utile affiancare ad un approccio prettamente normativista una visione realistica<sup>28</sup>, onde poter dar conto dell'ineliminabile eventualità che l'essere non si conformi al dover essere. Pertanto, all'esito dell'analisi appena condotta, mi sembra che la supposta violazione del paradigma del giustizionalismo possa risolversi in una mera questione di punti di vista, relativi ai due diversi livelli in cui si manifesta la conoscenza giuridica, piuttosto che in un vero e proprio vizio idoneo ad infirmare la teoria kelseniana. Ma vediamo adesso a quali conseguenze potrebbe pervenire una teoria del diritto che, in nome del principio della coerenza formale dell'ordinamento, proponesse di superare la tesi della clausola alternativa tacita mediante un'opportuna separazione dei concetti di validità ed esistenza.

## 2.2. La norma giuridica come il gatto di Schrödinger

Per scardinare l'esigenza di ricorrere al “gioco di prestigio”<sup>29</sup> della clausola alternativa tacita, basta semplicemente scomporre la categoria della validità normativa (dal maestro praghese riduzionisticamente considerata in maniera unitaria)<sup>30</sup> in due figure distinte e poste su gradi diversi, onde poter concepire una condizione intermedia fra la validità kelsenianamente intesa e l'inesistenza. Guastini, ad esempio, identifica l'esistenza con il fatto che la norma sia stata prodotta – almeno in apparenza – secondo la forma prestabilita, mentre riserva il termine “validità” per designare la caratteristica di quella norma che è totalmente conforme ai requisiti, sia formali che sostanziali, imposti da tutte le norme che ne autorizzano la produzione<sup>31</sup>. Ferrajoli, dal canto suo, non esita ad affermare che l'identificazione fra l'esistenza delle norme e la loro validità rappresenterebbe “la più grave” aporia del sistema kelseniano<sup>32</sup>, e propone addirittura una quadripartizione della figura della validità kelseniana, distinguendo fra “esistenza”, “validità formale”, “validità sostanziale” e “validità *tout court*”<sup>33</sup>.

con conseguente snaturamento della concezione kelseniana della norma come giudizio ipotetico (e con essa, dell'idea stessa di normatività).

<sup>27</sup> SCIACCA 2016, 275.

<sup>28</sup> Per un'analisi sulla necessaria complementarità delle teorie realistiche e normativistiche, nell'ambito di un confronto tra quelle di Ross e di Kelsen, si veda LOMBARDI VALLAURI 2012, 155 ss.

<sup>29</sup> Tale definizione è mutuata da LUZZATI 1999, 394.

<sup>30</sup> Non si dimentichi, infatti, che per Kelsen la validità di una norma consiste nella sua “specificità esistenziale” all'interno dell'ordinamento: da ciò deriva la coincidenza della categoria della validità con quella dell'esistenza.

<sup>31</sup> GUASTINI 1998, 129 ss. L'autore, peraltro, fornisce una critica della concezione dell'ordinamento giuridico come insieme di norme valide, ma offre a sostegno di tale valutazione due argomenti che mi sembrano reciprocamente contraddittori (si veda GUASTINI 1998, 138 ss.): da un lato, infatti, egli afferma che «ogni ordinamento è, fatalmente, affollato da norme invalide», salvo poi ammettere che «si danno ordinamenti in cui l'insieme delle norme valide è – in un senso – inconoscibile» (tesi su cui, peraltro, ritornerò nelle pagine seguenti). Ma se è impossibile conoscere a priori quali siano le norme invalide, come si può sostenere che esse debbano necessariamente esistere? Certo, si potrebbe asserire che l'ipotesi di un ordinamento del tutto privo di norme invalide sia quantomeno inverosimile, sicché non possano non esistere almeno alcune. Tuttavia, occorre ricordare che una teoria del diritto, stante l'afflato universalistico da cui dovrebbe essere ispirata, non può limitarsi ad esaminare esclusivamente i moderni stati di diritto; le corti costituzionali, del resto, sono un'invenzione relativamente recente, e non può escludersi la possibilità, per quanto infinitesimale, che esistano (o che siano esistiti) ordinamenti del tutto sprovvisti di meccanismi atti a dichiarare l'invalidità delle norme prodotte.

<sup>32</sup> FERRAJOLI 2016, 66.

<sup>33</sup> Tali figure si concretano, rispettivamente, nell'osservanza di alcuni requisiti formali imposti dalle norme sulla

Ora, se è pur doveroso riconoscere che le scomposizioni operate dai due autori recano l'indubbio vantaggio di rendere formalizzabile (e quindi di chiarificare) un concetto che, a causa della progressiva modifica della posizione di Kelsen in merito<sup>34</sup>, risulta forse eccessivamente vago (e comunque polisenso), mi pare che anche le suddette soluzioni non siano del tutto esenti da problematiche<sup>35</sup>. Come osserva Mauro Barberis, distinguere tra validità ed esistenza ha senso unicamente nell'ambito di uno stato costituzionale, e non con riferimento a uno stato legislativo, cioè quello con cui Kelsen era chiamato a confrontarsi<sup>36</sup>. Ma a ben vedere, non è questa la critica più incisiva che si può muovere contro il tentativo di distinguere tra validità ed esistenza delle norme giuridiche. Poiché, infatti, la validità viene fatta dipendere (anche) dal rispetto dei requisiti sostanziali, e poiché l'effettiva sussistenza di tale condizione non è rilevabile *prima facie* (a differenza di quanto avviene con riferimento ai requisiti formali), ma anzi dev'essere volta per volta accertata da un organo istituito *ad hoc* (come una corte costituzionale nel caso delle leggi ordinarie o il giudice *ad quem* per quanto riguarda le sentenze), ne consegue che, in concreto, non risulta mai possibile affermare con assoluta sicurezza che una certa norma sia valida, se non a seguito della pronuncia del suddetto organo (che, del resto, non è neanche detto venga emessa). Si dovrebbe dunque ammettere non tanto che la norma sia valida, bensì, più realisticamente, che essa venga soltanto considerata tale fino all'emanazione di un atto che ne sancisce l'invalidità; la norma, insomma, verserebbe in una condizione analoga a quella in cui si trovano gli imputati sottoposti a processo, considerati innocenti fino alla sentenza definitiva di condanna. A ciò si aggiunge il fatto per cui, almeno per quanto concerne le norme contenute nelle leggi ordinarie e nelle fonti ad esse equiparate, che in Italia sono i soli atti a poter essere sottoposti al controllo di legittimità della Corte Costituzionale<sup>37</sup>, non si può mai escludere con certezza un mutamento della giurisprudenza di tale organo, sicché ciò che oggi viene considerato valido potrebbe non esserlo in futuro. La medesima conseguenza, chiaramente, si produrrebbe anche nel caso di una sopravvenuta modifica della costituzione, da cui potrebbe scaturire l'invalidità della norma emanata anteriormente. Sulla base di quanto detto, la categoria della validità si risolverebbe in una figura evanescente, spesso indeterminata, e a volte indeterminabile con certezza, dal momento che non consisterebbe più nella riconducibilità ad una norma superiore, dato obiettivamente acclarabile, bensì si ritroverebbe a dipendere dalla non-emanazione di una norma idonea ad infirmarla, che a sua volta rappresenta inevitabilmente un atto discrezionale, dato che, a seconda dell'interpretazione resa dai giudici, una medesima norma può essere teoricamente sia valida che invalida. In altri termini, e se mi si consente il ricorso a questa metafora, la disposizione normativa verrebbe a trovarsi in una situazione in fondo analoga a quella del celebre gatto di Schrödinger: nell'incertezza circa il suo status, o essa è valida, o è invalida, oppure è mezza valida, o ancora è mezza invalida<sup>38</sup>. Naturalmente,

produzione, nell'osservanza di tutti quei requisiti formali, nella coerenza con tutte le norme superiori che prevedono dei requisiti sostanziali, e nella compresenza della validità formale e di quella sostanziale (FERRAJOLI 2016, 70).

<sup>34</sup> Non si dimentichi, infatti, che, a seconda delle diverse fasi del suo pensiero, Kelsen esaurisce la validità della singola norma nel ricorrere di un elemento puramente formale, la collega in seguito all'ulteriore presenza di un elemento sostanziale (ovvero la previsione di un dover essere), e la sovrappone infine alla categoria dell'efficacia, come ad esempio quando afferma che l'abrogazione di una norma per desuetudine equivale alla soppressione della sua validità.

<sup>35</sup> Con riferimento alla questione della validità sostanziale, Vincenzo Omaggio afferma che in tal caso «la faccenda si complica», in quanto «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» (OMAGGIO 2018, 266).

<sup>36</sup> L'autore, a tal proposito, cita il caso del Regno Unito, in cui manca tuttora una vera e propria costituzione scritta (BARBERIS 2017, 229 s.).

<sup>37</sup> Ciò non è necessariamente vero per tutti i paesi: in Giappone, ad esempio, l'organo di legittimità costituzionale può perfino arrivare a dichiarare l'incostituzionalità di semplici comportamenti posti in essere da esponenti del governo (cfr. al riguardo CARROZZA ET AL. 2014, 455 s., nonché l'art. 81 della costituzione giapponese). Il ragionamento qui esposto, pertanto, può teoricamente valere anche per atti produttivi di norme diversi da quelli cui fa riferimento l'art. 134 della nostra costituzione.

<sup>38</sup> È questo un paragone che comunque non può essere spinto troppo oltre: invero, mentre una volta aperta la sca-

ciò non vuol dire che debba accogliersi una ricostruzione interamente giusrealistica, in cui l'efficacia si confonde con la validità, in un offuscamento della distinzione tra *Sein* e *Sollen*. Una soluzione accettabile consisterebbe forse nel riservare la qualifica di "esistente", come sinonimo di "appartenente all'ordinamento", a quelle norme formalmente perfette ed esprimenti, anche indirettamente, un *Sollen*, e nel *considerarle* altresì come valide fintantoché non ne sia dichiarata l'invalidità per la mancanza di uno o più elementi sostanziali, dalla quale, a cagione della conseguente espunzione dal sistema, discenderà parimenti la relativa perdita dell'esistenza.

### 3. Ha senso parlare di diritti non garantiti?

Terminata l'analisi relativa alla clausola alternativa tacita, mi accingo ora ad esporre un ultimo ragionamento per argomentare a favore della tesi dell'inesistenza dei diritti fondamentali, ove essi non risultino adeguatamente garantiti. Occorre, infatti, considerare la questione dell'irrelevanza di una disposizione che, pur stabilendo un diritto (e presentando, quindi, un contenuto manifestamente giuridico), manchi di apprestarvi la relativa tutela. In buona sostanza, si tratta di chiedersi se sussista qualche differenza tra un enunciato che proclami una verità religiosa ed uno che si limiti a positivizzare una norma morale, cioè a conferire un diritto senza connettervi un mezzo idoneo a renderlo effettivo. A tal proposito, la posizione di Giulio Itzcovich è la seguente: se un diritto, pur positivamente statuito, non viene attuato, la scienza giuridica, se vuole limitarsi a conoscere il proprio oggetto e a rappresentarlo com'esso realmente si estrinseca, può solo descrivere tale situazione; al massimo, una volta fatto ciò, lo studioso potrà denunciare l'assenza di quel diritto, e dunque l'inerzia del legislatore<sup>39</sup>. Nelle parole dell'autore, «non è la teoria del diritto a espellere queste norme, ma le autorità politiche [...]. La teoria del diritto può solo descrivere questo fatto, richiamando ognuno alle proprie responsabilità»<sup>40</sup>: una posizione, evidentemente, collimante con quella già trattata di Comanducci. Itzcovich, inoltre, contrasta un altro argomento proposto da Ferrajoli, per il quale le norme che stabiliscono diritti (o illeciti), indipendentemente dal fatto di venire attuate, produrrebbero in ogni caso una modificazione della realtà giuridica, consistente nell'imposizione di un obbligo, in capo al legislatore, di introdurre le rispettive garanzie (o sanzioni). La tesi dell'autore è in fondo ab-

tola può stabilirsi con certezza se il gatto sia vivo o morto, nel caso della dichiarazione da parte dell'organo di legittimità costituzionale, almeno in Italia, non è sempre possibile conoscere l'effettivo status della norma sottoposta al sindacato di costituzionalità. Infatti, se la sentenza di accoglimento espunge definitivamente la norma dal sistema, quella di rigetto, al contrario, non rappresenta un'indubitabile conferma della sua validità, dal momento che quest'ultima, come già ricordato *supra*, può sempre essere disconosciuta in un momento successivo.

<sup>39</sup> In questo senso, sembra che Itzcovich e Ferrajoli dicano in fondo una cosa simile, sebbene in base a due impostazioni divergenti: anche quest'ultimo, infatti, afferma: «Normativismo e realismo giuridico, lungi dal configurarsi come approcci alternativi alla conoscenza degli ordinamenti giuridici, rappresentano infatti due diversi modelli semantici o di interpretazione empirica della teoria del diritto, parimenti essenziali perché corrispondenti l'uno all'universo linguistico delle norme e l'altro all'universo extralinguistico dei fatti e degli atti» (FERRAJOLI 2016, 88). L'incompatibilità fra le due posizioni, semmai, sta nel fatto che Ferrajoli, a differenza di Itzcovich (e di Kelsen), considera i diritti esistenti solo in quanto stabiliti da una norma, sicché la mancanza delle relative garanzie viene necessariamente a configurarsi, da un punto di vista nomostatico, come illegittima, in quanto logicamente imposta da quella stessa norma che conferisce i diritti.

<sup>40</sup> ITZCOVICH 2018, 120 s.; peraltro, secondo l'autore, questa tesi è funzionale a due politiche del diritto perseguite da Kelsen: da un lato, come si è appena accennato, evidenziare la possibile divaricazione tra essere e dover essere, di cui si rende colpevole il legislatore, al fine di sostenere la necessità di istituire un organo di giustizia costituzionale volto a sanzionare le possibili violazioni, e, dall'altro lato, mettere in guardia sul possibile abuso di discrezionalità in cui, più o meno consapevolmente, potrebbero incorrere i giudici, qualora siano chiamati a decidere applicando un diritto che è sì positivizzato, ma formulato in modo eccessivamente vago e polisenso; da ciò, secondo l'autore della dottrina pura, conseguirebbe la virtuale delegittimazione del parlamento a vantaggio della magistratura, i cui componenti si atteggierebbero, a questo punto, come gli autentici creatori del diritto. In questi due propositi, pertanto, Itzcovich ravvisa l'origine della diffidenza di Kelsen nei confronti della categoria dei diritti fondamentali, la cui statuizione in termini indeterminati potrebbe altresì condurre ad un uso della coercizione arbitrario ed imprevedibile.

bastanza semplice: un obbligo non garantito da una sanzione si risolve, nella pratica, in un mero dovere morale, lasciato alla “buona volontà” del legislatore (se va bene), o in una sterile proclamazione di un principio nato già morto (in caso contrario), e comunque in una figura indistinta e di fatto irrilevante, almeno per Kelsen; esso sarebbe, insomma, nient’altro che «belle parole su un pezzo di carta»<sup>41</sup>. In effetti, non si vede come quello teorizzato da Ferrajoli possa essere considerato un obbligo autenticamente giuridico, dal momento che esso non è né sanzionato, né tantomeno giustiziabile. Sulla scorta di quest’argomentazione, mi sembra inevitabile porsi la seguente domanda, nient’affatto provocatoria: quale differenza corre fra un diritto inesistente e un diritto esistente, ma non garantito? D’altro canto, secondo Kelsen, i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione rappresenteranno comunque dei frammenti di norme (e quindi non saranno certo giuridicamente irrilevanti, come sostenuto da Ferrajoli) qualora, sulla base della loro applicazione, l’organo di giustizia costituzionale giunga a dichiarare l’annullamento di una norma irregolare<sup>42</sup>: ecco, dunque, che anche la posizione ferrajoliana illustrata *supra*, per la quale l’esistenza di norme non assistite da una sanzione rappresenterebbe, in conseguenza della visione adottata da Kelsen, una «vanificazione di una parte rilevante del diritto positivo», perde definitivamente consistenza.

### 3.1. *Il contenuto indeterminato dei diritti fondamentali*

Al ragionamento svolto finora si potrebbero aggiungere due ulteriori considerazioni. Quando Ferrajoli sostiene che, secondo un’ottica giuspositivistica, i diritti e gli obblighi esistono in quanto posti, e d’altro canto afferma che alla norma che prevede un diritto fondamentale s’accompagna sempre il dovere di darle attuazione, enuncia una tesi a mio parere contraddittoria, dal momento che un siffatto obbligo, alla luce del fatto che il più delle volte non viene a concretizzarsi formalmente, e in deroga al principio di positività, dovrebbe essere assunto come implicitamente previsto. Inoltre (ed è questa la seconda considerazione), allorché il costituente stabilisce un diritto in maniera indeterminata, cioè senza specificare in che modo e con quali strumenti il legislatore sia chiamato ad inverarlo, il virtuale obbligo di attuarlo, teorizzato da Ferrajoli, finirebbe col risultare altrettanto indeterminato, per non dire evanescente<sup>43</sup>. Si prenda ad esempio, *ex multis*, il primo comma dell’art. 4 della nostra costituzione, che enuncia che «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto»: in tal caso, una volta proclamata l’esistenza, come deve intervenire il legislatore, di preciso, per “rendere effettivo questo diritto”? Emanando una normativa che favorisca l’accesso al lavoro per le fasce sociali più svantaggiate? Garantendo legislativamente una retribuzione minima? Sanzionando i licenziamenti discriminatori? La norma non lo specifica. E anche quando il parlamento avrà adottato una o più di queste misure, ciò sarà sufficiente a poter affermare che il diritto al lavoro sia realmente tutelato? Dobbiamo supporre che ogni norma che conferisce un diritto fondamentale rechi con sé un fascio indefinito di obblighi, ciascuno dei quali, se adempiuto, sia virtualmente idoneo a realizzarla? Ma allora tanto vale aderire all’impostazione kelseniana, che vede nelle norme inferiori la progressiva concretizzazione di quelle sovraordinate, ovviamente rimessa, almeno in una certa misura, alla discrezionalità degli

<sup>41</sup> ITZCOVICH 2018, 121. Non può negarsi, del resto, che è proprio questa la condizione in cui versano i diritti proclamati dalle carte dei diritti umani, almeno nel caso (purtroppo non infrequente) in cui quest’ultime non provvedano a istituire dei mezzi idonei ad assicurarne una piena ed effettiva tutela, in caso di loro violazione. Al riguardo, suggestiva è l’osservazione di Bryan Turner, per il quale «A strong notion of rights implies an equally strong notion of duty. [...] There are at present no recognizable Declarations of Human Duties. Therefore human rights are weak rights ascribed to humans *qua* humans who have no other access to basic security» (TURNER 2011, 4).

<sup>42</sup> Si veda ITZCOVICH 2018, 121 s.; si veda anche COMANDUCCI 1998, 154.

<sup>43</sup> Come riconosce Giorgio Pino, «Palesemente così si finisce per degradare i diritti fondamentali a mere “norme programmatiche”, la cui attuazione è interamente rimessa al legislatore» (PINO 2018, 133). A tale problema fa riferimento anche Omaggio, il quale riconosce che Ferrajoli «[...] Non fa i conti fino in fondo con i problemi interpretativi conseguenti alla positivizzazione di un materiale giuridico espresso “per principi”» (OMAGGIO 2018, 262).

organi chiamati ad attuarle<sup>44</sup>, anche in considerazione del fatto che in tal modo si supererebbe l'ulteriore esito problematico dato dalla difficoltà nel distinguere, nell'ambito delle norme costituzionali, quelle che conferiscono immediatamente un diritto fondamentale da quelle che, invece, si limitano a stabilire le direttive cui il legislatore è tenuto a conformarsi, potendo dunque venire qualificate come mere norme programmatiche<sup>45</sup>. Mi si consenta di avanzare un esempio ancora più drastico. Com'è noto, l'art. 2 della Costituzione dichiara che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». Già... Ma quali? Nonostante essi siano considerati una realtà preesistente all'ordinamento, anche in tal caso la norma rimane silente<sup>46</sup>. Ora, la L. n. 76/2016, che ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto delle unioni civili, esordisce richiamando proprio gli artt. 2 e 3 della Carta, ed è dunque legittimo sostenere che se ne ponga come attuazione. Dovremmo forse immaginare, seguendo il pensiero di Ferrajoli, che i diritti concessi dalla recente legge, nonché l'obbligo stesso di introdurre una tutela di questo tipo, già esistessero fin dal lontano 1948? Non sarebbe più aderente alla realtà affermare che i diritti esistono solo se effettivi e che, in caso contrario, essi sono nulla più che enunciati destinati a rimanere lettera morta? Ancora una volta, se davvero si vuole analizzare il diritto secondo una prospettiva scevra da opzioni che, per quanto condivisibili, rimangono pur sempre ideologiche<sup>47</sup>, se si vuole adeguatamente dar conto dell'ineliminabile possibilità di discrasie tra il diritto vigente e il diritto "vivente", se cioè lo si vuole conoscere e descrivere com'esso realmente è, e non come dovrebbe essere, risulta a mio parere indispensabile affiancare ad un modello squisitamente normativistico una visione concretamente giusrealistica.

#### 4. *Volontà e razionalità nella decisione del giudice*

Alla base delle critiche analizzate nei § precedenti vi è, mi sembra, un approccio epistemologico che muove dalla considerazione per cui dietro la produzione di una norma giuridica vi sarebbe non solo un atto di volontà, come sostenuto da Kelsen, ma anche un processo conoscitivo, volto a rivelare il materiale giuridico a partire da quello preesistente. Tale teoria sostiene che sarebbero senz'altro configurabili dei procedimenti razionali, tipici dell'argomentazione giuridica, volti a condurre ad un insieme di soluzioni non solo kelsenianamente valide, ma anche epistemologicamente corrette<sup>48</sup>, tra cui il giudice sarà poi chiamato a scegliere quella che gli sembrerà più adatta al caso, esercitando «un atto di volontà consistente in una *decisione sulla verità giuridica*»<sup>49</sup>. Questa

<sup>44</sup> Di un simile avviso, se bene intendo il suo pensiero, sembra essere Vincenzo Baldini, che a tal riguardo parla di «diritti strutturalmente incompiuti»: a questo proposito, si veda BALDINI 2016, 54 s.

<sup>45</sup> RUIZ MANERO 2015, 206 s.

<sup>46</sup> Emblematica, a tal riguardo, è la seguente constatazione di Norberto Bobbio: «La prima difficoltà deriva dalla considerazione che "diritti dell'uomo" è un'espressione molto vaga. Abbiamo mai provato a definirli? E se abbiamo provato, quale è stato il risultato? La maggior parte delle definizioni sono tautologiche: "Diritti dell'uomo sono quelli che spettano all'uomo in quanto uomo". Oppure ci dicono qualche cosa sullo *status* desiderato o proposto di questi diritti, non sul loro contenuto: "Diritti dell'uomo sono quelli che appartengono, o dovrebbero appartenere, a tutti gli uomini, o di cui ogni uomo non può essere spogliato". Infine, quando si aggiunge qualche riferimento al contenuto, non si può fare a meno di introdurre termini di valore: "Diritti dell'uomo sono quelli il cui riconoscimento è condizione necessaria per il perfezionamento della persona umana oppure per lo sviluppo della civiltà ecc. ecc.". E qui nasce una nuova difficoltà: i termini di valore sono interpretabili in modo diverso secondo l'ideologia assunta dall'interprete; infatti, in che cosa consista il perfezionamento della persona umana o lo sviluppo della civiltà, è oggetto di molti appassionanti ma insolubili contrasti» (BOBBIO 1997, 8). Su quest'ultimo punto, peraltro, tornerò nel paragrafo finale di questa trattazione.

<sup>47</sup> «Ma qui, forse, sta la differenza più grande tra il pensiero di Kelsen e quello di Ferrajoli. La differenza tra una rappresentazione realistica del mondo e una nobile ambizione di cambiamento» (RICCOBONO 2018, 43).

<sup>48</sup> Nelle parole di Ferrajoli, «Contrariamente infatti a quanto sostenuto da Kelsen, criteri razionali di scelta tra le diverse possibili interpretazioni associabili a un testo normativo esistono, a sostegno della "verità giuridica" non certamente assoluta, ma solo plausibilmente argomentata, decisa dall'interprete» (FERRAJOLI 2016, 162).

<sup>49</sup> FERRAJOLI 2016, 161.

tesi per cui «*veritas, non auctoritas, facit iudicium*»<sup>50</sup> evoca immediatamente la speculare concezione alexiana concernente la giustificabilità razionale del bilanciamento tra due principi costituzionali confliggenti, per la quale la norma risultante dalla decisione sarebbe da considerare valida non solo perché legittimamente posta dall'organo competente, ma anche (e soprattutto) in quanto "giusta" dal punto di vista del suo contenuto. È l'idea per cui, ai fini di una corretta giustificabilità della decisione, sia necessario avvalersi sia delle varie forme in cui si estrinseca il ragionamento giuridico messe a disposizione dall'ordinamento (dalla ricostruzione della volontà del legislatore al ricorso a precedenti vincolanti), sia di specifiche metanorme (emanate dalla giurisprudenza al fine di rappresentare una bussola che indichi la direzione da seguire per l'approvazione di decisioni future), sia di semplici criteri di carattere non prettamente giuridico (come il ricorso al principio di proporzionalità o a quello di uguaglianza)<sup>51</sup>. In conseguenza di ciò, Robert Alexy, pur bollando come inammissibile l'esistenza di un criterio razionale di carattere rigido che conduca sempre ad un'unica soluzione giusta, asserisce che ve ne sarebbe uno di tipo elastico, dal cui esperimento si trarrebbe una pluralità di decisioni ugualmente giuste: esso rivestirebbe un carattere procedurale, in quanto, mediante il ricorso a certe modalità argomentative, sarebbe possibile pervenire razionalmente ad una serie di norme, tutte correttamente ascrivibili ai diritti fondamentali<sup>52</sup>. Ora, occorre preliminarmente osservare che la tesi per cui la validità di una norma ascrivibile derivata implichi la sussistenza di una corretta argomentazione, idonea a legittimarne la riconducibilità a una norma che immediatamente dispone un diritto fondamentale, non solo tradisce un'impostazione filosofica di carattere giusnaturalistico, ma sembra anche rappresentare una *petitio principii*, nella misura in cui chi la rivendica non riesce a dimostrare l'esistenza fattuale di tale giustificazione, che dunque sembra destinata a rimanere solo presupposta<sup>53</sup>. Naturalmente, sono consapevole del fatto che le premesse teoriche da cui muove Alexy sono diverse da quelle che ispirano la dottrina pura; nondimeno, non posso fare a meno di notare che la tesi del maestro di Oldenburg rappresenta, almeno dal punto di vista di una scienza del diritto positivo, un'inutile complicazione, una soluzione a un problema inesistente. È facile ribadire, infatti, che, come osservato *supra*, la norma emanata dal tribunale costituzionale, seppure indesiderabile in quanto non conforme a una certa morale, rimane comunque vincolante per i soggetti chiamati ad applicarla (o, per dirla con Kelsen, essa possiede il senso oggettivo del dover essere)<sup>54</sup>; e poiché ciò che è considerato vincolante dall'ordinamento non può che essere dotato del crisma della validità giuridica, ne consegue che non è affatto necessario ricercare il fondamento di quest'ultima in un requisito di carattere sostanziale. Ad ogni modo – lo ribadisco – Alexy rigetta l'idea per cui, data una norma su un diritto fondamentale, vi sia un'unica argomentazione ammissibile ai fini della sua corretta ascrizione<sup>55</sup>; egli, piuttosto, sostiene che esista un criterio razionale mediante cui sia possibile dedurre un insieme di

<sup>50</sup> RUIZ MANERO 2015, 208.

<sup>51</sup> ALEXY 2012 [1985], 183 s.

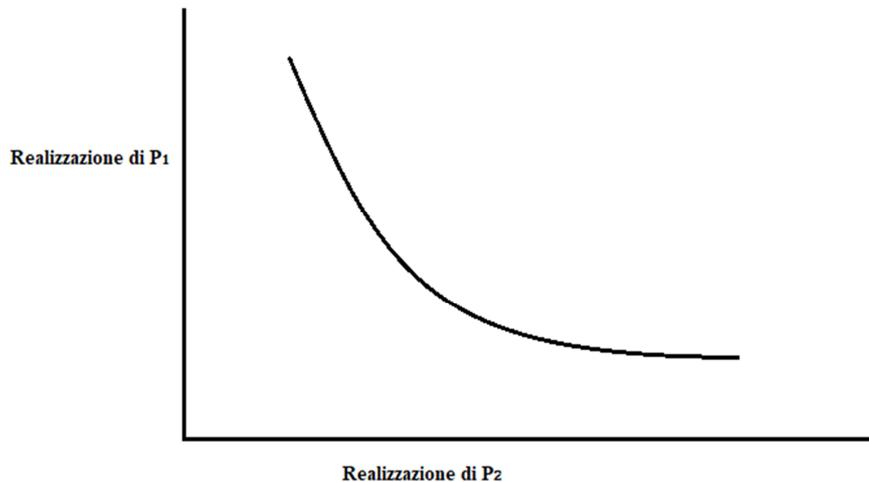
<sup>52</sup> ALEXY 2012 [1985], 168 ss.

<sup>53</sup> A dirla tutta, e facendo le dovute proporzioni, la posizione di Alexy fa venire in mente il metodo dei glossatori medievali, il cui approccio al testo normativo ricalcava quello adottato nell'esegesi dei testi sacri (a tal riguardo, si veda PADOA SCHIOPPA 2007, 95-97). È pur vero che, come si preciserà in seguito, Alexy non ritiene tanto che vi sia un'unica norma correttamente ascrivibile a un dato diritto fondamentale, quanto, piuttosto, un criterio che permetta di ricavare un insieme di norme aventi tale caratteristica, tutte potenzialmente legittime. Ciò, tuttavia, non cambia la questione, come si avrà modo di specificare nel corso dell'analisi successiva.

<sup>54</sup> In tal senso, rimane da classificare di natura puramente metagiuridica la "difficoltà" incontrata dall'autore nel caso di una virtuale emanazione, da parte della corte costituzionale tedesca, di una norma del tipo «Sulla base dell'art. 13 LF, l'amministrazione deve provvedere ogni studente di una abitazione con due camere nelle vicinanze dell'Università» (ALEXY 2012 [1985], 88): se il compito della scienza giuridica è solo quello di conoscere il diritto, essa dovrà limitarsi a verificare se una norma siffatta sia giuridicamente valida, e non se sia "corretta" in quanto morale ovvero opportuna per la società. In caso contrario, ci si troverà di fronte non ad una scienza giuridica, ma ad una metafisica giuridica.

<sup>55</sup> L'autore, infatti, afferma che «Le regole della giustificazione dei diritti fondamentali non definiscono alcuna procedura che conduca in ogni caso a un'unica risposta giusta» (ALEXY 2012 [1985], 90).

giustificazioni esatte, ognuna delle quali astrattamente idonea a fondarne la validità. Alexy illustra tale concetto facendo riferimento ad una curva di indifferenza: ogni punto appartenente ad essa rappresenta un tipo di bilanciamento accettabile, e la sua inclinazione, chiaramente, varierà a seconda degli interessi concretamente in gioco. Un esempio di tale curva viene fornito di seguito.



Come si vede, ad ogni punto della curva corrisponde un certo grado di realizzazione del principio  $P_1$ , che è inversamente proporzionale al grado di realizzazione del principio  $P_2$ . Sarà poi per mezzo della verifica della preferenza *prima facie* da assegnare ad ogni proposta di bilanciamento che sarà possibile scegliere quella più opportuna. Ad ogni modo, entrambi i modelli non mi sembrano esenti da critiche. Per ragioni di spazio, mi limiterò a presentarne solo due, che illustrerò nei paragrafi seguenti.

#### 4.1. La giustificabilità del bilanciamento: una “*reductio ad absurdum*”

Si supponga che i possibili criteri corretti del bilanciamento siano non infiniti (se non altro, a causa delle limitate possibilità fattuali della loro realizzazione), e si immagini, altresì, di graduarli a seconda del loro livello di efficienza, e dunque di preferibilità<sup>56</sup>, in maniera da ottenere la formula seguente:

$$(B_1, B_2, B_3, \dots B_n)$$

In questo modo,  $B_2$  risulterà preferibile rispetto a  $B_1$ ; d’altro canto,  $B_3$  sarà preferibile rispetto ai due criteri precedenti, e così via, fino ad arrivare a  $B_n$ , che rappresenterà il bilanciamento più razionale possibile, proprio in quanto più efficiente rispetto a tutti gli altri. Dunque, come si è appena detto,  $B_n$  costituisce la soluzione più razionale. A ben vedere, tuttavia, esso rappresenta in effetti l’unica soluzione razionale: poiché, infatti, la corte costituzionale può virtualmente scegliere qualunque modello tra quelli potenzialmente validi, non sarebbe forse irrazionale preferire qualsivoglia criterio diverso da quello ottimale? Pertanto, nell’insieme dei metodi astrattamente

<sup>56</sup> Naturalmente, la teoria non può determinare a priori le condizioni per cui un certo esito del bilanciamento sia preferibile rispetto ad un altro in un caso concreto. Tanto per proporre un esempio, si potrebbe assumere come parametro il complessivo livello di ottimizzazione dei principi in gioco: così, se da una parte con  $R_1$  e  $R_2$ , e dall’altra con  $R'$  e  $R''$ , si indicano i gradi di realizzazione di  $P_1$  e  $P_2$  sotto i criteri  $B_1$  e  $B_2$  rispettivamente, potrà dirsi che  $B_2$  è più efficiente di (e quindi preferibile a)  $B_1$  se vale la formula “ $R' + R'' > R_1 + R_2$ ”, cioè se il sacrificio totale dei due principi che deriva da  $B_2$  è minore di quello che si avrebbe qualora si scegliesse  $B_1$ .

possibili, solamente uno rappresenta una soluzione razionale, ovvero  $B_n$ . Ma poiché l'esistenza di un unico criterio razionale era già stata negata dallo stesso Alexy, ne consegue che deve escludersi anche l'esistenza di una pluralità di criteri razionali, stante la conseguenza assurda appena illustrata. In realtà, l'argomento migliore per dimostrare l'irrazionalità del bilanciamento risiede proprio nell'esigenza di esperire quest'ultimo: se fosse possibile raggiungere con certezza un risultato univocamente giusto, non avrebbe senso rimettere tale compito ad un organo istituito *ad hoc*: qualunque giurista potrebbe arrivare autonomamente ad una soluzione corretta, e la corte costituzionale non dovrebbe far altro che limitarsi a recepirlo<sup>57</sup>. Ciò non può che rafforzare la tesi che ravvisa un fattore discrezionale nella creazione della norma giudiziaria, confermandone la natura prettamente volitiva.

#### 4.2. La giustizia come ideale irrazionale

Come si ricorderà, alla fine del § 3.1 si è fatto riferimento all'istituto delle unioni civili, ponendolo in relazione agli artt. 2 e 3 della Costituzione; si consideri adesso un'ipotetica norma che miri a introdurre nel nostro ordinamento il matrimonio tra persone dello stesso sesso, sempre muovendo dal contenuto del terzo articolo della nostra Carta fondamentale, che viene declinato in due principi distinti e complementari. Un giudice conservatore, facendo leva sul principio di uguaglianza formale, che impone di non trattare situazioni diverse in maniera identica, potrebbe dichiarare illegittimo il suddetto istituto, in quanto considerato non sovrapponibile al matrimonio "tradizionale", soprattutto se quest'ultimo viene concepito come intrinsecamente orientato alla filiazione e alla cura della prole. Viceversa, un giudice progressista potrebbe considerarlo compatibile con il principio di uguaglianza sostanziale, in quanto la sua introduzione mirerebbe a "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini", e sarebbe perciò giustificata. Come si vede, in base a uno stesso principio (*rectius*, a due diversi aspetti del medesimo principio), è possibile giungere a conclusioni diametralmente opposte, ma entrambe astrattamente ragionevoli, e in ogni caso potenzialmente valide<sup>58</sup>. Dunque, se l'esperienza di un corretto bilanciamento permette, sulla base di un medesimo canone, di trarre due decisioni che, pur accettabili, sono reciprocamente incompatibili, si dovrà concludere che esso non potrà essere qualificato come razionale, «per la contraddizione che nol consente». Quest'argomento, unitamente a quello presentato nel paragrafo precedente, corrobora la tesi kelseniana che vede nella creazione di una norma il prodotto di un atto di volontà. Anzi, non è azzardato ipotizzare che la pretesa ragionevolezza rappresenti il più delle volte solo una maschera funzionale a legittimare l'arbitrio del giudice, da quest'ultimo celato dietro alla prima<sup>59</sup>. Se da tale caratteristica possa derivare una situazione favorevole o deleteria dipende, in ultima analisi, dal modo in cui l'organo giudiziario (foss'anche la corte costituzionale) concepisce la propria attività, cioè dal fatto che

<sup>57</sup> Nonostante sia rivolta a Ferrajoli, si consideri, a tal proposito, la seguente battuta di Pfersmann, che può idealmente racchiudere il tema fondamentale di quest'ultimo paragrafo: «Il diritto è purtroppo raramente razionale. La scienza del diritto dovrebbe esserlo. E purtroppo non lo sarà se concepisce suo oggetto il mondo morale» (PFERSMANN 2018, 97).

<sup>58</sup> Si rifletta sulla seguente osservazione di Bobbio: «Orbene, due diritti fondamentali ma antinomici non possono avere, gli uni e gli altri, un fondamento assoluto, un fondamento cioè che renda un diritto e il suo opposto, entrambi, inconfutabili e irresistibili. Anzi è bene ricordare che storicamente l'illusione del fondamento assoluto di alcuni diritti stabiliti è stata di ostacolo all'introduzione di nuovi diritti, in tutto o in parte incompatibili con quelli. [...] Il fondamento assoluto non è soltanto un'illusione; qualche volta è anche un pretesto per difendere posizioni conservatrici» (BOBBIO 1997, 13 s.); ma si veda anche Kelsen 2000a, 60.

<sup>59</sup> Vengono in mente, a tal proposito, le seguenti parole di Antonio Ruggieri: «La Corte fa, pertanto, una scelta che è, e per sua natura rimane, ideologica, anche se la ammantata col fascino di argomenti qualificati come prettamente giuridici. Non potrebbe, d'altronde, fare diversamente: né la comunità degli esperti né quella dei cittadini né, infine, gli altri attori istituzionali potrebbero prestare il loro consenso ad una decisione che si presentasse come frutto di un mero atto d'autorità» (RUGGERI 2009, 51).

quest'ultima sia rivolta a sopperire alla negligenza del legislatore (come sovente accade in Italia), ovvero a sostituirsi indebitamente nelle funzioni del parlamento democraticamente eletto (come paventato dal maestro di Praga). In ogni caso, a conclusione di quest'analisi, non si può che rievocare la concezione kelseniana intorno alla giustizia<sup>60</sup>, intesa dal nostro autore come un ideale irrazionale, caratteristica comprovata proprio dalla necessaria esistenza delle norme del diritto positivo e dalla loro caleidoscopica mutevolezza nello spazio e nel tempo<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Si veda, a questo proposito, KELSEN 2000a, 58 s.

<sup>61</sup> Per Kelsen, «Il tentativo non è di costruire, dunque, un ordinamento politico e giuridico *giusto* ma di neutralizzare, percorrendo il più possibile le vie della ragione, lo scontro tra opposte concezioni del mondo all'interno di un medesimo contesto sociale» (RICCOBONO 2013, 403).

*Riferimenti bibliografici*

- ALEX Y R. 2012. *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino (ed. or. 1985, trad. it. di L. Di Carlo).
- BALDINI V. 2016. *Che cosa è un diritto fondamentale? La classificazione dei diritti fondamentali: profili storico-teorico-positivi*, in «Diritti fondamentali», 1, 2016.
- BARBERIS M. 2017. *Ferrajoli successore di Kelsen o Kelsen precursore di Ferrajoli?*, in «Ragion pratica», 1, 2017, 225 ss.
- BOBBIO N. 1997. *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, 5 ss.
- CARROZZA P., DI GIOVINE A., FERRARI G.F. (eds.) 2014. *Diritto costituzionale comparato. Tomo I*, Laterza.
- CELANO B. 1999. *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino.
- COMANDUCCI P. 1998. *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli.
- ESCUADERO ALDAY R. 2010. *De la constitucionalización a la indeterminación. Retos y desafíos del positivismo jurídico*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 44, 2010, 395 ss.
- FERRAJOLI L. 2013. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza.
- FERRAJOLI L. 2016. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza.
- GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè.
- GUASTINI R. 2014. *Ancora sulla validità in Kelsen*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2014, 77 ss.
- HART H.L.A. 2002. *Il concetto di diritto*, Einaudi (ed. or. 1961, trad. it. di M.A. Cattaneo).
- ITZCOVICH G. 2018. *Teoria e politica della dottrina pura del diritto. Su alcune critiche di Ferrajoli a Kelsen*, in «Analisi e diritto», 1, 2018, 105 ss.
- JELLAMO A. 2019. *Osservazioni su legalità e giustizia. Kant, Kelsen, Radbruch*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2019, 401 ss.
- KELSEN H. 1985. *Teoria generale delle norme*, Einaudi (ed. or. 1979).
- KELSEN H. 1990. *Dottrina pura del diritto*, Einaudi (ed. or. 1960).
- KELSEN H. 1997. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane (ed. or. 1911).
- KELSEN H. 2000a. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi (ed. or. 1934).
- KELSEN H. 2000b. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas (ed. or. 1945).
- LOMBARDI VALLAURI L. 2012. *Corso di filosofia del diritto*, CEDAM.
- LUZZATI C. 1999. *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè.
- OMAGGIO V. 2018. *Luigi Ferrajoli interprete di Kelsen*, in «Diritto e questioni pubbliche», 18, 2, 2018, 253 ss.
- PADOA SCHIOPPA A. 2007. *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, il Mulino.
- PAULSON S.L. 2013. *How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law*, disponibile in: <http://journals.openedition.org/revus/2727> (consultato il 01/05/2019).
- PFERSMANN O. 2018. *L'antinomia fondamentale del garantismo e la questione della classificazione delle teorie del diritto*, in RICCOBONO F., ROMEO F. (eds.), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, 75 ss.
- PINO G. 2018. *Tre aporie (e qualche altra perplessità) nell'opera di Luigi Ferrajoli*, in «Analisi e diritto», 1, 2018, 129 ss.

- RICCOBONO F. 2013. *Kelsen e la religione*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2013, 395 ss.
- RICCOBONO F. 2018. *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, in RICCOBONO F., ROMEO F. (eds.), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, 25 ss.
- RUGGERI A. 2009. *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Giappichelli.
- RUIZ MANERO J. 2014. *El legado del positivismo jurídico*, Palestra Editores.
- RUIZ MANERO J. 2015. *Sobre el Kelsen de Ferrajoli*, in «Isonomía», 43, 2015, 197 ss.
- SAMMARCO S. 2018. *Giustizia e morale. Relativismi kelseniani*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2018, 351 ss.
- SCIACCA F. 2016. *Hans Kelsen. Dalla teoria del diritto a una filosofia per la costituzione*, in «Filosofia politica», 2, 2016, 257 ss.
- TURNER B.S. 2011. *Comment on Kate Nash/4. Are Human Rights Justiciable?*, in «Sociologica», 1, 2011.