

Principale artefice della diffusione del pensiero di Hans Kelsen nella cultura giuridica italiana, Norberto Bobbio ha riflettuto sulle opere del giurista austriaco fin dall'inizio del suo percorso accademico. Dapprima considerata criticamente, la dottrina pura del diritto divenne per lui, nel secondo dopoguerra, il punto di riferimento di un progetto di rinnovamento che mirava a rendere scientifiche la filosofia e la teoria del diritto, svincolandole da approcci metafisici e ideologici. La convinta difesa delle idee kelseniane non impedì tuttavia, a Bobbio, di vederne anche i limiti e di leggerne criticamente i fondamenti. Le riflessioni sulla stretta connessione tra teoria della norma e teoria dell'ordinamento; sulla norma fondamentale, sulla funzione delle norme, sulla connessione tra giurisprudenza e metagiurisprudenza segnano alcune significative innovazioni suggerite da Bobbio ai cultori della teoria generale del diritto muovendo proprio da una lettura criticamente attenta delle opere kelseniane. Ma soprattutto, l'insistenza sul nesso tra diritto e potere come questione ineludibile della stessa teoria del diritto individua lo spazio nel quale il pensiero di Bobbio rivendica una sua autonoma originalità rispetto a quello di Kelsen, permettendo altresì di segnalare il sostrato ideologico della teoria pura del diritto.

Il presente volume raccoglie i saggi dedicati da Bobbio alla teoria giuridica del grande pensatore austriaco. Essi si collocano nel contesto di un dialogo costante con le opere di Kelsen che ha lasciato traccia, oltre che nella teoria del diritto, anche nella teoria della democrazia e nel pacifismo giuridico del filosofo torinese.

**Bobbiana**

*Opere di Norberto Bobbio per l'Università*

*Collana diretta da TOMMASO GRECO*



**Norberto Bobbio**

# Diritto e potere

**Saggi su Kelsen**

*a cura di*

**Tommaso Greco**

*Introduzione di*

**Agostino Carrino**

N. Bobbio – Diritto e potere



ISBN/EAN



9 788834 888834

€ 27,00

**G. Giappichelli Editore – Torino**

# I LA TEORIA PURA DEL DIRITTO E I SUOI CRITICI

## 1. Occasione del saggio

Le due traduzioni italiane di Kelsen<sup>1</sup> giungono, rispetto al momento della maggiore fortuna dell'opera kelseniana, in ritardo. Anzi, sopravvivono in una fase di declino, o addirittura di aperta reazione. In occasione delle onoranze tributategli in America per il suo settantesimo compleanno, solo poche riviste, in Italia, che io sappia, si son ricordate di rendergli omaggio<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1967 (1ª ed.: 1952), introduzione e traduzione di Renato Treves, Torino, Einaudi, 1952. (In appendice: *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica; Causalità e imputazione*); *Teoria generale del diritto e dello Stato*, traduzione di Giuseppino Treves e Sergio Cotta, Milano, Edizioni di Comunità, 1952. (In appendice: *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*). [Dal 1954, anno cui risale questo primo capitolo, le traduzioni di Kelsen in Italia sono diventate sempre più numerose, mentre si allungava anche l'elenco delle sue opere. Della stessa *Dottrina pura del diritto*, apparve nel 1960 una seconda edizione, diversa e molto ampliata, che, una volta tradotta anch'essa in italiano, consigliò di cambiare il titolo alla traduzione trevesiana della prima edizione in *Lineamenti di dottrina del diritto*. Do di seguito le abbreviazioni con le quali verranno citate le opere di Kelsen più ricorrenti: *Reine Rechtslehre*, Leipzig und Wien, Deuticke, 1934; trad. it. cit.; d'ora in poi: RRL<sup>1</sup>; *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945; trad. it. cit.; d'ora in poi: GTLS; *Reine Rechtslehre*, Zweite Auflage, Wien, Deuticke, 1960; trad. it. a cura di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966; d'ora in poi: RRL<sup>2</sup>; *Allgemeine Theorie der Normen*, hrgs. von K. Ringhofer u. R. Walter, Wien, Manz, 1979; trad. it. a cura di M.G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi, 1985; d'ora in poi: ATN].

<sup>2</sup> La «Rivista di filosofia», pubblicando un di lui saggio inedito *Scienza e politica*, 1951, pp. 353-377; la «Rivista internazionale di filosofia del diritto», pubblicando un saggio di R. Treves dedicato all'esame dell'opera kelseniana nel suo sviluppo

Colui che non sono molti anni era al centro di ogni discussione fra i giovani studiosi di diritto, non solo di diritto costituzionale e internazionale, ma pur di diritto privato – la sua teoria generale costituiva una vera e propria iniziazione agli studi giuridici –, oggi non dico che sia ignorato o meno discusso, ma è avvicinato con preconcetta diffidenza, e quindi meno compreso, talora superficialmente messo da parte come autore dannoso, talora insipientemente e acrimonosamente osteggiato. Non si può fingere d'ignorare che, proprio in occasione di queste traduzioni, su due autorevoli riviste due studiosi, un maestro di giovani e un giovane storico, hanno scritto sul Kelsen pagine da «colonna infame» additandolo, l'uno, come pericoloso propalatore di teorie sediziose, l'altro, come decadente portavoce del conformismo piccolo-borghese, entrambi come «immoralista»<sup>3</sup>.

Giungono, queste due traduzioni, in ritardo; ma sono, ciò nonostante, e forse proprio per questo, opportunissime: tardive, vorrei dire, ma non intempestive. Anzitutto, il valore dell'opera di un giurista della statura di Hans Kelsen – statura, piaccia o non piaccia, imponente – non si misura col metro delle correnti di opinioni che si fanno e si disfano per il mutare degli eventi e delle ideologie che li muovono, e tanto meno col metro degli umori e delle «impressioni» personali. E poi, per dissipare sospetti, per eliminare incomprensioni preconcette, per ristabilire scale di valori sovvertite, per contrapporre ciò che è vivo a ciò che è morto, nulla val meglio che una onesta e franca rilettura dell'opera contesa. E poiché a questa rilettura ci invitano, agevolandola, i volumi tradotti – scelti, entrambi, tra i più significativi della copiosissima opera kelseniana – non possiamo che rallegrarci del fatto che essi, un anno prima o un anno dopo non importa, siano apparsi in decorosa veste e in traduzioni affidate a specialisti, che non si potrebbero desiderare più accurate, costituendo non solo un doveroso omaggio al giurista che maggiore influsso ha esercitato sulla scuola giuridica italiana,

storico: *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, 1952, pp. 177-198 (ora in H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. Paulson, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pp. 89-105).

<sup>3</sup> G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1952, pp. 767-815; R. NICOLOSI, *Formalismo e storicismo del diritto*, in «Rivista italiana di scienze giuridiche», 1951, pp. 293-329.

nel ventennio fra le due guerre, ma anche un'ottima occasione per un riesame del pensiero kelseniano alla luce delle critiche che da ogni parte si sono sollevate contro di esso, per un raffronto tra lui e i suoi oppositori, e forse per il ristabilimento di più giusti o meno appassionati giudizi.

## 2. Gli avversari della teoria pura del diritto: giusnaturalisti e sociologi

Com'è noto, la teoria pura del diritto ha sempre combattuto sopra due fronti: contro il *diritto naturale*, da un lato, e contro la *sociologia* dall'altro. La polemica contro il diritto naturale è stata condotta in nome dell'*oggettività* della scienza, la quale ha il compito di conoscere la realtà e non di valutarla, mentre il diritto naturale è il campo di tutte le ideologie che hanno di volta in volta preteso di dare una valutazione del diritto positivo per affermarne la conformità a certi ideali di giustizia (dottrine conservatrici) o la difformità (dottrine rivoluzionarie). Di contro all'*oggettività* della teoria pura del diritto (e senza *oggettività* non vi è scienza), il diritto naturale esprime valori *soggettivi* o addirittura irrazionali, e quindi irriducibili ad analisi scientifica. La polemica contro la sociologia, invece, è condotta in nome della distinzione tra la sfera dell'essere, a cui appartengono i fenomeni sociali, e la sfera del dover essere, a cui appartiene il diritto, il quale, in quanto norma o complesso di norme (ordinamento), è una struttura qualificatrice della realtà sociale, e come tale deve essere studiato non da una scienza come la sociologia che procede allo studio della realtà sociale col metodo causale proprio delle scienze naturali, ma da una scienza particolare, *sui generis*, non esplicativa, ma normativa, non di fatti (fisici, psichici, sociali) ma di norme (qualificatrici di fatti).

Se si tengono presenti questi due bersagli, si capisce perché la teoria pura del diritto avanzi due pretese fondamentali: *a*) di essere scienza (e non ideologia); *b*) di essere la scienza propria dell'oggetto specifico a cui si rivolge, il diritto (e non di oggetti diversi, se pure affini, come son quelli studiati dalla sociologia). Con la prima pretesa si pone come la *vera* scienza (in contrapposto alla pseudo-scienza dei giusnaturalisti e in genere di colo-

ro che subordinano lo studio del diritto alle ideologie politiche). Con la seconda si pone come l'unica scienza del diritto (in contrapposto alle scienze affini che tendono a sostituirsi alla giurisprudenza normativa).

Orbene, le critiche al Kelsen, che hanno creato quell'atmosfera di reazione che abbiamo ricordato in principio, derivano principalmente dai due fronti contro i quali la teoria pura del diritto ha diretto il proprio fuoco incessante: dai *fautori del diritto naturale* e dai *sociologi*. Per quanto gli uni e gli altri si muovano su terreno diversissimo e talora contrapposto (i primi generalmente sul terreno metafisico, i secondi su quello dell'esperienza) e abbiano dietro alle loro spalle tradizioni divergenti (il razionalismo, da un lato, e il positivismo, dall'altro), sono alleati nel contrattacco alla dottrina kelseniana. Si considerino, ad esempio, come rappresentanti tipici del giusnaturalismo i giuristi cattolici, come campioni della difesa della società contro il formalismo, i giuristi marxisti. Nessuno vorrà dubitare che cattolici e marxisti siano in contrasto tra loro. Ma non vi è pure il minimo dubbio che sono entrambi risolutamente anti-kelseniani; e che la reazione contro il Kelsen, qui in Italia, fa egualmente capo agli uni e agli altri, e, più in generale, a tutti coloro che richiedono maggior contatto dello studioso di diritto positivo, da un lato, con i valori di giustizia a cui il diritto positivo si ispira, e dall'altro, con la realtà sociale su cui si forma.

### 3. Inconsistenza dell'obiezione secondo la quale la teoria pura del diritto indebolisce la resistenza contro gli ordinamenti ingiusti

Cominciamo dai fautori del diritto naturale. Costoro dicono: la teoria pura del diritto, in quanto espressione ultima e conseguente del positivismo giuridico, esclude che vi sia altro diritto all'infuori del diritto positivo; perciò è costretta ad accettare come diritto qualsiasi aberrazione morale o religiosa (e quanti sono stati gli esempi, che la storia recente ci ha posti sotto gli occhi con drammatica evidenza!) che piaccia a un despota o a una classe di uomini politici senza scrupoli di imporre nelle forme del diritto costituito. L'errore capitale della teoria pura del diritto,

secondo costoro, starebbe dunque nel fatto che, imponendo al giurista di comportarsi come un freddo interprete della norma positiva, qualunque sia il valore etico della norma, lo trasforma in un collaboratore di qualsiasi regime, per abietto e ripugnante che sia, in un lodatore, o per lo meno in un impassibile indagatore, del fatto compiuto.

Qual consistenza ha una simile obiezione, che pur viene ripetuta con insistenza ed è accreditata presso molti giuristi? Noi riteniamo che non ne abbia nessuna. Kelsen ha distinto, fino alla sazietà, il problema del *valore* del diritto da quello della *validità*, il problema cioè se una norma sia giusta (per es., se sia conforme o meno al diritto naturale per coloro che ritengono essere il diritto naturale il diritto assolutamente giusto) dal problema se sia esistente (cioè valida); e ha detto che compito della scienza del diritto, se deve essere scienza come ogni altra scienza, cioè indifferente ai valori, non è di occuparsi della maggiore o minor giustizia delle norme di un determinato ordinamento, ma della loro esistenza o non esistenza. Questa distinzione serve esclusivamente (e noi aggiungiamo egregiamente) a non confondere due ordini diversi di problemi, e quindi a dare alla scienza del diritto quello che è della scienza del diritto, alla filosofia (se pensiamo che la filosofia sia in ultima analisi la elaborazione e giustificazione di un sistema di valori) ciò che è della filosofia. Essa non elimina affatto uno dei due problemi a favore dell'altro: non elimina il problema della giustizia o della giustificazione del diritto positivo solo per il fatto di affermare che esso è diverso dal problema della validità, così come non elimina il problema della giustificazione del male nel mondo (la cosiddetta teodicea) il fatto che le scienze della natura abbiano il compito esclusivo di descrivere e spiegare i fenomeni (anche quelli che ci ripugnano o suscitano scandalo). Si pensi quale effetto grottesco produrrebbe oggi il teologo il quale rimproverasse lo scienziato di non essersi indignato per l'iniquo e fraudolento comportamento del ragno contro la mosca. Allo stesso modo: che le leggi razziali (tanto per fare il solito esempio a cui ricorrono gli odierni moralisti del diritto) siano inique non toglie che, purtroppo, siano esistite, e siano state non soltanto valide, ma anche (per il modo con cui furono messe in atto e trovarono esecutori entusiasti e una massa inerte di consenzienti)

efficaci. E, se sono esistite, è chiaro che il problema della loro validità o applicazione o interpretazione era, nell'ordinamento in cui vigevano, un problema diverso da quello della loro valutazione.

#### 4. Confusione in cui cadono i giusnaturalisti tra giudizio sulla giustizia e giudizio sulla validità di una norma

Ciò che la teoria pura del diritto elimina non è l'uno o l'altro problema, ma la *confusione* di entrambi; ed è proprio questa confusione quella in cui finiscono per cadere, per troppo entusiasmo etico-politico, i suoi oppositori. Infatti, a ben guardare, dietro la riprovazione della teoria pura del diritto, compiuta dai fautori del diritto naturale, non c'è soltanto il desiderio, che riteniamo perfettamente legittimo (e, come abbiamo visto, non è affatto respinto dalla dottrina kelseniana), che l'ordinamento positivo, oltre ad essere esaminato nella sua obbiettività, sia altresì valutato nella sua maggiore o minore adeguazione ad un ideale di giustizia, ma anche l'aspirazione a che la valutazione delle norme si sovrapponga in tal guisa alla constatazione della validità da sostituirvisi completamente e da giustificare l'affermazione – a cui ogni coerente dottrina giusnaturalistica non può fare a meno di tendere – che *la norma sia valida solo se è anche giusta*. Ma proprio qui c'è la confusione; proprio qui la dottrina kelseniana ha mille ragioni da far valere.

Siamo disposti ad ammettere che l'affermazione giusnaturalistica: «ogni norma giuridica è valida solo se è anche giusta» abbia, e soprattutto abbia avuto, scopi pratici ben definiti: da un lato, di richiamare il sovrano, soprattutto in una epoca in cui non era ancora stato istituito un sistema efficace di controlli costituzionali, al dovere (morale o religioso) di attenersi, nell'esecuzione della sua funzione legislativa, a certi principi di umanità e di giustizia, sotto la minaccia che in caso contrario sarebbe sorto nei sudditi il diritto di non ubbidire (proprio come se la norma non fosse valida); dall'altro, di fornire ai sudditi, soprattutto in un'epoca in cui, non esistendo diritti politici, il cittadino non partecipava alla formazione della legge, un pretesto per rifiutare l'obbedienza alla legge imposta contro la sua co-

scienza morale o religiosa (proprio come se la norma non fosse valida). Ma questi scopi – nobilissimi quanto si vuole, se pure, negli stati democratici dove vi sono altri mezzi più efficaci per garantire la corrispondenza delle leggi alle esigenze della giustizia, alquanto anacronistici – non cancellano minimamente il fatto che le leggi di qualsiasi ordinamento siano state e siano valide ed efficaci anche se ingiuste, e che il giurista – se vuole essere un indagatore di fatti e non un moralista o un predicatore – abbia il dovere di distinguere le norme valide da quelle invalide, indipendentemente dal fatto che esse ripugnino o meno alla propria ed altrui coscienza.

E poi che cosa si intende per giustizia? Esiste un criterio sicuro per distinguere il giusto dall'ingiusto? Quel che lo studio della storia del diritto naturale ci mostra è che le massime della giustizia, quando sono universali, sono formule vuote, riempibili di ogni possibile contenuto; quando le riempiamo di un determinato contenuto, e diciamo ad es. che «bisogna dare a ciascuno secondo il proprio lavoro», perdono ogni valore di universalità e diventano regole di azione derivate da una certa ideologia politica che ha la sua giustificazione storica, ma nulla di più. Di conseguenza, quando si dice che le norme giuridiche sono valide solo se sono giuste, i casi sono due: o si fa riferimento alla forma universale ma vuota della giustizia, e allora tutte le regole giuridiche sono giuste, onde anche la dottrina giusnaturalistica rischia di diventare, come la dottrina positivista più radicale, una giustificazione del fatto compiuto; oppure ci si riferisce ad una formula particolare (la quale, appunto perché particolare, tollera accanto a sé la presenza di altre formule particolari della giustizia), e allora le norme giuridiche sarebbero valide a seconda delle credenze o ideologie delle persone che son chiamate ad applicarle.

Con queste osservazioni sopra la mancanza di absolutezza del giudizio di valore (il Kelsen parla addirittura di giudizi soggettivi, irrazionali, ma con una radicalizzazione del problema che riteniamo inaccettabile), non si vuole affatto negare al cittadino, diciamo meglio all'individuo, o ai gruppi organizzati d'individui, la possibilità di sottoporre la legge ad una valutazione morale. Quel che si nega è che il giudizio di valore sia tutt'uno col giudizio di validità, e che si possa far dipendere il giudizio

di validità, a cui è tenuto lo scienziato: «la norma x esiste o non esiste?», dal giudizio di giustizia, che è compito del moralista: «la norma x è giusta o non è giusta?». Si può esporre la questione in questi altri termini: la differenza tra giudizio sulla giustizia di una norma e giudizio sulla validità della stessa norma sta in ciò, che il primo è un giudizio di valore, il secondo un giudizio di fatto. Ora, far dipendere la esistenza della norma dalla sua maggiore o minore conformità ad un ideale di giustizia equivale a subordinare il giudizio che noi siamo chiamati a dare, come storici, sull'esistenza di un fatto al valore che vi attribuiamo. Che Bruto abbia ucciso Cesare è un giudizio di fatto; che l'uccisione di Cesare sia un'azione buona o cattiva, è un giudizio di valore. Che diremmo dello storico il quale sostenesse che non è *vero* che Bruto uccise Cesare perché non è *bene* che l'abbia ucciso?

##### 5. Differenza fra la teoria pura del diritto e la concezione legalistica della giustizia

I giusnaturalisti, è vero, potrebbero replicare che, nel campo degli atti umani, i giudizi di valore tendono a influire sui comportamenti e a modificarli in un certo senso, e la condanna di una legge, considerata ingiusta, non pretende di negare che la legge esiste, ma semplicemente di indurre il più gran numero possibile di cittadini a non eseguirla, cioè a fare in modo che essa in un prossimo o lontano avvenire cessi di esistere. In altre parole, i giusnaturalisti, affermando che quella data legge è ingiusta, non pretenderebbero di affermare che essa non esiste (e solo in questo caso si farebbe dipendere la esistenza di un fatto dalla valutazione), ma affermerebbero semplicemente che essa *non deve esistere* (e in questo caso il passaggio da una valutazione a una regola del comportamento è perfettamente legittimo), come chi dicesse che non è bene che Bruto abbia ucciso Cesare e quindi Bruto non avrebbe dovuto uccidere Cesare.

Ma quando si sia preso atto di questa replica, o se si vuole, di questa rettifica, non si vede quale argomento si possa da essa desumere contro la distinzione kelseniana tra validità e valore, che è il punto in discussione. Si potrebbe trarre un argomento

se si potesse dimostrare che dalla posizione metodologica della teoria pura del diritto, secondo cui il giurista ha il compito di occuparsi del diritto effettivamente valido e non del diritto giusto, derivasse, come conseguenza logicamente necessaria, la regola «che tutte le leggi, in quanto tali, debbono essere ubbidite»: ma questa conclusione non è in alcun modo deducibile, né il Kelsen, che io sappia, l'ha mai, per conto suo, dedotta. Altro è, infatti, affermare che il giurista, che vuol fare scienza e non opera di apologetica o di politica o di filosofia morale, debba studiare le leggi nella loro effettualità, indipendentemente dalla corrispondenza di esse a questo o quello ideale di giustizia. Altro è affermare che l'individuo debba ubbidire le leggi in quanto tali. La prima è una proposizione di ordine logico-metodologico che caratterizza l'atteggiamento dello scienziato del diritto distinguendolo da quello del filosofo e dell'oratore; la seconda è una proposizione d'ordine etico o politico, che si riferisce al comportamento dell'individuo nei confronti delle leggi del suo paese. Con la prima posizione siamo nel campo di una concezione della scienza giuridica; con la seconda entriamo nel campo di una concezione della giustizia, in particolare della concezione legalistica della giustizia, che si distingue dalla concezione sostanziale o etica della giustizia<sup>4</sup>. Che vi siano giuristi positivisti, i quali sono, nello stesso tempo, sostenitori della giustizia legalistica, non significa affatto che le due posizioni si implicino. Quando io dico che, in quanto studioso di un ordinamento giuridico, devo fare oggetto della mia ricerca soltanto le norme esistenti, non faccio che stabilire i criteri metodologici della mia ricerca. Se poi, constatata la validità di quella norma, io la debba, in quanto uomo, sottoporre ad un'ulteriore valutazione e, in base al risultato di questa valutazione, ubbidirla o non ubbidirla, oppure accettarla qual è in quanto legge, questo

<sup>4</sup> Il Kelsen si limita ad affermare, che io sappia, che «solo nel senso di legalità il concetto di giustizia può rientrare in una scienza del diritto» (GTLS, p. 14), e ancora che «i giudizi giuridici di valore sono giudizi che possono venire verificati oggettivamente con l'aiuto dei fatti. Per questo essi sono accettabili in una scienza del diritto» (*ivi*, p. 49). Con ciò egli vuol dire che la scienza del diritto è in grado soltanto di verificare la conformità di un fatto alla legge, vale a dire se quel fatto sia giusto secondo la concezione legalistica della giustizia, non già, anche, che la concezione legalistica della giustizia sia *più giusta* di ogni altra concezione della giustizia.

è un altro discorso. Sia ben chiaro che l'ubbidienza alla legge in quanto tale deriva logicamente soltanto dal fatto che io non ritenga di sottoporla ad un'ulteriore valutazione di giustizia, perché la considero in sé stessa giusta; non dal fatto che abbia constatato la sua validità.

Il legalismo giuridico, insomma, è una dottrina etico-politica, il cui contenuto consiste nell'affermare che le leggi sono in quanto tali giuste (e perciò devono essere ubbidite), mentre la dottrina pura del diritto si limita ad affermare che le leggi sono valide indipendentemente dal fatto che siano giuste o ingiuste. Come dottrina etico-politica del diritto, la concezione legalistica si contrappone alla concezione giusnaturalistica: quest'ultima, infatti, come abbiamo osservato, sostiene che le leggi sono valide solo se sono giuste, mostrando così di distinguere nettamente il giudizio di validità da quello di valore e subordinando il primo al secondo; la prima, invece, sostiene che la norma è giusta per il solo fatto di essere valida, cioè di essere una legge, unificando in tal modo il problema del valore con quello della validità. Ora è evidente che se, da un lato, la teoria pura del diritto non può essere confusa con la concezione giusnaturalistica perché non subordina la validità al valore, non può neppure, dall'altro, essere confusa con la concezione legalistica, la quale, tra validità e valore, non opera nessuna distinzione. Ciò vuol dire, in altre parole, che dall'atteggiamento scientifico del teorico puro del diritto possono derivare, in sede pratica, entrambi gli atteggiamenti etico-politici propugnati dalla concezione giusnaturalistica e da quella legalistica, cioè tanto la valutazione della legge secondo giustizia, onde può derivare un atteggiamento di resistenza o di obbedienza passiva, quanto la riduzione della giustizia a legge, da cui non può derivare altro atteggiamento che quello dell'obbedienza attiva. La teoria pura del diritto è una teoria della conoscenza del diritto, non è una teoria della giustizia, e quindi, se non può identificarsi con la teoria giusnaturalistica, non può neppure identificarsi con la concezione legalistica, che è anch'essa una teoria della giustizia. Essa è, di fronte alle teorie della giustizia, in una parola, indifferente; e proprio in quest'indifferenza fa consistere il dovere del giurista, in quanto scienziato.

## 6. Non si può confondere l'atteggiamento scientifico proprio della teoria pura del diritto con l'atteggiamento ideologico implicito nelle varie concezioni della giustizia

Fuori dell'ambito della scienza del diritto, indifferente alle diverse concezioni della giustizia, sono possibili i più diversi atteggiamenti morali di fronte a un determinato ordinamento giuridico. È possibile tanto l'atteggiamento, moralmente encomiabile, di colui che protesta contro una legge ingiusta, quanto quello, moralmente meno lodevole, di chi rimane impassibile, o addirittura si solleva contro una legge giusta. Ma noi abbiamo il diritto di considerare antiscientifico il secondo solo se siamo disposti a considerare antiscientifico anche il primo. Sarebbe troppo comodo dire che non rispetta il dovere dello scienziato il giurista fascista o comunista che mostra di non essere neutrale di fronte ad alcune leggi contrarie alle proprie ideologie, e dire, nello stesso tempo, che lo rispetta il giurista cattolico che si comporta nello stesso modo e giunge sino ad affermare che è dovere di tale giurista di non essere neutrale; o, in altre parole, sarebbe troppo comodo pretendere che il primo, del quale non condividiamo le ideologie, sia impassibile perché la scienza lo richiede, e poi in nome della stessa scienza lodare la mancanza d'impassibilità di colui che si trova dalla nostra stessa parte. Certamente, l'atteggiamento del primo potrà suscitare fastidio o sdegno, quello del secondo potrà provocare il mio consenso, ma è chiaro che io sono pienamente autorizzato a dire che il primo fa male il suo mestiere solo se son disposto a riconoscere che lo fa male anche il secondo. La differenza, se mai, sarà che questo secondo, pur disapprovandolo come giurista, lo approverò come politico; il primo, invece, lo deplorerò sia come giurista sia come politico.

Vogliamo guardare a fondo nelle nostre reazioni di approvazione e di disapprovazione? Ci accorgeremo che la protesta che il giusnaturalista solleva contro il giurista impassibile di fronte alle mostruosità morali di certe leggi è diretta non già contro il cattivo scienziato, ma contro il cattivo politico. Ne è prova il fatto che la reazione contro l'impassibilità è diversa a seconda che si condividano o meno le ideologie politiche del giurista impassibile: se le condividiamo gli chiediamo di non essere impassibile; ma se non le condividiamo, preferiamo ch'egli sia impas-

sibile, cioè diamo un diverso giudizio sull'impassibilità a seconda che questa favorisca o contrasti le nostre preferenze ideologiche. Allora diventa evidente che ciò che condanniamo non è l'impassibilità in se stessa, ma l'impassibilità rispetto alle conseguenze che possono derivarne. Vi possono essere addirittura dei casi in cui, di fronte a un gruppo di giuristi, che accettano un determinato sistema di valori, per esempio i giuristi cattolici, io condivida alcuni dei fini che si propongono in sede morale e politica, come il loro aborrimiento per le leggi razziali, e non ne condivida altri, come il rifiuto del divorzio. Se io sono un liberale, mi compiaccio della loro mancanza d'impassibilità di fronte alle persecuzioni razziali, ma non posso altrettanto compiacermi della stessa mancanza d'impassibilità di fronte a una legge che ammette il divorzio. Che cosa ne deriva? Questa assurdità: che ubbidendo alle mie preferenze morali che sovrappongo al problema del compito della scienza giuridica, dovrei dire che, quando viene in questione la legge sul divorzio, il dovere del giurista è quello di accertare il fatto e non di valutarlo; quando vengono in questione le leggi razziali, il dovere del giurista è di sottoporre il fatto a una valutazione etico-politica, cioè farei dipendere la soluzione del problema dei compiti della scienza del diritto dal fatto che io approvi o non approvi una legge. Il meno che si possa dire di una conseguenza assurda è che essa rivela una cattiva impostazione del problema.

Il problema della validità del diritto e quello della giustizia sono due diversi problemi: il merito del Kelsen è di averli distinti. Coloro che in nome di una male intesa difesa del diritto naturale li confondono, non solo non riescono a dare alcun contributo nuovo alla scienza del diritto, ma finiscono per dare una nuova prova del carattere ideologico delle molteplici regole che si nascondono sotto il nome di diritto naturale. Mentre non riescono a scuotere la teoria pura del diritto, offrono agli avversari argomenti che si ritorcono contro di loro.

### 7. La teoria pura come ideologia del diritto-forza

Rimane ai critici filosofi di Kelsen un'ultima possibilità di confutazione che, essendo la più scoperta, è anche la più inoffensiva: af-

fermare che la stessa distinzione tra validità e valore rivela un'impostazione ideologica, e che insomma la purezza ideologica della teoria pura è un inganno. Ne viene che per confutare Kelsen questi critici ritengono si debba confutare l'ideologia che, se pure inconfessatamente, si rivela nelle sue pagine. Di questo tipo di critica sono esempi caratteristici proprio entrambi gli scrittori citati in principio, che hanno provocato queste nostre osservazioni. Perciò varrà la pena di soffermarsi un momento anche su di loro.

Il Capograssi sostiene che tutta la costruzione kelseniana è così solida solo perché poggia su alcuni presupposti, e che questi presupposti non sono soltanto delle ipotesi di lavoro utili alla ricerca, ma si fondano su una vera e propria concezione della realtà. E questa concezione è che *il diritto è forza*. «C'è... dietro tutto questo positivismo un diritto naturale che regge tutti questi ordinamenti positivi, ed è il diritto naturale della forza» (p. 784). E ancora: «Rare volte la concezione del diritto come nuda forza è stata espressa e svolta con più riuscita e più completa coerenza sia in sé sia nel suo naturale esplicarsi e compiersi nelle forme vuote delle norme» (pp. 788-789). In tal modo la dottrina del Kelsen, anziché essere indifferente alle ideologie, sarebbe la rappresentante moderna delle vecchie concezioni, che si sogliono dire scettiche, della giustizia, le quali riducono la giustizia a volontà del più forte, cioè sarebbe un'ideologia, e per di più, per un moralista e uomo religioso come il Capograssi, una pessima ideologia.

Confesso che mi riesce difficile capire come un uomo così penetrante e così nobilmente atteggiato di fronte ai casi della vita e della storia, come il Capograssi, abbia potuto attribuire così abominevoli colpe a un giurista che, in un'epoca come la nostra, di dittature e di guerre, ha difeso strenuamente la democrazia di fronte agli stati totalitari (di cui è stato vittima) e gli ideali pacifisti contro quelli imperialistici, e che ha affermato in più luoghi (e anche nell'opera dal Capograssi esaminata), con quella consapevolezza del valore ideologico dei presupposti che il suo critico ingiustamente non gli riconosce ma che gli fa onore, essere la scelta della teoria del primato del diritto internazionale di fronte alla teoria opposta una di quelle scelte ultime che riposano su opzioni radicali non ulteriormente riducibili, e che tale opzione è l'ideologia pacifista contro quella imperialistica;

e gliele abbia potute attribuire senza cercare per lo meno di dimostrare che nell'uomo Kelsen si annidi un insanabile contrasto tra i suoi ideali politici e le conseguenze ferine a cui la sua scienza mette capo, sì da lasciar credere al lettore che il Kelsen abbia potuto essere pienamente soddisfatto delle implicazioni hobbesiane della sua teoria generale. O meglio mi riuscirebbe difficile comprendere questo atteggiamento del Capograssi, se non fosse che ancora una volta mi si vien dimostrando che esso deriva dallo stesso errore su cui hanno impiantato la loro critica i giusnaturalisti: sulla confusione tra il criterio di validità e il criterio di giustificazione del diritto<sup>5</sup>. Valga a conferma un confronto tra la posizione kelseniana e quella hobbesiana, a cui non si può non pensare quando si parla di riduzione del diritto a forza. Nei confronti di Hobbes, sì, è lecito parlare di una riduzione della giustizia a forza, perché uno dei caposaldi della sua dottrina è che non vi sia altro criterio di giustizia che la legge, onde vale il principio che è giusto ciò che è comandato ed ingiusto ciò che è proibito. Il Kelsen, invece, si limita a dire che il diritto esiste (indipendentemente dal fatto che sia giusto o ingiusto) solo quando la norma, oltre che valida, è anche efficace (il cosiddetto principio di effettività). Non si potrebbe mai trarre dalla concezione kelseniana il principio che il diritto è giusto in quanto è comandato, perché da nessun passo del Kelsen si può trarre la conclusione che il diritto, il quale esiste in quanto è comandato (e fatto valere colla forza), sia anche giusto. E tale conclusione non si può trarre perché il Kelsen, al contrario di un giusnaturalista come Hobbes, non si pone mai, nella sua teoria pura, sul terreno della giustificazione morale del diritto e quindi della costruzione dello Stato ideale, ma semplicemente su quello della descrizione e della costruzione dello Stato effettivamente esistente. Può negare il Capograssi che, qualunque

<sup>5</sup> E invero Capograssi in principio vede giusto là dove fa la acuta osservazione che l'importanza dell'opera kelseniana sta nell'aver visto unitariamente il diritto come «forza e organizzazione della forza». Ma poi tramuta questo riconosciuto merito scientifico del Kelsen in una colpa morale. Così pure vede benissimo che i presupposti da cui parte la ricerca kelseniana sono ipotesi di lavoro scientifico e giunge persino a riconoscerne la validità, ma anche in questo caso l'atteggiamento moralistico di approvazione e di condanna prende il sopravvento su quello del teorico, e queste ipotesi di lavoro vengono trasformate, per poterne trarre una morale, in una concezione totale della realtà.

sia l'ideale di giustizia da cui noi prendiamo le mosse, possiamo distinguere Stati giusti e Stati ingiusti, civili e barbari, moralmente apprezzabili e moralmente condannevoli, e che pur tuttavia questi Stati sono, dal punto di vista del diritto internazionale, veri e propri Stati? E questa constatazione non gli suggerisce il pensiero che altro è il valore morale dello Stato, altro è la sua esistenza di fatto; altro la giustificazione etica, altro la fondazione giuridica; e che a colui che cerca di spiegare che cos'è uno Stato dal punto di vista del diritto positivo e conclude che esso è un ordinamento giuridico, non si può attribuire, se non con un errore logico, l'idea che tutti gli Stati sono giusti? Perché proprio a questa accusa il Capograssi finisce per giungere, là dove afferma che l'ideologia che riduce il diritto a forza è quella che serve ai governi per fare quello che vogliono «purché riescano a farsi ubbidire attraverso un sistema organizzato di coazioni» (p. 799), e lascia intendere, non celando il proprio sdegno, che la teoria del Kelsen abbia portato a queste conclusioni e abbia perciò la sua parte di responsabilità per le catastrofi recenti (non mi soffermo a confutare il paragone, avvincente ma proprio per questo tanto più offensivo per il Kelsen, tra le case sventrate dai bombardamenti e il sistema kelseniano). Orbene, il Kelsen non ha mai detto che allo Stato sia moralmente lecito di fare quello che vuole e che pertanto lo Stato, qualsiasi cosa faccia, operi giustamente; ma semplicemente ha spiegato quali sono le condizioni in base alle quali i governanti agiscono per conseguire i fini che si propongono. Altro è dire che ai governanti tutto è permesso, altro che per agire devono servirsi di quella tecnica di organizzazione sociale, così e così determinata, che è il diritto. Altro è giustificare i fini; altro comprendere i mezzi che vengono adoperati per raggiungere certi fini. Forse che, quando il Kelsen dice che la teoria pura del diritto vale tanto per lo Stato liberale quanto per lo Stato comunista, ciò significa che per il Kelsen entrambi gli Stati sono egualmente buoni, cioè che agli Stati tutto è permesso? Ma non è evidente che quell'esempio significa semplicemente che entrambi gli Stati sono ugualmente giuridici? E chi potrebbe negarlo? Forse che lo Stato sovietico è meno Stato solo per essere agli occhi di tanti giusnaturalisti meno giusto? E allora, solo per il fatto che io affermo essere lo Stato sovietico uno Stato, faccio

l'apologia della forza? Che cosa direbbe il Capograssi se io, di fronte ad uno scienziato che ha impiegato anni di lavoro e di ricerche per scrivere un'opera fondamentale sulla vita dei coccodrilli, andassi in giro a spargere la voce che quel perfido uomo ha fatto l'apologia del coccodrillo?

Non dico che non si possa muovere nessuna obiezione alla distinzione kelseniana. Ma ho l'impressione che il Capograssi si mostri insofferente della distinzione unicamente perché è una distinzione. Egli oppone al Kelsen che non si può separare la forma dal contenuto perché il diritto è «un'unità vivente». Ma ciò val quanto dire che il diritto non si può distinguere perché non si può distinguere. Che cosa significa «unità vivente»? Per dare un senso all'espressione «unità vivente» si pensi al significato dell'espressione quando viene usata nella proposizione: «l'uomo è un'unità vivente». Ebbene: la credenza che l'uomo sia un'unità vivente non ha mai impedito agli scienziati di dividere quest'unità in tante parti, e di studiarla nei suoi diversi aspetti. Che cosa diremmo del filosofo il quale non riconoscesse la legittimità della biologia e della sociologia che studiano, ciascuna, un aspetto dell'essere umano, in nome dell'affermazione che l'uomo è un'unità vivente? E qual maggior meraviglia ci coglierebbe se questo filosofo sostenesse che dietro la biologia si nasconde una pericolosa ideologia, secondo cui l'uomo è mera vitalità, e dietro la sociologia un'ideologia ancor più pericolosa, in base alla quale l'uomo è mera socialità? Tutta la scienza moderna nasce dallo sforzo di liberazione dalla concezione della natura come «unità vivente», nasce dalla paziente ricerca di piccoli campi, dall'abbandono delle intuizioni generali, dalla sostituzione graduale di verità parziali controllate alle gratuite visioni universali.

Vogliamo continuare a fare i «visionari» nel campo delle scienze dell'uomo? Vogliamo sopraffare i risultati delle ricerche od ostacolare la fecondità di tecniche nuove opponendo nuove formule generali che esprimono soltanto le nostre inquietudini o le nostre speranze? Non sono domande retoriche. Esse esprimono di fronte ad uno studioso, a cui siamo legati da affettuoso rispetto, la nostra viva preoccupazione che il filosofo nel campo delle scienze sociali e giuridiche si assuma la parte uggiosa e anacronistica che ebbe il filosofo della natura alla Schelling al

tempo del grande sviluppo delle scienze naturali nel secolo scorso.

### 8. La teoria pura come ideologia del conformismo piccolo-borghese

Anche per il Nicolosi l'anti-ideologismo della teoria pura del diritto è solo apparente, ma l'interpretazione ideologica che egli ne dà è completamente diversa da quella del Capograssi. Mentre questi, come abbiamo visto, ritiene che la teoria pura del diritto riveli un'esaltazione della forza, il Nicolosi afferma, con linguaggio, per il nostro gusto, un po' troppo aspro, che essa è un'espressione di debolezza, l'apologia del conformismo, della paura di decidere propria della piccola borghesia in un'età di grandi trasformazioni sociali. Per il Capograssi la teoria del diritto è un'ideologia perché è solo apparentemente neutrale; per il Nicolosi è un'ideologia proprio perché è neutrale; è anzi l'ideologia della neutralità. «Il formalismo del Kelsen, la sua istintiva e addirittura teorizzata ripugnanza per ogni posizione ideologica è tipica delle zone più involute e conformiste del liberalismo piccolo-borghese» (p. 309).

Pur essendo diversa l'interpretazione, il fondo della critica è nei due autori comune. Anche il Nicolosi, come il Capograssi, aborre le distinzioni, esige l'unità; e anche se quest'esigenza di unità non è fatta valere in nome della Vita a cui si è appellato il primo autore, ma in nome della Storia, il nome invocato non è meno misterioso e carico di pathos. Anche per il Nicolosi la parola «storia» è una di quelle parole-chiave che vengono impregnate di significati suggestivi, e che si adoperano per contrapporre presa di posizione a presa di posizione; ma sono di scarsa utilità in una discussione scientifica.

In fondo, al di sotto dell'esaltazione della Storia, si può leggere una cosa molto sensata: vale a dire l'importanza degli studi storici nel campo del diritto. Ma la carica emotiva immessa dall'autore nella polemica gli toglie gran parte del discernimento e lo induce a generalizzare l'importanza della storia e a condannare con giudizio sommario ogni altra ricerca che non sia storica. Vero è che, quando si avvicina ai risultati ottenuti dalla

dottrina pura del diritto e sveste i panni dell'accusatore, è costretto a riconoscere che su un punto importante, cioè sulla validità formale di ogni ordinamento giuridico, la teoria kelseniana ha perfettamente ragione. Ma subito dopo contrattacca, osservando che questa cosa egli la sapeva già e non aveva bisogno che il Kelsen gliela venisse a dire, mentre quello che egli vorrebbe sapere, come si distinguano gli ordinamenti giuridici buoni da quelli cattivi, il Kelsen non gliel'ha mai detto. E per questo Kelsen ha torto, è un narcisista, un piccolo-borghese, il tessitore di una inerte logica sillogistica, un chierico che tradisce, ecc.

Comprendo l'esuberanza giovanile e sono propenso all'indulgenza. Ma ciò non m'impedisce di trovare molto curioso questo tipo di argomentazione. Di fronte ad un autore un critico onesto, e non appassionatamente atteggiato, si domanda quale sia il problema che l'autore si è posto, e lo critica soltanto se può dimostrare che il problema è inesistente o che, pur esistendo, è stato risolto erroneamente. Ora di fronte alla teoria pura del diritto, la prima domanda che dobbiamo porci è la seguente: qual è il problema che si è posto il Kelsen? La risposta su questo punto, come abbiamo già detto, non mi par dubbia: il problema della validità del diritto. Ebbene: ritiene il Nicolosi di poter dimostrare che il problema della validità del diritto sia un problema inesistente? O che la soluzione data dal Kelsen a questo problema sia erronea? Se sì, condanni pure, e lo staremo ad ascoltare. Ma se egli non ha nulla da dire su questo punto, e tutt'al più ha da dire che il Kelsen ha perfettamente ragione, i suoi attacchi polemici diventano inoffensivi. Con qual fondamento egli chiede al Kelsen di fornirgli un criterio per distinguere gli ordinamenti giuridici in buoni e cattivi quando il Kelsen si è posto il problema di illustrare il criterio in base al quale si possono distinguere gli ordinamenti giuridici validi da quelli non validi? In nome della Storia? Ma forse che non è un problema di storia anche il problema posto dal Kelsen, e la soluzione che egli ne dà non è ricavata proprio dallo studio della storia?

Lascio da parte l'accusa di «piccolo borghese». A proposito, sinora, si era usata l'espressione «tradimento dei chierici» per indicare l'uomo di cultura che mette la verità, di cui egli è custode, a servizio della politica. Qui invece viene usata la stessa

espressione per indicare la neutralità del chierico di fronte alle varie ideologie politiche. Povero chierico: tradisce quando si sottomette alla politica, tradisce quando vi si sottrae. È decisamente, quello del chierico, un mestiere molto difficile ai giorni nostri. Due sole osservazioni: l'ideologia piccolo-borghese è l'ideologia della neutralità o del conformismo? Sono due cose ben diverse e, quando si scagliano accuse così veementi contro uomini di alta statura morale e intellettuale come il Kelsen, bisogna essere precisi: la neutralità è la posizione di chi non si mette né da una parte né dall'altra; il conformismo è, al contrario, l'atteggiamento di chi si mette, *perinde ac cadaver*, tutto da una sola parte. E in secondo luogo: sarebbe disposto ad ammettere il Nicolosi che tutte le ricerche indifferenti ai valori, nel campo dell'esperienza umana, sono indizi di neutralismo o conformismo piccolo-borghese? Sono neutralisti o conformisti gli psicologi e i sociologi, i logici e i biologi, tutti gli analisti semantici?

### 9. Teoria pura del diritto e sociologia giuridica

Per quel che riguarda le critiche mosse alla teoria pura del diritto da parte dei sociologi, il problema è più complesso e più ricco di sfumature, a causa delle diverse accezioni e anche delle diverse intenzionalità con cui si parla di una ricerca sociologica in campo giuridico. Converrà quindi suddividere la trattazione a seconda delle diverse argomentazioni addotte, e considerare per ciascuna di esse le risposte esplicite o implicite che si possono ricavare dal Kelsen.

L'obiezione più generale e anche più generica dei fautori della sociologia giuridica contro la teoria pura del diritto è che il diritto è un fenomeno sociale, e come tale non può essere studiato astraendolo dalla società. A questi critici sembra che la teoria pura del diritto sia un'arbitraria estraniamento del fenomeno giuridico dalla realtà, e conduca – l'espressione è diventata ormai familiare per denotare in termini di disapprovazione l'opera kelseniana – ad un vuoto e sterile formalismo<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Caratteristico in questa direzione è l'articolo di TH. A. COWAN, *Teoria pura del diritto e giurisprudenza sperimentale*, in «Il Politico», 1953, pp. 193-204.

Su questo modo di impostare la polemica contro il Kelsen, non c'è bisogno di spendere molte parole. Questi, come ha distinto il problema della validità da quello del valore del diritto, così ha distinto il problema della validità del diritto da quello della sua realtà di fatto. Ma allo stesso modo che, per quel che riguarda le critiche dei giusnaturalisti, si è potuto replicare che la distinzione non implica l'esclusione di uno dei due problemi, così, di fronte alla critica generale dei sociologi, si può rispondere che il problema della validità del diritto, che è oggetto della teoria pura, non esclude la trattazione, in altra sede, del problema della realtà sociale del diritto, oggetto della sociologia giuridica. Può darsi che vi sia stata nel pensiero del Kelsen un'evoluzione nel senso di rompere un'iniziale rigidità o tendenza alla parzialità del punto di vista; e non è da escludere che quest'evoluzione sia stata influenzata proprio dalle critiche sollevate in campo sociologico<sup>7</sup>. Ma è un fatto che oggi il Kelsen si è espresso ripetutamente e chiaramente su questo punto, sì che non è più lecito attribuirgli l'idea di una monopolizzazione del problema giuridico da parte della teoria pura del diritto<sup>8</sup>. Egli stesso non solo non ha disdegnato di condurre ricerche di carattere sociologico, ma proprio all'inizio dell'analisi strutturale dell'ordinamento giuridico, considerando il diritto come una forma di tecnica sociale, ha dimostrato in qual conto egli tenga l'analisi sociologica per la comprensione del fenomeno giuridico<sup>9</sup>. A questo proposito egli spiega che «definire le condizioni

<sup>7</sup> Quest'evoluzione del Kelsen è messa acutamente in luce da R. Treves, là dove osserva che, mentre nella prima fase del suo pensiero si poteva presumere che essere e dover essere fossero due categorie separate della realtà, nella fase più matura sono semplicemente il prodotto di due diversi metodi d'indagine, l'uno causale, l'altro normativo (*Intorno alla concezione del diritto di H. Kelsen*, cit., pp. 101-102).

<sup>8</sup> Si veda, ad es., RRL<sup>1</sup>, pp. 31-32, p. 49 ss., p. 120; GTLS, pref., pp. 380-381.

<sup>9</sup> Questa considerazione del diritto come una specie di tecnica sociale dimostra contro ogni accusa preconcepita che per il Kelsen il diritto non è affatto alcunché di sradicato dalla società: anzi il diritto viene sin dall'inizio in considerazione come uno strumento per la realizzazione di certi fini che si pongono all'uomo vivente in società. Se si tien presente questa tesi kelseniana, cade tutta la polemica sostenuta da Mario Giuliano contro la dottrina pura del diritto, dal momento che il principale capo d'accusa consiste nel sostenere che per il Kelsen il diritto sarebbe totalmente preordinato e sovraordinato alla società

sociali che rendono necessaria questa tecnica costituisce un'importante questione sociologica» (GTLS, p. 19).

#### 10. La teoria pura del diritto come teoria formale distinta dalle discipline particolari

Per mostrare l'infondatezza dell'accusa di vuoto formalismo mi pare che si debba tener conto, anche qui, come si è fatto nella prima parte, dei limiti entro cui è valida la ricerca che il Kelsen contrassegna col nome di teoria pura del diritto, anche se questi limiti non sono sempre stati segnati col dovuto rilievo<sup>10</sup>.

La teoria pura del diritto, in quanto analisi strutturale dell'esperienza giuridica, è una teoria generale nel senso di teoria formale del diritto, come abbiamo avuto occasione di illustrare. Anche se il Kelsen non distingue mai esplicitamente la teoria generale del diritto dalle discipline giuridiche particolari, l'una rivolta allo studio della struttura normativa, le altre, dei contenuti normativi, non pare dubbio che la sua trattazione appartenga al primo tipo di ricerca. Del resto nella prefazione della *Teoria generale del diritto e dello Stato* egli spiega che «la teoria che verrà svolta nella parte principale di questo libro è una teoria generale del diritto positivo» e precisa che «questa teoria... fornisce i concetti fondamentali con i quali si può descrivere il diritto positivo di una data comunità giuridica» (p. VIII). Ora una teoria generale del diritto non può essere che formale, dal momento che oggetto della sua indagine è l'aspetto formale del fenomeno giuridico, ovvero la struttura qualificatrice di certi atti e fatti del mondo sociale ed economico, i quali acquistano il carattere della giuridicità proprio in quanto sono riferibili a questa struttura, e come tali sono i contenuti variabili di una forma costante. A mio avviso quindi, non ha nessun senso rim-

(*La comunità internazionale e il diritto*, Padova, Cedam, 1950, pp. 103-152). Sarebbe davvero auspicabile che i fautori di una maggiore aderenza dello studio del diritto allo studio della società fossero giunti con altrettanta chiarezza a vedere nel diritto una tecnica dell'organizzazione sociale.

<sup>10</sup> In che modo il formalismo kelseniano (se pur si può parlare di formalismo e non si debba invece parlare, come cerchiamo di precisare nel testo, di una teoria generale del diritto come teoria formale dell'esperienza giuridica) si distingue dal formalismo tradizionale, è illustrato da R. TREVES, *op. cit.*, p. 94 ss.

proverare alla teoria pura del diritto di essere formale, se è vero che il suo proposito è quello, e solo quello, di descrivere gli elementi formali della realtà giuridica, prescindendo consapevolmente dal contenuto. La teoria pura del diritto non è un'indagine formalistica, ma, puramente e semplicemente, formale.

S'intende che l'opera del giurista – ed è qui che il Kelsen avrebbe dovuto essere più esplicito – non si esaurisce nell'elaborazione di una teoria generale, ma si estende all'interpretazione delle singole norme di un ordinamento. Ed è nell'opera d'interpretazione che il giurista fa oggetto della propria ricerca i singoli istituti e riempie per così dire di un contenuto la forma normativa del diritto. Da nessuna affermazione del Kelsen si può ricavare la tesi che la teoria pura del diritto escluda l'indagine interpretativa. Rispetto al lavoro dell'interprete, essa si limita a descriverne la natura, vale a dire a qualificarlo giuridicamente. Ma l'effettiva ricerca dell'interprete rimane fuori del suo campo. Ora è nel lavoro effettivo dell'interprete che il giurista viene a contatto con la realtà sociale sottostante alle norme. Come possiamo allora rimproverare alla teoria generale del diritto di non tener conto dei contenuti sociali, se essa non è e non vuol essere un'indagine interpretativa delle singole norme, ma, se mai, attraverso la determinazione dei criteri di validità di un determinato sistema giuridico, fissa le condizioni di validità della stessa ricerca interpretativa e costituisce un presupposto di essa? Rispetto ai singoli istituti giuridici, la proprietà, l'usufrutto, la donazione, la successione, la tutela, il riconoscimento o disconoscimento della paternità, ecc., la teoria generale del diritto non ha altra funzione che di fissare le condizioni della loro giuridicità (o validità), ma degli istituti, in quanto tali, non si interessa, perché non è affare suo. La categoria su cui opera la teoria generale del diritto è esclusivamente la categoria del diritto in generale. La domanda a cui essa risponde è: «che cosa è il diritto?». Ora, quando essa risponde a questa domanda affermando che il diritto è una struttura qualificatrice di certi atti o fatti, essa pone le condizioni formali per lo studio di questi atti o fatti, che costituiranno poi l'oggetto specifico delle discipline particolari di carattere principalmente interpretativo; e, così facendo, non può costituirsi che come ricerca formale. Il cosiddetto formalismo della teoria kelseniana è l'effetto della formalità del

diritto, qual è considerato dalla teoria generale. Ma in questo senso ogni teoria generale, e non soltanto quella kelseniana, è formalistica, diciamo meglio «formale», e se non è formale, non serve a nulla.

### 11. Teoria pura del diritto e giurisprudenza sovietica

Una sottospecie dell'obiezione sociologica, ma non meno inconsistente, è quella che proviene dai giuristi sovietici e di cui ho potuto aver notizia diretta attraverso il volume *Soviet Legal Philosophy*, di recente pubblicazione (Harvard University Press, 1951)<sup>11</sup>. Quando, ad esempio, Vischinskij osserva in polemica col Kelsen (accoppiato col Duguit) che «essi non vedono nel diritto l'espressione degli interessi di classe dominanti in una data società» (p. 337), egli afferma un canone di ricerca sociologica del diritto di grande importanza, vale a dire che le norme giuridiche nel loro contenuto rappresentano non ideali eterni di giustizia, validi per tutti i tempi, ma concreti interessi dei dominatori. Però non scalfisce minimamente la solidità della dottrina normativa, anzi, per un certo rispetto, la riconferma e la rafforza.

Anzitutto, l'atteggiamento antigiusnaturalistico, che sta a fondamento della concezione di Vischinskij e dei giuristi sovietici, è lo stesso di quello del Kelsen, dal quale essi potranno, quando lo vorranno, trarre ottimi argomenti contro il diritto naturale come diritto universale ed eterno. In secondo luogo, la considerazione del diritto come espressione degli interessi della volontà dominante si incontra con la tesi kelseniana del diritto come una specifica tecnica di organizzazione sociale (sono entrambe espressioni di una *concezione tecnica* e non *etica* del diritto); e in tal modo le due tesi si giovano e si confermano a vicenda.

Del resto, la lotta intrapresa dalla nuova scuola capeggiata da Vischinskij in difesa della legalità sovietica, per la restaurazione della concezione del diritto come complesso di regole generali ed astratte, imposte dal potere coattivo dello Stato, con-

<sup>11</sup> Per un'analisi di quest'opera, v. G.A. BRIOSCHI, *Appunti sulla teoria sovietica del diritto e dello Stato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1953, pp. 136-156.

tro le dottrine, facenti capo al Pasciukanis, secondo cui il diritto non sarebbe stato altro che una sovrastruttura della società borghese e quindi destinato a scomparire in una società socialista, questa lotta non poté essere combattuta efficacemente se non assimilando la teoria normativistica, elaborata dalla più raffinata scienza giuridica contemporanea<sup>12</sup>, vale a dire quella dottrina che ha descritto la struttura formale dell'ordinamento giuridico valevole, come usa ripetere il Kelsen, tanto per un ordinamento giuridico liberale quanto per uno comunista. Quel che vi era di ingenuo, e un po' anche di grottesco, nelle disquisizioni giuridiche di Pasciukanis e seguaci (che Vischinskij chiama un po' rudemente traditori, controrivoluzionari, provocatori, ecc.) era nel ritenere che il diritto fosse caratterizzato da un particolare tipo di rapporti economici, dai rapporti di scambio dei beni, propri dell'economia borghese. Sfuggiva a questi teorici del diritto proprio ciò che la teoria normativa ha messo in luce con tanta evidenza, che il diritto è una struttura formale, che, come tale, si può applicare a qualsiasi tipo di società, è una tecnica dell'organizzazione sociale, applicabile ad ogni rapporto economico, dal momento che la sua caratteristica non sta nel riferirsi a questo o a quel rapporto, ma nel fatto di essere un ordinamento coattivo di ogni possibile rapporto umano, e come tale distinto da un sistema di norme morali o religiose o del costume; in altre parole, ciò che caratterizza il diritto come speciale tecnica sociale è l'organizzazione del potere coattivo, non il fatto che questo potere coattivo sia rivolto a far rispettare le norme che regolano lo scambio di beni fra due proprietari privati piuttosto che le norme che regolano lo stesso scambio tra due imprese statali. L'errore dei teorici come Pasciukanis stava proprio in quella mancanza di astrazione dal materiale sociale su cui opera il diritto, in quella mancanza di «purezza», così spesso e così efficacemente combattuta dal Kelsen, nel non operare quella distinzione tra la struttura normativa e il contenuto economico-sociale di una determinata società, che è il cavallo di battaglia della teoria kelseniana, insomma nel non aver com-

<sup>12</sup> Si legge nel saggio di VISCHINSKIJ, *Fundamental Tasks of Soviet Law*, nell'op. cit., che «uno dei più importanti compiti della scienza sovietica è di appropriarsi della scienza e della cultura della società capitalistica in modo totale e completo» (p. 318).

preso – ciò che la scienza normativa ha compreso benissimo – che vi è diritto là dove vi è un sistema di regole di comportamento valide ed efficaci, indipendentemente dal fatto che i comportamenti regolati siano quelli di borghesi che trafficano per guadagnare più denaro o di proletari che lavorano per il bene della collettività.

Orbene, quando Vischinskij protesta contro la riduzione del diritto ad economia o a politica, a cui sarebbero giunti i «traditori», il concetto di diritto ch'egli propone è né più né meno che il concetto formale del diritto, proprio della teoria normativa. Se noi riduciamo il diritto ad economia, egli dice, «noi distruggiamo lo *specifico carattere del diritto* come un insieme di norme di condotta, consuetudini e regole sociali *stabilite dallo Stato e garantite coattivamente dall'autorità dello Stato*» (p. 329: il corsivo è mio). Riducendo il diritto a politica, questi signori, egli continua, «personalizzano il diritto in quanto totalità delle leggi ... suggerendo la falsa idea che l'applicazione della legge venga determinata nello Stato socialista da considerazioni politiche e non dalla forza e dall'autorità della legge sovietica» (*ibidem*). Qual meraviglia, dopo queste dichiarazioni, se la definizione del diritto, proposta in questo stesso saggio dal Vischinskij, sia, come del resto è già stato notato<sup>13</sup>, un modello di definizione formale, o kelseniana, del diritto? «Il diritto» – si legge a p. 336 – «è l'insieme delle regole di condotta stabilite in un ordine legale, che esprimono la volontà della classe dominante, così come delle consuetudini e delle regole sociali, sanzionate dall'autorità dello Stato, l'applicazione delle quali è garantita dalla forza coattiva dello Stato al fine di salvaguardare, rafforzare e sviluppare le relazioni e le procedure sociali vantaggiose e giovevoli alla classe dominante». Per quanto Vischinskij si affretti a dire, subito dopo, che questa definizione non ha nulla a che vedere con quella dei normativisti, non ci si può sottrarre all'impressione che tra il punto di vista degli avversari, respinti a parole, e il suo sia intervenuta l'assimilazione della teoria positivistica normativa, per cui il diritto è norma statutale coattiva, e di cui la teoria del Kelsen è stata la più coerente espressione, e insomma che il

<sup>13</sup> BRIOSCHI, op. cit., p. 150.

ritorno alla legalità sovietica sia avvenuto passando attraverso la strada regia della dottrina normativistica<sup>14</sup>.

## 12. Teoria pura del diritto e giurisprudenza sociologica

D'altra natura è l'opposizione alla teoria pura del diritto che muove dalla giurisprudenza sociologica, rappresentata ora, principalmente, dalla cosiddetta scuola realistica americana (Llewellyn, Frank, ecc.). Se non si vuol fare di ogni erba fascio, bisogna compiere una netta distinzione tra la sociologia giuridica, che, come abbiamo visto sin qui, non è per nulla esclusa dalla teoria pura del diritto, e la giurisprudenza sociologica. Mentre la sociologia giuridica è lo studio del diritto come fenomeno sociale, che può coesistere senza difficoltà con lo studio del diritto come regola o complesso di regole di comportamento, la giurisprudenza sociologica si presenta come una particolare forma di scienza giuridica avente un suo proprio metodo, che pretende di essere l'unica scienza giuridica possibile, e come tale di sostituirsi alla giurisprudenza normativa. Il metodo proprio della giurisprudenza sociologica è quello delle scienze naturali, che consiste nella determinazione di leggi, ovvero di rapporti costanti di causa ed effetto tra fenomeni, al fine di stabilire un'esatta previsione di ciò che accadrà. Questa trasposizione del metodo naturalistico allo studio del diritto ha dato luogo alla nota definizione della scienza giuridica, pronunciata dal giudi-

<sup>14</sup> Nulla di meglio e di più persuasivo si trova nelle critiche al Kelsen, mosse da altri due scrittori sovietici, S.A. Golunskij e M.S. Strogovich, compresi nella stessa raccolta (p. 419 ss.). Essi riconoscono che la definizione del diritto come insieme di norme coattive, propria delle teorie normativistiche, era stata falsamente abbandonata dai provocatori trozkisti, ma si affrettano ad aggiungere che «il vizio della teoria normativa borghese non è di definire il diritto come un insieme di norme, ma di distorcere il concetto stesso di una norma isolandola dalla vita reale e dandole un carattere idealistico» (p. 423). Che è poi la stessa superficiale accusa rivolta al Kelsen da tutti coloro che, non essendosi resi conto che altro è la teoria generale del diritto, altro la storia o sociologia del diritto, vogliono sbrigarsi di una teoria profondamente pensata con una battuta, aggravata, se mai, dalle volgari accuse politiche che l'accompagnano, in base alle quali si dovrebbe trarre la sconcertante conclusione che la teoria normativa «simbolizza il precipitoso declino del pensiero giuridico borghese» (p. 421).

ce O.W. Holmes: «Le profezie di ciò che faranno effettivamente i tribunali, e nulla di più ambizioso, è ciò che io intendo per diritto»<sup>15</sup>; definizione che è diventata il punto di partenza della giovane scuola giuridica americana. Mentre la sociologia giuridica muove alla teoria pura del diritto l'accusa di vuoto formalismo, come abbiamo visto, l'accusa lanciata dalla giurisprudenza sociologica è di diversa natura: la giurisprudenza normativa opera sopra il piano del dover essere, non già su quello dell'essere, e come tale non è empirica né descrittiva<sup>16</sup>; in definitiva non è vera e propria scienza. In sostanza la giurisprudenza sociologica, fiera della scoperta del metodo naturalistico, rifiuta di riconoscere la validità scientifica della giurisprudenza normativa.

Non abbiamo bisogno di spendere parole per mostrare la fallacia della riduzione di ogni ricerca scientifica a scienza naturale e della conseguente applicazione del metodo delle scienze naturali a tutti i territori del sapere. Abbiamo già avuto occasione di mettere in evidenza la complessità del problema<sup>17</sup> e a quali assurde conseguenze conduca l'ingenuo scientismo dei neo-realisti<sup>18</sup>. Aggiungiamo che alla confutazione di tale accusa lo stesso Kelsen ha dedicato di proposito alcune pagine eloquenti ed essenziali<sup>19</sup>, spiegando la differenza che passa tra la determinazione dei comportamenti di fatto, compito proprio delle scienze naturalistiche, e la determinazione della validità normativa, compito della scienza giuridica propriamente detta, e concludendo non esservi alcuna incompatibilità tra l'uno e l'altro metodo, se mai un primato della giurisprudenza normativa su quella sociologica, dovuto al fatto che la scienza sociologica del diritto presuppone il concetto di diritto dato dalla giurisprudenza normativa. Ci limitiamo a ripetere che, essendo la teoria pura del diritto un'analisi strutturale dell'esperienza giuridica, essa non esaurisce ogni possibile indagine del fenomeno giuridico, e pertanto, come

<sup>15</sup> *Collected Legal Papers*, New York, 1920, p. 173.

<sup>16</sup> GTLS, p. 166.

<sup>17</sup> *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950.

<sup>18</sup> *La certezza del diritto è un mito?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1951, pp. 146-152.

<sup>19</sup> GTLS, pp. 165-182.

non esclude l'interpretazione delle singole norme, così non esclude lo studio del comportamento dei principali attori della scienza del diritto, per derivarne leggi tendenziali di sviluppo e previsioni probabilistiche relative agli accadimenti giuridici. Del resto, tutta l'indagine kelseniana è fondata sopra una consapevole e più volte riaffermata e rielaborata distinzione tra le scienze normative e le scienze naturali, di guisa che un'obiezione proveniente dai seguaci di un naturalismo giuridico piuttosto ingenuo non può coglierla di sorpresa e minarla.

### 13. La teoria pura del diritto in relazione alla controversia tra giurisprudenza concettuale e scuola del diritto libero

Infine, sarà bene eliminare un'ultima confusione sempre proveniente dal terreno dei giuristi sociologi, quella fondata sull'opinione che la giurisprudenza normativa sia storicamente e logicamente connessa con la giurisprudenza concettuale, vale a dire con la teoria che tende ad eliminare ogni funzione creativa del giurista e del giudice, e, di conseguenza, avendo il Kelsen negato questa connessione, anzi avendola espressamente rigettata<sup>20</sup>, e avendo invece affermato che il giudice non può non essere anche creatore di diritto, sia caduto in una grave contraddizione, o per lo meno abbia, attraverso successive concessioni alle teorie degli avversari, condotto la propria teoria a conseguenze incompatibili con le premesse.

È vero che generalmente i fautori della funzione meramente interpretativa della giurisprudenza sono formalisti e normativisti, mentre i fautori del diritto libero sono sociologi e realisti. Ma le due posizioni non coincidono necessariamente, perché i due contrasti si sviluppano su due piani diversi. La controversia tra i fautori della giurisprudenza interpretativa e quelli della giurisprudenza creativa è un contrasto di natura politica e ideologica: verte infatti sulla preferenza che si debba dare ai due va-

<sup>20</sup> RRL<sup>1</sup>, p. 99: «La concezione per cui l'interpretazione sarebbe una conoscenza del diritto positivo e, come tale, un procedimento per estrarre norme da quelle già vigenti, costituisce il fondamento della così detta "giurisprudenza dei concetti" che è non meno respinta dalla dottrina pura del diritto» (il corsivo è mio).

lori fondamentali dell'esperienza giuridica, la certezza o l'equità, dal momento che l'interpretazione entro i limiti delle leggi assicura meglio il valore della certezza, la creatività della giurisprudenza quello dell'equità. La teoria pura del diritto, invece, come abbiamo visto, è una scienza oggettiva, indifferente ai valori, neutrale. Il suo problema centrale non è certo quello di determinare quale ordinamento giuridico sia politicamente più opportuno o idealmente più giusto, bensì quello di descrivere la struttura formale dell'ordinamento giuridico in quanto tale. Orbene, quando il Kelsen nella parte del suo sistema, ch'egli chiama «nomodinamica», dice che un ordinamento non consta soltanto di norme generali, ma anche di norme individuali, e che anche queste norme individuali sono produttive di diritto non meno che le norme generali, non prende posizione di fronte alla controversia ideologica se sia meglio limitare o allargare il potere discrezionale dei giudici, ma descrive e teorizza uno dei caratteri tipici di ogni ordinamento giuridico, che, posto che l'analisi sia rigorosa, non dovrebbe essere disconosciuto né dai fautori del giudice-interprete né dagli avversari.

Si può obiettare che su questo punto il Kelsen non si mantiene nei limiti di una teoria generale del diritto, ma, di fronte alla controversia etico-politica che divide i concettualisti dai creativisti, prende posizione contro una delle due parti in causa, cioè contro la giurisprudenza concettuale<sup>21</sup>; e non rimane indifferente di fronte al problema della certezza o dell'equità perché afferma esplicitamente che la certezza è un'illusione<sup>22</sup>. Questa obiezione mi pare fondata. Ma se ne deve trarre la conclusione che la teoria pura del diritto, come teoria indifferente ai valori, è illegittima? L'unica conclusione possibile, a mio giudizio, è che il Kelsen, nelle sue conclusioni e nei suoi sfoghi polemici, non è sempre stato coerente con le premesse. Per quanto la teoria pura del diritto sia un sistema rigoroso, rivela qua e là qualche falla da cui traspare il momento ideologico dell'uomo Kelsen. Certamente la certezza non è un'illusione, ma un valore. Considerandola come illusione, Kelsen mostra chiaramente di respingerla come valore e di accettare il valore contra-

<sup>21</sup> RRL<sup>1</sup>, p. 99.

<sup>22</sup> RRL<sup>1</sup>, p. 99.

rio, uscendo dalla sua neutralità di teorico puro, mentre è vero, invece, che dalla struttura normativa dell'ordinamento giuridico non si può trarre argomento in favore della certezza, ma nemmeno del valore contrario. La maggiore o minore certezza, o la maggiore o minore equità, dipenderanno, in ciascun ordinamento, dalle norme particolari che, in base alle diverse ideologie direttrici, regolano i rapporti tra organi legislativi ed organi esecutivi, e stabiliscono maggiori o minori vincoli all'attività del giudice. La controversia tra fautori della giurisprudenza concettuale e fautori del diritto libero riguarda il diverso modo con cui deve essere, in un particolare ordinamento giuridico, disciplinata l'attività dei creatori di norme individuali. È ovvio che, qualunque sia il risultato della controversia, ovvero qualunque sia il modo con cui tale attività venga regolata, ammettendo o non ammettendo l'eterointegrazione dell'ordinamento, la struttura formale dell'ordinamento giuridico, qual è descritta dalla teoria kelseniana, non cambia, vale a dire non cambia il fatto che ogni ordinamento è composto di norme generali e di norme individuali, e che queste seconde sono produttrici di diritto quanto le prime.

Ammettiamo pure che il Kelsen, prendendo posizione contro la giurisprudenza concettuale e contro la certezza del diritto, sia uscito fuori dei limiti della teoria generale del diritto. Ma da questa estrapolazione kelseniana è lecito ricavare la condanna di tutta la teoria pura del diritto, come pur fanno i critici frettolosi o coloro a cui dà fastidio la neutralità della teoria pura del diritto e approfittano di ogni minimo difetto per disfarsene? Per parte nostra riteniamo che di fronte ad un'opera come quella kelseniana l'atteggiamento del critico, che abbia interesse al progresso della scienza più che al trionfo delle proprie idee o ideologie, debba essere quello anzitutto di comprenderla, e poi di liberarla dalle confusioni, che pur possono esserci e ci sono, non di gridare allo scandalo ad ogni piè sospinto: insomma di continuare l'opera di purificazione iniziata dal Kelsen, proseguendo in quel lavoro di chiarimento dei concetti fondamentali e di identificazione e differenziazione dei problemi, senza il quale la repubblica universale delle scienze si sfascia in una società anarchica di tirannelli prepotenti e faziosi, dei quali ciascuno predica ed impone a tre o quattro ascoltatori le proprie piccole scoperte.

#### 14. L'errore dei critici e la critica degli errori

Ci siamo preoccupati in questo saggio di esaminare le critiche tipiche che vengono mosse alla teoria pura del diritto da parte di quelle correnti giuridiche, i giusnaturalisti e i sociologi, che il Kelsen ha maggiormente combattuto. Dal fatto che abbiamo generalmente concluso che la teoria pura del diritto resiste alle critiche, che la maggior parte delle critiche è opera di confusione, sarà da trarre la conclusione che l'opera del Kelsen va completamente immune da critiche? Proprio nell'ultimo paragrafo abbiamo sfiorato un punto in cui ci è sembrato di vederlo venir meno alle proprie premesse. Ma non è il solo né il più grave.

Per limitarmi a indicare le direzioni in cui credo che una critica al Kelsen sarebbe fruttuosa e costruttiva, suggerisco due punti, su cui vorrei ritornare in altra occasione: *a)* rispetto al rapporto tra teoria pura del diritto e diritto naturale, il *punctum dolens* della dottrina kelseniana è la teoria della soggettività o irrazionalità dei valori. È inutile dire che questo è uno dei problemi più dibattuti nell'attuale fase di svolgimento della filosofia non speculativa (cioè della filosofia la quale ritiene di non poter risolvere il problema dei valori ricorrendo a piani metafisici e a facoltà ultra-empiriche, come l'intuizione); *b)* rispetto al rapporto fra teoria pura del diritto e sociologia, il problema da chiarire ulteriormente e da sviluppare è quello della distinzione tra ricerca della struttura normativa del diritto e ricerca del contenuto delle singole norme, cioè tra teoria generale del diritto e giurisprudenza. Ma per arrivare a porre questi problemi con chiarezza, bisognava liberare il campo dalle critiche più chiosose che solide. Sin qui, insomma, l'errore dei critici. Di qua in poi, la critica degli errori.