

Percorsi di ricerca nella filosofia della prassi di Hans Kelsen

di Galliano Crinella

Il pensiero di Kelsen subisce, nel corso degli anni, evoluzioni esplicite ed innovatrici su alcuni punti, ma conserva – ed anche in questo aspetto formale mostra le sue ascendenze kantiane – una sua coerente struttura sistematica. Ciò consente di avvicinarne le istanze speculative più sostanziali attraverso punti di osservazione ed itinerari differenti. È un compito reso più agevole dalla ricchezza degli studi kelseniani, che non si esauriscono nell'ambito della sola teoria generale del diritto, la disciplina per la quale il suo contributo scientifico è universalmente riconosciuto. Il saggio si serve di una chiave di accesso particolare, il rapporto tra la normatività giuridica e i giudizi di valore, nel tentativo di segnare alcune linee di ricerca che chiariscano da un lato il difficile percorso della «decostruzione della persona» e, dall'altro, si inseriscono nella nuova ermeneutica della riflessione kelseniana, ponendosi così nel contesto delle attenzioni critiche che hanno caratterizzato gli ultimi decenni di studi. I temi, e i problemi connessi, sono qui soltanto indicati, anche se si individuano poi possibili direzioni di ricerca per le quali si forniscono utili indicazioni bibliografiche.

L'insuperabile frattura tra fatti e valori. Un primo aspetto che si può evidenziare nella complessa elaborazione kelseniana è costituito dalla critica, profonda e precorritrice, alla teoria politica e alla filosofia della storia marxiana¹, di cui sono fissati, fin dalle prime indagini, i limiti e le insuperabili contraddizioni. È opportuno rilevare come Kelsen definisca progressivamente il suo progetto scientifico proprio in radicale contrapposizione con le ipotesi marxiane. La riflessione intorno al problema marxiano procede insieme con la critica al giusnaturalismo e costituisce un presupposto indispensabile della

Presentato dal Dipartimento di Scienze dell'Uomo.

¹ Il dialogo critico di Kelsen con la dottrina marxiana è raccolto in alcuni volumi che ricordiamo: *Sozialismus und Staat*, 1920, trad. it., Bari, Dedalo 1978; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922; *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, 1931, trad. it., Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana 1979; *The Political Theory of Bolshevism*, 1948, trad. it., Milano, Il Saggiatore 1981; *The Communist Theory of Law*, 1955, trad. it., Milano, Edizioni di Comunità 1956.

teoria pura del diritto. Nel 1923 Kelsen scrive che il suo lavoro di studioso è rivolto ad «approfondire filosoficamente i problemi della dottrina del diritto e dello Stato, a legarli con gli analoghi problemi di altre scienze, a liberare così la nostra scienza dal suo insano isolamento e ad inserirla quale membro a pieno titolo nel sistema della scienza»².

L'interesse di Kelsen è rivolto costantemente alla costruzione di una dottrina pura del diritto intesa come teoria del diritto positivo. Ciò avviene inseguendo, in un duplice senso, la *purezza* della dottrina, il suo proprio ed autonomo carattere scientifico: evitare da un lato una considerazione sociologica, fondata sul metodo scientifico-causale, e dall'altro la connessione con il giusnaturalismo che introduce nella teoria del diritto e nelle proposizioni giuridiche positive concetti di natura etico-politica.

Ne consegue che marxismo e giusnaturalismo appaiono a Kelsen informati a un comune atteggiamento nei confronti della prassi e della storia. È il tentativo di introdurre nella realtà un criterio di valore, un dover essere sulla base del quale condurre le analisi sociali, fornire un giudizio sull'esistente e misurare la pertinenza con lo *status quo* degli obiettivi e delle mete da raggiungere. Tale metodologia d'indagine appare a Kelsen priva di giustificazione e il suo fondamento sembra risiedere solo in quello che definisce un volontarismo di significati. Non sarebbe altro che la pretesa, fallace, di inferire una normatività a partire da fatti o da descrizioni di fatti: il giusnaturalismo teorizza a partire dalla natura dell'uomo e il marxismo a partire dall'osservazione e l'analisi dei fatti storici. Si tratta di un'identica operazione logica ed epistemologica.

Il presupposto valutativo sta, come è noto, per il nostro autore, nella rinuncia ad una fondazione razionale del valore. Questa non può realizzarsi con il ricorso a una prova empirica o a una dimostrazione logico-formale. Si può rilevare, su questo punto, l'affinità del punto di vista kelseniano con le istanze più generali del neopositivismo, che distinguono tra asserzioni di fatto, positive in quanto suscettibili di conferma empirica, e giudizi di valore, da respingere perché non verificabili e dunque irrazionali. Kelsen considera decisivo il problema delle procedure e fonda il suo discorso giuridico sull'efficacia, cioè sull'adozione di un criterio di validità del sistema normativo centrato sul principio di effettività.

Ciò che contraddistingue la teoria marxiana è il suo ideale etico-politico, che si vorrebbe dotato di assoluta scientificità e dunque in grado di fornire una previsione sicura, presuntivamente obiettiva rispetto alle tendenze sociali e alla meta terminale delle trasformazioni storiche. Ma questa scientificità, a giudizio di Kelsen, non è altro che un insidioso travestimento, alimentato dalla dialettica, una categoria forte della filosofia occidentale che Marx,

² H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 1991, p. 29.

com'è noto, ereditata dallo Hegel. Ed è proprio il principio della dialettica a conferire il supporto metodologico necessario per giungere ad una duplice ipotesi: a) considerare le lotte e i conflitti storico-sociali come contraddizioni logiche; b) le contraddizioni logiche non sono altro che un rispecchiamento della realtà. Di qui la pretesa di poter rappresentare l'evoluzione storica come evoluzione necessitata, regolata da uno stretto nesso di causalità, il cui esito finale non potrà non essere quello di una società liberata, ove ogni contrasto è superato in funzione dell'armonia e della solidarietà collettiva. Sarebbe così garantita la meta positiva della storia.

Alla base di questa teoria Kelsen coglie «un tragico sincretismo metodologico», che si nutre di una «radicale confusione dei limiti tra realtà e valore». Così finisce con l'apparire come reale un'operazione logica di previsione e di predeterminazione che attiene esclusivamente ad un puro giudizio soggettivo di valore, mentre vorrebbe presentarsi come una tendenza oggettivo-naturalistica. Operazione resa possibile, come si è già rivelato, attraverso un'arbitraria commistione tra fatti e valori³. Alla confusione tra desiderio e realtà oggettiva, tra contraddizione nel pensiero e contraddizione reale, va aggiunto poi un altro elemento teorico proprio della prospettiva marxiana.

Si tratta della cosiddetta «reductio ad unum», la scelta della via corta, della scorciatoia, in luogo della via lunga e complessa nella considerazione della natura e dello sviluppo degli avvenimenti storico-sociali. È la riduzione di tutto l'orizzonte dell'uomo e della società alla sola dimensione economica, quando è evidente che l'equilibrio e lo sviluppo delle società umane sono dovuti al concorso di molti e differenti fattori⁴.

Espressione significativa di tale indebita riduzione all'economico è costituita dalla concezione dello Stato, laddove quest'ultimo diventa un puro e semplice strumento di difesa degli interessi forti, quelli delle classi dominanti, proprietarie dei mezzi di produzione. Qui lo Stato rappresenta la violenza di alcuni, i più forti, esercitata sull'intera società in vista della difesa dei propri interessi materiali, e dunque è ben lungi dall'essere, come dovrebbe, uno strumento neutrale per il controllo e la regolazione dei conflitti sociali. È tuttavia, nella considerazione marxiana, una funzione, quella dello Stato, legata a un particolare momento storico e a una particolare organizzazione sociale e politica, quella borghese-capitalistica. Non se ne avrà più alcun bisogno nella

³ Nel saggio *Il marxismo e Hegel*, pubblicato in appendice alla sua *Intervista politico-filosofica*, Bari, Laterza 1974, Lucio Colletti ha mostrato come l'identificazione di opposizione reale e contraddizione logica porti a considerare la storia come il teatro di molteplici contraddizioni dialettiche.

⁴ L'ermeneutica marxiana del secondo dopoguerra ha prodotto molti studi sul rapporto tra *struttura e sovrastruttura*, tra base economica e mondi culturali ideali e vitali. Ciò ha portato ad una revisione e ad un ribaltamento del tradizionale rapporto di derivazione della sovrastruttura dalla struttura. Basti citare, su questo, il pensiero filosofico di Ernst Bloch e la sua lettura del fenomeno religioso.

fase più matura della vicenda umana, allorché lo sviluppo delle potenzialità individuali e della ricchezza sociale porterà all'autogoverno dei produttori, alla mera amministrazione delle cose.

Ma proprio su questo punto Kelsen individua un altro limite. Lo sviluppo delle forze produttive al suo massimo grado è possibile e realizzabile soltanto attraverso un attento e complesso lavoro di pianificazione, centralizzazione e controllo dall'alto. Esso richiede che tutta la struttura societaria sia rigorosamente regolata, come fosse una singola realtà produttiva. Così Marx arriverebbe a teorizzare l'estinzione dello Stato e della politica proprio nel momento in cui la loro presenza diventa indispensabile. È teorizzata l'anarchia politica ed istituzionale – lo Stato dovrà venir meno quando verrà abolita la divisione in classi della società –, l'assenza di regole e di norme di controllo e di coazione, e insieme si esige la massima organizzazione in vista del massimo risultato per il massimo di benessere collettivo. Sono due ipotesi che sembrano non potersi in alcun modo conciliare, se non all'interno di una concezione fideistica, cioè a dire non realistica della realtà sociale e politica.

Kelsen rivendica il valore universale di alcuni valori che il marxismo ritiene relativi a un'epoca e funzionali alla particolare forma borghese di organizzazione sociale, e rivendica allo stesso tempo il ruolo particolare che devono assumere la mediazione politica, lo Stato e il diritto. Questa rivendicazione assume un rilievo particolare all'interno della sua prospettiva, centrata sulla netta distinzione fra diritto e natura, diritto e morale, diritto e ideologia. Così Kelsen non può che respingere, in quanto ideologica, la concezione dello studioso sovietico Pasukanis, secondo cui c'è un esito finale dell'organizzazione sociale, dopo la fase capitalistica, che non richiede più la coercizione e la stessa presenza della vita giuridica. Ma qui, a giudizio di Kelsen, si pone sullo stesso piano sociologia economica e teoria giuridica, e sfugge inoltre a Pasukanis che non è possibile ipotizzare, se non con un parto della fantasia, una qualsivoglia forma di organizzazione sociale che possa fare a meno di strumenti di coercizione, di controllo e di indirizzo. Come dire che risulta priva di fondamento l'ipotesi, o meglio il mito utopico di una società pienamente omogenea e solidale, senza più differenze né contrasti di interessi e divergenze sui fini da raggiungere.

Kelsen non può condividere la teoria secondo cui tutte le opposizioni trovano il loro punto di confluenza, la loro convergenza nella dimensione economica. Vi sono aspetti e ambiti che, pur non essendo collegati con la sfera economica, sono in grado di muovere l'interesse degli uomini, creare fronti d'impegno e di lotta. Se è verosimile che la prospettiva marxiana presuppone quanto meno una considerazione ottimistica della natura e delle possibilità umane, è bene rilevare che la concezione antropologica kelseniana è assai differente, Kelsen giunge ad affermare:

La fede nella possibilità di una comunità solidale, in cui tutti hanno una sola, e quindi una buona volontà, si fonda o su una ignoranza della natura umana, oppure sulla fede

nella possibilità di un suo cambiamento radicale. L'uomo: è questo il materiale su cui deve essere costruita anche la casa di un futuro ordinamento sociale; è lo stesso materiale di cui è fatto già lo Stato di oggi e di ieri, e che certamente è insieme un motivo per cui questa casa lascia tanto a desiderare, anche se non per questo si deve assumere che, appunto con questo materiale, non si potrebbe costruire molto meglio. Chi crede però di poter costruire il palazzo del futuro con altro materiale, chi fonda la sua speranza su una natura diversa da quella che conosciamo, va a finire senza possibilità di salvezza nel paese nebuloso dell'utopia⁵.

Ma i limiti e le contraddizioni che Kelsen individua nella teoria marxiana non riguardano soltanto la confusione o contraddizione tra teoria economica e teoria politica, il massimo di pianificazione sociale insieme con un minimo di intervento politico, ma stanno anche nella commistione, forse inconsapevole, tra scienza e ideologia. Il marxismo si pretende scientifico, è socialismo scientifico⁶, in quanto ha scoperto ed elaborato un insieme organico di leggi che regolano il funzionamento della società capitalistica e più in generale dell'intero movimento storico. Il presunto carattere scientifico è tutt'uno con l'atteggiamento proprio di una spiegazione *Wertfrei*, avalutativa, indifferente al giudizio di valore e alla successione storica delle differenti formazioni economico-sociali. Nonostante tale presupposto metodologico, la successione storica risponde ad una serrata valutazione ed è, come dire, necessitata, orientata verso un fine che è predeterminato: quello che Ernst Bloch chiama "das Heimat", la patria, la naturalizzazione dell'uomo e l'umanizzazione della natura, l'approdo ultimo e risolutivo della società umana. È evidente qui il contrasto all'interno della stessa analisi scientifica, che delinea l'evoluzione della vicenda storica come sviluppo causale-oggettivo, e che, allo stesso tempo, è chiamata a realizzare il fine, il valore: la società dei liberi e degli eguali.

Quella marxiana sarebbe così una filosofia della storia in cui si connettono atteggiamento scientifico e atteggiamento finalistico, o provvidenzialistico, e quest'ultimo senza una garanzia o un *surplus* di valore, oltre un puro e ingiustificato volontarismo dei significati. Nella lunga e attenta riflessione intorno alla teoria marxista, condotta per oltre quaranta anni, Kelsen ha costantemente posto l'accento sui limiti di questa, individuati, peraltro, nella stessa teoria giuridica del marxismo al potere, del comunismo, ove la presunta preoccupazione scientifica sembrerebbe farsi del tutto da parte per lasciare campo a motivi e interessi di natura esclusivamente politica. Ne sarebbe prova il fatto che qui il diritto assume il ruolo di un vero e proprio espediente, un'arma ideologica nella lotta contro l'organizzazione capitalistica della società. È una condizione evidenziata, con chiarezza, da Giuseppe Treves nella

⁵ H. Kelsen, *Socialismo e Stato*, cit., p. 101.

⁶ Cfr. F. Engels, *L'evoluzione del socialismo dall'utopia alla scienza*, Roma, Editori Riuniti 1971.

Nota introduttiva alla traduzione italiana della kelseniana *The Communist Theory of Law*⁷, ove si fa valere il principio secondo cui il vero atteggiamento scientifico deve presupporre la libertà del giurista rispetto agli interessi di coloro che governano, e deve informarsi ad una teoria della società che sia del tutto autonoma rispetto alla sua vicenda politica. È una posizione condivisa da Kelsen, che afferma:

Il carattere ideologico della teoria sovietica del diritto è la conseguenza inevitabile del principio di Marx, contrario al postulato anti-ideologico, che la scienza sociale in generale, e la scienza dello Stato e del diritto in particolare, deve essere politica, vale a dire deve risultare in formule che possono venire usate come strumenti della lotta politica di un gruppo contro un altro. Lo stato deplorabile della teoria giuridica sovietica, degradata ad ancella del governo sovietico, dovrebbe essere un ammonimento severo agli studiosi di scienze sociali, che la vera scienza sociale è possibile solo a condizione che sia indipendente dalla politica⁸.

Il sincretismo metodologico è dunque, a giudizio di Kelsen, il limite e l'incoerenza più grave in cui è incorso il marxismo, e si ritrova, come già evidenziato, nell'aver mescolato e confusi tra di loro fatti e valori, cause e fini, ed aver preteso di far nascere il fine – un obiettivo che riguarda il piano dei valori – dall'analisi «scientifica» dello sviluppo storico. Dunque una scoperta «scientifica», enunciabile solo perché «il valore che si pretende scoperto è stato precedentemente proiettato nella realtà». E un procedimento affine a quello che si verifica all'interno della prospettiva giusnaturalistica. In entrambi, marxismo e giusnaturalismo, Kelsen coglie la presenza di un'arbitraria operazione teorica, con la quale si giunge a conferire un significato ed un valore oggettivo a ciò che sembra essere piuttosto un'esigenza soggettiva.

Come uscire da tale contraddizione? È necessario tornare ad un concetto di Stato come *tecnica sociale*, strumento neutro per la composizione degli interessi dei gruppi sociali. E insieme a questo è necessario tornare a credere nell'idea della politica come democrazia, fondata su una dialettica tra diversi schieramenti e partiti politici. Nella situazione di complessità e di pluralismo dei valori questa sarebbe la miglior forma di organizzazione politica, in grado di realizzare le necessarie mediazioni e di strutturare in modo razionale e consensuale la vita della società civile. La teoria marxista è al di fuori di questa prospettiva, perché non intende lo Stato come uno strumento, una tecnica indispensabile per qualsiasi forma di società, e in quanto tale esso non è uno strumento di dominio e di asservimento a tutela di parte degli interessi sociali complessivi.

⁷ H. Kelsen, *La teoria comunista del diritto*, cit., pp. XVIII-XIX.

⁸ Ivi, p. 298.

Il problema dell'avalutatività. Il discorso critico intorno al significato e al limite delle teorie marxiane può servire a definire ulteriormente il punto di vista kelseniano attorno al più generale problema della scienza e dei valori, all'affermazione del postulato dell'avalutatività basato sulla distinzione tra fatti e valori. Una distinzione cui corrisponde la separazione epistemologica tra il conoscere e il valutare. La sfera della scientificità, se non vuol perdere il suo significato e la sua stessa identità, non potrà che essere del tutto separata dalla sfera dei valori, delle opzioni soggettive. La distinzione tra giudizi di valore e giudizi di fatto può essere fatta risalire all'atteggiamento di Socrate nell'*Eutifrone* di Platone.

Il criterio della distinzione tra fatti e valori è argomento centrale nella dottrina pura di Kelsen, ove la separazione epistemologica tra il conoscere e il valutare, che richiama la distinzione kantiana tra pensare e conoscere, tra sfera dei valori e sfera delle decisioni, porta all'affermazione del postulato dell'avalutatività. Le procedure e lo statuto della ricerca scientifica non possono, a giudizio di Kelsen, essere poste in connessione con gli aspetti della vita pratica, con cui pure interagiscono, nell'impostazione della ricerca e nel suo sviluppo⁹. Con l'avalutatività si oltrepassano le categorie del mondo della vita. Ne deriva il prevalere di un interesse conoscitivo di tipo sostanzialmente tecnico. Ed è quanto sembra richiedere una concezione della scienza che esige la purificazione dai giudizi di valore.

Problema diverso è quello della reale possibilità di una posizione rigorosamente avalutativa, ed anche quello della coerenza del discorso kelseniano con lo stesso obiettivo. Il valore è sempre di per sé relativo e, di conseguenza, non potrà essere sottoposto ad un controllo razionale. Esso esprime il livello della pura emozionalità e non potrà aderire all'oggettività ed universalità del discorso scientifico.

L'esigenza di una rigorosa distinzione degli ambiti di conoscenza propri di ogni disciplina scientifica ci riporta, come già sottolineato, allo stesso Immanuel Kant, ed è richiamata nella *Vorrede* alla seconda edizione della *Kritik der reinen Vernunft*. Qui si può leggere: «Quando qualcuno fa sì che i confini delle scienze si confondano, queste non risultano accresciute, bensì deformate»¹⁰. Ma il problema della separazione tra ragione teoretica e ragione pratica, tra essere e dover essere è ancor più presente nell'opera di Max Weber¹¹, che la fonda sulla natura soggettiva dei giudizi di valore e della loro importanza in altri ambiti – ne è una

⁹ L. Strauss, nel suo *Che cos'è la filosofia politica?*, a cura di G.F. Taboni, Urbino, Argalia 1977, p. 48, ha scritto: «Il rigetto dei giudizi di valore si basa sul presupposto che i conflitti tra i valori o sistemi di valori diversi sono sostanzialmente insolubili per la ragione. Tuttavia questo presupposto non è stato mai provato».

¹⁰ I. Kant, *Critica della ragion pura*, a cura di G. Colli, Milano, Adelphi 1976, p. 18.

¹¹ L'opera di M. Weber più significativa, sotto questo aspetto, è *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi 1958, pp. 53-141.

prova il discorso intorno al puritanesimo – ma non all'interno del procedere scientifico¹². Potremmo convenire ora con quanto sostenuto da Ralf Dahrendorf, secondo cui il tema dell'avalutatività non può essere trattato in modo avalutativo; esso precede la questione della scientificità vera e propria. Il problema dell'ammissibilità dei giudizi di valore nel discorso scientifico può essere chiarito, ma non risolto, in quanto un'eventuale soluzione riguarderebbe soltanto il piano dell'etica e non quello puramente conoscitivo. Non si tratta, infatti, di un tema scientifico in sé e per sé, ma di qualcosa che ci riporta al fondamento esistenziale della scienza. L'operare con criteri di scientificità non sarebbe quindi un atto conoscitivo, ma l'oggetto di una scelta che coinvolge la responsabilità e la moralità dello scienziato, in altre parole, la sua *Weltanschauung*. Ed allora si può dire che ogni ricerca scientifica, anche la più neutrale, abbia come suo presupposto una visione, un'intuizione del ricercatore, in cui giocano valutazioni pre-scientifiche, giudizi di valore.

L'analisi della dottrina filosofico-giuridica di Kelsen sembra convalidare questa osservazione¹³. Se non fosse così, ci troveremmo di fronte ad una vera e propria macchina razionante di cose giuridiche, una vera e propria opera d'ingegneria giuridica, alla base della quale sembra prevalere quella che C. Wright Mills ha definito l'inibizione metodologica¹⁴. E questa, attraverso la «fagocitazione dell'oggetto da parte del metodo», condurrebbe ad una situazione di sterilità¹⁵.

Il *proprium* della scienza sembra consistere dunque nel suo metodo, vale a dire nel suo modo di osservare ed analizzare le cose. Ciò che più conta è così l'angolo di visuale che coincide con la formulazione del problema, la costruzione di una teoria formale. Oltre il carattere avalutativo, la purezza del

¹² Al problema è dedicato l'interessante saggio di A. Cavalli, *Weber e Sombart e la disputa sui giudizi di valore*, «Quaderni di sociologia» 1, 1964, pp. 24-50.

¹³ All'inizio del Novecento, M. Blondel, nel breve saggio *Le principe élémentaire d'une logique de la vie morale*, Paris 1903 (trad. it., Napoli, Guida 1969), aveva sottolineato il limite di quel pensiero che volesse trascurare le sue origini vitali e non volesse considerare i suoi fini morali. Con linguaggio incisivo, il filosofo francese si esprimeva così: «Eccoci qui nel limbo del pensiero formale, dove, senza indicazioni di luogo, di tempo, d'origine, tutto si riduce a dei contenuti aridi, come figure di fil di ferro che s'intrecciano o si respingono, e ad un disegno lineare; dove, in mancanza di alimenti presi dal reale, lo spirito, come in un digiuno, vive di se stesso, divenendo «ideogafo» o «verbivor»». Il vero nome di una logica di tale provenienza sarebbe «logologia» (pp. 25-26).

¹⁴ C. Wright Mills, *L'immaginazione sociologica*, Milano, Il Saggiatore 1970, p. 79.

¹⁵ È un rilievo critico sviluppato da G. Martyniak in *Le problème de l'unité des fondements de la théorie du droit de Kelsen*, «Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique» 7, 1937, p. 174. Qui si afferma: «Ce n'est plus la méthode qui est conforme à l'objet de la connaissance, mais bien au contraire: c'est l'objet qui est le produit de la méthode». È opportuno ricordare, in ordine al richiamato problema metodologico, lo scritto di O. Weiberger, *Hans Kelsen als Philosoph*, in H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht-Boston 1973, p. XI.

metodo richiama un altro carattere del discorso kelseniano, il tema dell'unità sistematica della scienza, che sembra riprendere in tanta parte le prospettive filosofiche della scuola neokantiana¹⁶. La posizione di Kelsen, del Kelsen positivista, sembra incontrare su questo punto le asserzioni fondamentali del realismo giuridico scandinavo. Il giudizio di valore è sempre determinato da valori emozionali, che non possono essere conciliati con il livello della razionalità. Ne consegue che non è possibile decidere razionalmente fra convinzioni morali che siano in contrasto tra di loro. E dunque la scienza giuridica potrà avere ad oggetto solo un «ordinamento che si determini nell'obiettivazione normativa di azioni umane. Tale ordinamento è il diritto positivo, soltanto esso oggetto di una teoria giuridica che abbia un rigoroso significato conoscitivo. Così concepita, la scienza giuridica vuole essere radicalmente realistica ed empirica»¹⁷. È il progetto rigoroso, il più autorevole nel nostro secolo, di una «autocoscienza metodica della scienza giuridica»¹⁸, perseguita da Kelsen con grandi energie intellettuali all'interno di una concezione positivista della scienza. Questo tipo di scienza non ha alcuna rilevanza nei confronti del comportamento degli uomini, in quanto non si presenta come una scienza dei fatti, ma come una scienza delle norme¹⁹. Queste non si occupano dei contenuti, ma soltanto della struttura logica delle norme giuridiche, per una conoscenza scientifica del diritto. «La dottrina pura del diritto» – afferma il Larenz – «si occupa solo delle norme giuridiche, non in quanto fatti di coscienza, ma in quanto strutture qualificative»²⁰. Qui non si trovano riflessioni intorno agli scopi del diritto, alle concezioni della giustizia, e si guarda pressoché esclusivamente alla forma, non ai contenuti, per cui si potrebbe parlare, com'è stato fatto, di una «geometria del fenomeno giuridico nella sua totalità».

¹⁶ Si vedano, sul tema, i seguenti studi: G. Solari, *L'indirizzo neokantiano nella filosofia del diritto*, «Rivista di filosofia» 1932, pp. 319-355; A. Banfi, *Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane*, in Id., *Esegesi e letture kantiane*, vol. II, Urbino, Argalia 1969, pp. 165-247.

¹⁷ L. Bagolini, *Aspetti della critica dei valori etico-giuridici nel pensiero contemporaneo*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto» 1957, pp. 235-267.

¹⁸ K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè 1966, p. 95.

¹⁹ Se collocato nell'ambiente culturale ed accademico del suo tempo, l'obiettivo della ricerca kelseniana in ambito giuridico può essere considerato come il più vigoroso tentativo di reazione nei confronti di quella *giurisprudenza degli interessi* che si era diffusa in Germania, agli inizi del secolo, in seguito all'affermarsi degli studi sul legame tra realtà economico-sociale e produzione delle forme specifiche del diritto positivo. Per contrapporsi a questa tendenza, Kelsen arriva a produrre la più compiuta indagine sulle pure condizioni formali dell'esperienza giuridica, ove distingue tra scienza del diritto e attività o produzione giuridica. Da un lato si dà il conoscere giuridico, cui Kelsen guarda con attenzione «scientifica», e dall'altro vi sono gli altri aspetti del fenomeno giuridico. È la purezza del metodo a richiederlo per la dottrina pura del diritto, che è una teoria del diritto positivo.

²⁰ K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 119.

Diventa così problema irrilevante quello della giustizia²¹, uno dei grandi e più complessi problemi della filosofia giuridica, ma non del formalismo kelseniano, per il quale «la giustizia è un ideale irrazionale»²². In una delle ultime sue lezioni accademiche, tenuta all'Università di Berkley, nel maggio 1952, Kelsen si esprimeva così:

Non so, né posso dire, che cosa è la giustizia, quella giustizia assoluta di cui l'umanità va in cerca. Devo accontentarmi di una giustizia relativa e posso soltanto dire che cosa è per me la giustizia. Poiché la scienza è la mia professione, e quindi la cosa più importante della mia vita, la giustizia è per me quell'ordinamento sociale sotto la cui protezione può prosperare la ricerca della verità. La «mia» giustizia, dunque, è la giustizia della libertà, la giustizia della democrazia: in breve, la giustizia della tolleranza²³.

La metodologia kelseniana che già conosciamo deve essere applicata evidentemente anche all'esame del problema giustizia, per cui anche qui deve valere il criterio dell'identificazione della scientificità con l'avalutatività. Kelsen ritiene che un ideale di giustizia assoluta, una giustizia «in sé», non possa esistere se non come fatto irrazionale. È qualcosa di non conoscibile per la ragione umana. Non si potrà allora che indicare un insieme di valori di giustizia, senza pretendere di sceglierne uno come preferibile. Kelsen è cosciente del fatto che la dottrina pura del diritto non sa fornire risposta al problema della giustizia assoluta. Il problema, non risolvibile per la via della conoscenza razionale, resta comunque in tutta la sua rilevanza per l'urgenza che pone, ad esempio, il lavoro interpretativo della norma. Ed allora si deve concordare con M. G. Losano, secondo il quale «il criterio di avalutatività applicato al valore di giustizia diventa vacuo»²⁴.

Per quanto concerne il diritto naturale, inteso come teoria della giustizia, questo costituisce per Kelsen un'«ideologia», se non proprio un «autoinganno», non possedendo alcuna rilevanza scientifica. Ma può assumere una notevole importanza sul terreno politico, e sta qui la sua ideologicità. L'uomo ha sempre cercato di conferire un valore oggettivo, assoluto, alle proprie convinzioni e alle proprie fedi. Nel corso della storia della civiltà il diritto naturale, a giudizio di Kelsen, ha assunto posizioni e funzioni diverse, da quelle conservatrici e storicamente prevalenti, a quelle rivoluzionarie.

C'è in Kelsen un criterio di moralità in ordine alla giustizia, e risiede nel

²¹ Al problema della giustizia Kelsen riserva scarse attenzioni nelle due maggiori opere, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi 1966, e *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas 1966, anche se ne tratta in alcune pregevoli ricerche raccolte in *What is Justice?*, University of California, Berkley and Los Angeles 1960, e in un lungo saggio dal titolo *Justice et droit naturel*, «Annales de Philosophie politique», P.U.F., Paris 1959.

²² H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi 1952, p. 59.

²³ Id., *What is Justice?*, cit., p. 24.

²⁴ M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Edizioni di Comunità 1981, p. 53.

suo invito alla tolleranza, un valore che si connette con la concezione etico-sociale relativistica. In una pluralità di sistemi di valore, ognuno sarà libero di scegliere autonomamente e bisognerà rispettare la legittima scelta di ognuno. Certo, bisogna rilevare che il concetto di tolleranza possiede un compito quanto mai significativo all'interno di un ordinamento giuridico, quello di creare le condizioni per garantire la pace e l'ordine, consentendo allo stesso tempo la libera espressione delle idee. Dire tolleranza, infatti, è come dire libertà di pensiero. È un'affermazione che chiama in causa il tema della democrazia, di fronte alla quale il Kelsen cittadino propende per un giudizio di desiderabilità, in quanto è la stessa democrazia a fondarsi sul principio di libertà e dunque di tolleranza. Ma «se la democrazia è una forma giusta di governo, lo è perché essa significa libertà, e la libertà è tolleranza»²⁵.

Antropologia e formalismo giuridico. Un altro tema, che potrebbe essere oggetto di ulteriori indagini e ricerche, è quello che tende a cogliere la natura, i contenuti e le forme delle aperture e delle incoerenze del formalismo puro kelseniano, i suoi soprassalti di umanità che sembrano conferire ad esso un'immagine più «terrena» e mitigare il noto giudizio di Giuseppe Capograssi, che ha incontrato non pochi consensi: «Quando ha finito di studiare quest'opera, il lettore resta con un senso profondo di insoddisfazione e di tristezza»²⁶. Ma ciò esigerebbe di ripercorrere l'ampio sviluppo della filosofia giuridica e della filosofia politica kelseniana, dagli inizi europei ai suoi sviluppi nel continente americano. Bobbio ha individuato nella concezione della soggettività e dell'irrazionalità dei valori un limite centrale e, a suo giudizio, proprio a partire da questo rilievo la critica potrebbe essere «fruttuosa e costruttiva».

Questo tipo d'indagine potrebbe muovere da un presupposto che ne restringa e definisca meglio il cammino: le aporie del kelsenismo e l'esigenza di un loro superamento sembrano risiedere nella teoria dell'irrelevanza giuridica del concetto di persona. È l'indicazione di una strada da percorrere. La «decostruzione» della persona e del soggetto di diritto, secondo un'ipotesi da verificare, potrebbe collocarsi all'origine delle insufficienze del normativismo kelseniano. Sembra che quando Kelsen forza la «levigata superficie» del formalismo e si apre al riconoscimento del valore, come avviene nell'ultima fase del suo pensiero, egli si porti sul concetto di persona, sui valori di cui la persona è espressione e che mostrano fondamentali inferenze

²⁵ H. Kelsen, *What is Justice?*, cit., p. 25.

²⁶ G. Capograssi, *Impressioni su Kelsen tradotto*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico» 1952, pp. 767-810; ora in Id., *Opere*, Milano, Giuffrè 1959, vol. V, pp. 311-356. L'opera alla quale Capograssi si riferisce è *Teoria generale del diritto e dello Stato*. La severa critica capograssiana non piacque a N. Bobbio, che replicò con il saggio *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile» 1954.

con il mondo giuridico. È l'istanza che lo stesso Bobbio fa valere nei suoi saggi giovanili²⁷.

Ma questa «metodologia» può limitarsi a valere solo in una particolare contingenza storica (a parte il diverso grado di importanza che può assumere) o non dovrà piuttosto diventare il principio ispiratore, in ogni tempo, del vivere associato? In uno dei saggi bobbiani ora citati si incontra una significativa affermazione:

Colui che abbassa la norma giuridica a semplice modo di attuazione della buona e della cattiva volontà, e non vede che essa vale per i valori che salva con le sue limitazioni, e non per la limitazione che fissa senza tener conto dei valori, si è reso ottuso a comprendere il valore del diritto²⁸.

Al tema della *decostruzione* del concetto di persona, e di quello connesso di soggetto di diritto, potrebbe essere collegata la ricerca intorno alla concezione dell'ideologia in Kelsen. È una ricerca su cui ha scritto pagine assai interessanti un fine interprete del pensiero kelseniano, Francesco Riccobono, nella sua *Introduzione a La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, in cui è evidenziato il senso di ideologia come velo che copre la realtà delle cose, come distorsione o occultamento, ostacolo alla libera ricerca della scientificità. E le forme predominanti di falsa coscienza sono riferite anche alle teorie giusnaturalistiche. In questa prospettiva si assiste ad una riduzione dell'ideologia a fatto di coscienza, a realtà soggettiva, e ciò ostacola la visione del suo aspetto oggettivo.

La ricerca intorno al significato che Kelsen attribuisce al concetto di ideologia può essere posta in relazione con il tema dell'antropologia. Non è propria della dottrina del diritto una concezione antropologica pessimistica? È un interrogativo problematico. Il diritto, in Kelsen, è solo in quanto coazione; se non fosse coercitivo non potrebbe svolgere il ruolo di controllo sociale che è assegnato ad esso. La coercizione si impone dal momento che l'uomo non si sottomette spontaneamente agli imperativi della legge. Anche nella democrazia politica permane una differenza e un contrasto tra la libera volontà individuale e l'ordine dello Stato, contrapposto a quello dell'individuo come volontà estranea. Sarebbe un puro ideale utopistico pensare ad una situazione sociale ove non sia vigente alcun ordinamento coercitivo. In tal modo, così si esprime Kelsen, «si ignora l'impulso all'aggressione, che è insito nell'uo-

²⁷ I primi due saggi: *La persona nella sociologia contemporanea* e *La persona e la società*, sono pubblicati rispettivamente negli «Annali della Facoltà giuridica dell'Università degli Studi di Camerino» I, 1938, pp. 221-255, e II, 1939, pp. 163-176; del terzo, *Il valore del diritto*, una sintesi molto ampia è stata pubblicata in «Archivio di filosofia» n. I-II, 1942, pp. 156-161, e, integralmente, nel volume di Autori Vari, *Filosofi nel dissenso*, Perugia, Editoriale Umbra 1986, pp. 110-128.

²⁸ N. Bobbio, *Il valore del diritto*, cit., p. 127.

mo»²⁹. Ne consegue che l'ordinamento giuridico, che si organizza attraverso una strutturazione gerarchica di organi e centri di potere, sembra in grado di far superare la conflittualità e la tensione sociale in direzione di una convivenza ordinata e pacifica. Riccobono ha evidenziato inoltre una mancata distinzione, in Kelsen, tra società e Stato, e l'identificazione di associazione, organizzazione e ordinamento.

Kelsen coglie nella natura umana «una primaria aspirazione di potenza e di affermazione, un'aspirazione che non può necessariamente mirare soltanto allo sfruttamento economico, ma anche ad un dominio, che sia eretto non come mezzo, ma come scopo e che tale si mantenga»³⁰. Così la coercizione sembra essere necessaria, se consideriamo il conflitto che inevitabilmente si determina tra l'ordinamento giuridico e sociale e gli istinti, i desideri, gli interessi dei singoli uomini: «L'ordinamento» – afferma ancora Kelsen – «deve reagire alla trasgressione nei suoi confronti con un atto coercitivo, per cautelarsi da perturbamenti»³¹. Sorprende la soluzione kelseniana del conflitto, che è conflitto non solo tra ordinamento e singolo ma anche tra singoli all'interno di uno stesso gruppo o classe dominante.

L'assunzione tecnica della norma. Nel conosciuto e discusso saggio sulla dottrina kelseniana del diritto³², Capograssi sosteneva che quest'ultima sembra risolversi in una «tecnica della sanzione» e in un vero e proprio ordinamento coercitivo, fondato su una concezione della norma giuridica come norma che dispone la sanzione e che è indipendente dal contenuto. Così facendo, vale a dire risolvendo il tutto in termini di normatività, si è finito con il separare tutto ciò che è unito, la forma dal contenuto, l'ordinamento dall'esperienza, e si è supposto che quei «pezzi», così ottenuti, fossero il diritto.

Dividendo la forma dai soggetti, la forza dalla vita, (Kelsen) finiva col rendere irriconoscibile l'effettività dell'esperienza e scambiava le forme, quei «cadavera urbium» per città viventi, per le case dove gli uomini vivono³³.

Alcuni anni prima Bobbio poneva l'accento sullo stesso limite:

Più noi diamo opera con le sottigliezze logiche, coi ragionamenti astratti all'elaborazione del diritto come un sistema puramente formale, più contribuiamo a far diffondere e a far consolidare lo scetticismo giuridico³⁴.

²⁹ H. Kelsen, *Il diritto come specifica tecnica sociale*, in Id., *La teoria politica del bolscevismo*, cit., p. 105.

³⁰ H. Kelsen, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 101.

³¹ *Ibid.*, pp. 83-84.

³² G. Capograssi, *Impressioni su Kelsen tradotto*, cit.

³³ *Ibid.*, p. 324.

³⁴ N. Bobbio, *Il valore del diritto*, cit., p. 120.

La dottrina pura del diritto è teoria formale, in quanto stabilisce le condizioni formali per la validità della norma. Ma questa indagine, o meglio questa scienza del diritto, a giudizio dello stesso Kelsen, non è l'unica possibile o legittima intorno al fenomeno giuridico. Vi sono altre discipline ed altri tipi di conoscenza per una considerazione compiuta del diritto.

Ci possiamo chiedere, tuttavia, se il diritto possa sopportare la riduzione formalistica senza compromettere una concezione realistica di sé? L'essenza del diritto non sta proprio nel suo essere, insieme, forma e contenuto, coerenza formale e legame con la concreta esperienza? Esiste la soluzione kantiana, per cui la norma morale è vincolante solo per la coscienza, mentre quella giuridica è caratterizzata dalla coercizione esterna. Ma la coercizione, sanzione propria della norma giuridica, potrà solo rafforzare e non fondare la norma. Una considerazione unitaria del diritto esige che la norma si misuri con tre distinti ma connessi problemi: quelli della validità, dell'efficacia e del suo rapporto con la giustizia. Secondo Kelsen questi tre problemi appartengono a tre distinti ambiti del conoscere, necessari tutti ad una comprensione complessiva del diritto, ma anche autonomi ed indipendenti l'uno dall'altro. Alla teoria generale del diritto compete la questione della validità, alla sociologia del diritto quella dell'efficacia, alla filosofia del diritto infine quella della giustizia. In un saggio di qualche anno fa³⁵, Italo Mancini evidenziava la necessità che gli aspetti tecnici del diritto si legassero alle istanze assiologiche, pure essenziali, e che ognuno degli ambiti in cui si vorrebbe sezionare e ridurre il diritto esprimesse in realtà un'anima di verità di questo, una sua parte di verità. Ma una parte, evidentemente, non può essere scambiata con il tutto. Carl Schmitt ha scritto che senza un riferimento al valore, il diritto positivo può portare ad un esito certo non auspicabile, la «*reductio ad Hitlerum*». E alla malattia del riduzionismo non può che seguire il corrompimento del diritto³⁶.

Questa linea di ricerca potrebbe collocare la concezione kelseniana, fondata sulla identità tra validità e positività, all'interno della prospettiva giuspositivistica, che a partire da Hobbes giunge sino ad Hart, laddove la validità di una norma è tutt'uno con la sua esistenza giuridica e l'accertamento di quella

³⁵ I. Mancini, *La filosofia del diritto come ermeneutica*, «Hermeneutica» 1981, pp. 9-45.

³⁶ Sui limiti della riduzione del diritto a forma si sofferma, con forti accenti critici, S. Cotta, di cui ricordiamo, tra gli altri, i volumi: *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, Giuffrè 1981, e *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè 1985. Pure significativo, soprattutto per approfondire il nostro tema: *Il diritto come sistema di valori*, «Justitia» 1977, pp. 273-285. Qui Cotta parla di un doppio, negativo esito della risoluzione del diritto a pura forma e a tecnica: a) la perdita del suo valore universale; b) il rischio di decretare la sua stessa fine: «Le tecniche» – afferma Cotta – «non avendo che un'utilità strumentale, durano unicamente nella misura in cui permangono atte o adeguate alla realizzazione del fine; cioè fino a quando non sono state superate da altre tecniche più efficaci».

dipende dalle forme dell'atto normativo di produzione e non dai significati o i contenuti delle norme prodotte³⁷. Allo stesso tempo, essa dovrebbe prestare attenzione al problema dell'adeguatezza di questa concezione formale della validità agli ordinamenti dei moderni Stati costituzionali di diritto, nei quali la validità di tutte le norme si trova nella loro conformità sostanziale, non solo formale, alle norme di livello superiore. In tali ordinamenti³⁸ la validità non deve rispondere solo agli aspetti formali della produzione normativa, ma anche ai loro significati e alla conformità dei loro contenuti con il «dover essere» imposto dalle norme superiori.

Tutto ciò si può comprendere se si coglie l'evoluzione che si è avuta con la formazione degli Stati costituzionali, nei quali parte dei contenuti e dei valori di giustizia propri del giusnaturalismo illuministico sono diventati l'anima del diritto positivo. Come dire che si è determinato un processo di positivizzazione del diritto naturale, che sembra aver prodotto un superamento della distinzione tra coerenza interna e legittimazione esterna. Ne consegue, e questa linea di ricerca dovrebbe approfondire tale concetto attraverso l'individuazione dei limiti propri all'elaborazione del Kelsen, che negli ordinamenti giuridici che hanno recepito i diritti fondamentali di libertà, il problema della validità delle norme non può essere posto soltanto in termini formali, ma richiede una valutazione di compatibilità con le esigenze di giustizia che sono interne alle norme stesse. Superata per gran parte, con la costituzionalizzazione dei diritti naturali, la contrapposizione tra diritto positivo e diritto naturale, tra giuspositivismo e giusnaturalismo, rimane comunque il divario tra ciò che il diritto è e ciò che dovrebbe essere, tra validità ed effettività.

La norma fondamentale e l'ipotesi dell'autofondazione. Uno dei maggiori problemi cui va incontro la teoria giuridica kelseniana, la soluzione del quale sembra andare al di là del formalismo e dell'unità scientifica del sistema giuridico, così come è teorizzato dal giurista austriaco, è costituito dall'identità e dal significato che viene ad assumere in essa la *Grundnorm*, la norma fondamentale, che si colloca al vertice del sistema e che, in quanto «norma di chiusura», dà senso a tutta la strutturazione gradualistica delle norme. Il tema e il concetto di *Grundnorm*, tra i più controversi della dottrina pura del diritto, possono essere oggetto di un'accurata ricerca che ne evidenzia la presenza e le oscillazioni di significato nell'evoluzione del discorso kelseniano. Basti sottolineare qui che l'identità della *Grundnorm* varia da ipotesi ad ado-

³⁷ L'identificazione tra validità ed esistenza è una posizione caratteristica di gran parte della filosofia analitica. Significativi, sotto questo aspetto, gli studi di U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico?*, Milano, Edizioni di Comunità 1965, e di A.G. Conte, *Studio per una teoria della validità*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto» 1970, pp. 331 sgg.

³⁸ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, con prefazione di N. Bobbio, Bari, Laterza 1989, pp. 349 sgg.

zione, a finzione³⁹. Essa rivela tuttavia una duplicità di significato, in quanto da un lato ha il compito di organizzare la pluralità delle norme secondo un principio che assicuri loro un'interna unità logica, e dall'altro costituisce «il fondamento di validità di tutte le norme appartenenti a questo ordinamento», cioè si presenta come la ragion d'essere o il loro fondamento esterno. La doppia valenza della norma fondamentale sta ad indicare che essa è chiamata a rispondere ad un duplice ordine di questioni: a) perché una determinata norma appartenga ad un particolare ordinamento; b) perché una norma sia valida, e dunque tale da essere vincolante per il comportamento umano.

Interessante appare l'interpretazione di Bobbio, che intende giustificare e risolvere l'ambiguità della *Grundnorm*, e i suoi evidenti limiti teorici, nell'affermazione kelseniana del primato del diritto sulla politica. E la norma fondamentale sarebbe lo strumento con cui rendere possibile tale primato, proprio come avviene nella teoria giusnaturalistica a fronte delle risoluzioni del totalitarismo: far prevalere il principio *lex facit legem* sul suo opposto *rex facit legem*.

Potrebbe rivelarsi significativo, nella più ampia prospettiva del kantismo di Kelsen, il confronto tra la funzione della *Grundnorm* nella dottrina pura del diritto e la funzione dell'*Io penso* nella *Deduzione trascendentale* della kantiana *Critica della ragion pura*. Come la prima deve fornire coerenza logica e legittimità all'ordinamento normativo, così il secondo «deve poter accompagnare tutte le mie rappresentazioni». E alla difficile identità della *Grundnorm* corrisponde la «drammatica» identità dell'*Io penso*, sospesa tra una concezione sintetica ed una analitica.

Tornando più direttamente al nostro problema, ci si dovrà chiedere tuttavia se un sistema normativo puramente formale possa trovare al suo interno un criterio e un fondamento di validità in grado di fornire piena legittimazione e coerenza logica ad un ordinamento normativo. Per cercare di dare risposta al problema potrebbe essere utile, com'è stato fatto, cogliere la relazione e i punti di connessione tra i due ambiti disciplinari del diritto, nella sua specifica concezione kelseniana, e della matematica, in relazione ai loro fondamenti⁴⁰. Il problema è discusso anche da F. Rivetti Barbò, che sottolinea l'impossibilità dell'ideale della scienza deduttiva, che sembrava raggiunto con l'invenzione dei sistemi formali, della deducibilità dei teoremi di una data scienza dalle sue premesse⁴¹.

³⁹ Sono almeno tre *i topoi* in cui Kelsen affronta tematicamente il problema della *Grundnorm*: *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 217-251; *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 11-120; *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi 1985, pp. 430-437.

⁴⁰ Ad evidenziare l'opportunità di questo collegamento è stato V. Mathieu, nel saggio *Sistemi logici e sistemi giuridici. Impossibilità di autofondazione formale*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto» 1970, pp. 225-231, facendo valere la teoria di Kurt Gödel sui fondamenti della matematica.

⁴¹ Cfr. F. Rivetti Barbò, *La frase indecidibile di Gödel*, «Rivista di filosofia neoscolastica» 1961, fasc. II, pp. 97-118.

È l'impossibilità di dedurre, nell'ambito di un sistema non contraddittorio, una frase che asserisca la non contraddittorietà dello stesso sistema. Nei teoremi della matematica e nella concezione kelseniana del diritto ci troviamo dinanzi ad una situazione analoga: quella di un sistema formale che «non è in grado di fornire una dimostrazione della propria coerenza, cioè non può garantire da sé che il suo uso non porti a contraddizioni»⁴².

Un sistema giuridico formalizzato non può trovare in sé la dimostrazione del suo fondamento di valore, come dire che esso non può derivare da sé la propria legittimità, e che potrà essere legittimato «solo all'interno di un sistema più vasto, oppure avere un fondamento di legittimità non formale». Per la scienza matematica, il teorema di Gödel determina, come conseguenza, il suo carattere aperto, cioè a dire che non è dato predeterminare una volta per tutte in essa l'ambito delle possibili proposizioni valide, e ancora l'impossibilità che essa, formalizzata all'interno di un sistema logico, possa avere una fondazione formale, cioè possa dimostrare la propria non contraddittorietà. È così per il diritto, ove per analogia non si può dare un sistema in sé chiuso e definitivo, e nemmeno una fondazione formale.

Ciò non significa – afferma ancora Mathieu – che esso non si fondi, in certo senso, da sé (anche se la matematica non si lascia fondare su altro, e quindi si fonda, in qualche modo, su se stessa), bensì che tale autofondazione non è di natura formale. Il fatto che il diritto, per valere, da un lato abbia bisogno di un'efficacia che, in ultima analisi, implica l'esercizio della forza, dall'altro abbia bisogno di una «giustizia» che non si lascia esaurire una volta per tutte nelle formule matematiche che la interpretano, è la manifestazione più evidente dell'impossibilità di un'autofondazione formale del sistema⁴³.

È bene ricordare che già Wittgenstein nel suo *Tractatus logico-philosophicus*, che risale al 1921, aveva fatto alcune affermazioni, riferite al significato e al valore del mondo, che prospettano la stessa soluzione avanzata da Gödel:

Il senso del mondo – afferma Wittgenstein – deve essere fuori di esso. Nel mondo tutto è come è, e tutto avviene come avviene; non vi è in esso alcun valore – né, se vi fosse, avrebbe un valore. Se un valore che ha valore v'è, dev'essere fuori di ogni avvenire ed essere. Infatti, ogni avvenire ed essere così è accidentale. Ciò che li rende non-accidentali non può essere *nel* mondo, ché altrimenti sarebbe, a sua volta, accidentale. Dev'essere fuori del mondo⁴⁴.

L'interpretazione. Oltre la «purezza avalutativa»? La ricerca intorno alle aporie e alle difficoltà del formalismo puro potrebbe trovare ulteriori svilup-

⁴² V. Mathieu, *Sistemi logici e sistemi giuridici*, cit., p. 225.

⁴³ Ivi, p. 231.

⁴⁴ L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. it. di A.G. Conte, Torino, Einaudi 1974², p. 79.

più qualora si considerasse l'identità e la funzione che Kelsen vede realizzate nella figura del giurista, un aspetto su cui ha richiamato l'attenzione, con valutazioni fortemente critiche, Sergio Cotta⁴⁵. Su questo punto si deve ricordare come Kelsen fu, oltre che studioso, operatore di diritto, in quanto autorevole membro della Corte costituzionale austriaca, chiamato a collaborare alla definizione della Carta costituzionale austriaca, e si potrebbe trarre dall'impegno e dal ruolo svolto in tale organismo indicazioni significative per l'approfondimento di questo tema⁴⁶.

Potremmo distinguere una duplice tipologia del giurista⁴⁷: il «politico del diritto» e il «tecnico del diritto». Il primo ha il compito di comporre gli interessi conflittuali e di trovare punti di soluzione e di mediazione; l'altro deve porsi risolutamente sul piano del rispetto e dell'applicazione delle leggi. C'è poi chi, come Carl Schmitt, ha visto nella posizione kelseniana il colpevole abbandono del ruolo tradizionale e della missione originaria del giurista, che tutela e promuove il diritto, arrivando ad una riduzione di questo in una serie di implicazioni politiche e di tecniche che finiscono, a suo giudizio, con il travisarne l'identità. Lo stesso Schmitt, ancora in atteggiamento polemico con Kelsen, affermava: «Un popolo, che non ha un ceto di giuristi – nel senso più classico del termine – non ha alcuna costituzione».

Ci sembra di poter dire che di fronte al potere effettivo, il potere politico, a cui attiene tutto il livello decisionale e della produzione giuridica, Kelsen attribuisce al giudice il compito di adattare il caso individuale alla norma legislativa; il suo è dunque un potere di creazione, più che di interpretazione vera e propria⁴⁸.

L'interpretazione giuridica, proprio per il fatto di essere normativa e di comportare una funzione direttiva sui comportamenti umani, costituisce un buon banco di prova per la stessa funzione del giurista. Il tema dell'interpretazione, nel suo porsi in contrasto con la giurisprudenza tradizionale e nonostante il giudizio fortemente negativo del Perelman⁴⁹, non può essere

⁴⁵ Cfr. *Gli obiettivi del giurista*, «Il Tempo», 11 ottobre 1981.

⁴⁶ Su quest'ultimo aspetto si sofferma F. Ermacora, in *Hans Kelsen e il diritto costituzionale austriaco*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. Roehrsen, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana 1983, pp. 27-38.

⁴⁷ M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. Gozzi - P. Schiera, *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino 1987, pp. 51-103.

⁴⁸ È quanto afferma A. Carrino nel suo *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 1984, p. 39.

⁴⁹ Ha scritto Ch. Perelman: «Mi sembra che tutti i paradossi della teoria pura del diritto, come pure tutte le sue implicazioni filosofiche, dipendano da una teoria della conoscenza che attribuisce valore soltanto ad un sapere non controverso, fondato per intero sui dati dell'esperienza e sulla prova dimostrativa, trascurando totalmente la funzione svolta dall'argomentazione» (*Diritto, morale e filosofia*, trad. it. di P. Nigro, Napoli, Guida 1973, p. 190).

considerato marginale nel complessivo progetto giuridico kelseniano ed è anzi ritenuto significativo per cogliere il più autentico significato della *Reine Rechtslehre*. Si potrebbe ripercorrere l'intera traiettoria della scienza del diritto a partire dalla vicenda storica dell'idea di interpretazione.

Nelle posizioni formalistiche o giuspositivistiche, quale quella kelseniana, la norma giuridica diventa il punto di riferimento dell'interpretazione. Rispetto alla cosiddetta volontà del legislatore, quest'ultima finisce col porsi in modo subordinato e passivo, in un atteggiamento che è caratteristico della cosiddetta scuola dell'esegesi. Si tratta qui, con il processo interpretativo, di ricostruire gli intendimenti e la volontà del legislatore facendo leva sulle capacità logiche di cui il giurista dispone, con una schematizzazione del ragionamento giuridico sotto forma rigidamente sillogistica. Si ritiene, in tal modo, di riporre la soluzione di ogni problema interpretativo esclusivamente nei termini logico-deduttivi, partendo dal presupposto della completezza logica dell'ordinamento. Alcuni studiosi⁵⁰ hanno fatto rilevare come in questo modo si pervenga ad una limitazione del lavoro interpretativo ad un complesso di fenomeni linguistici: la parola diventa così l'oggetto stesso della scienza e dell'interpretazione giuridica.

Kelsen non dedica ricerche particolari al problema interpretativo, se si escludono le pagine di *Zur Theorie der Interpretation*⁵¹, il cui contenuto sarà poi ripreso puntualmente nel capitolo VI (*L'interpretazione*) della *Reine Rechtslehre*. Limitata appare anche la fortuna del tema nella letteratura critica. Fatta eccezione per qualche caso, questa non sembra riconoscere a Kelsen originalità di prospettiva in questo campo. Più complessa ed originale, dunque meritevole di attenzione, la posizione di quell'autorevole interprete italiano quale è Mario G. Losano⁵². Quest'ultimo sostiene che la posizione kelseniana sull'interpretazione «racchiude problemi di notevole interesse». Il tema dell'interpretazione sembra violare il fondamentale postulato della purezza della dottrina del diritto, perché non sempre si accorda con il postulato della descrittività della scienza giuridica. Sono conosciute le due differenti tipologie di interpretazione proposte da Kelsen e legate ai due tipi di giurista: la scientificità, propria del «tecnico del diritto», sviluppata in sede teorica e decisiva in ordine ai possibili significati della norma; la giudiziaria, o autentica, propria del «politico del diritto», che porta alla scelta di uno dei significati possibili, aderente alla soluzione contingente.

Sembra intervenire qui, nella definizione di una fra le ipotesi o le scelte possibili, un criterio ed un giudizio di valore. La distinzione tra attività interpretativa scientifica e attività interpretativa giudiziaria costituisce una doppia

⁵⁰ Si veda, in particolare, N. Lipari, *L'interpretazione giuridica*, Lecce, Milella 1970, p. 7.

⁵¹ «Revue internationale de la théorie du droit» 8, 1934, pp. 9-17.

⁵² M. G. Losano, *Il problema della interpretazione in Kelsen*, in Id., *Forma e realtà in Kelsen*, cit., pp. 92-116.

scansione, ed uno dei molti dualismi presenti nell'opera del giurista austriaco, conseguenza di quella distinzione tra conoscenza e volontà, teoria e prassi, scienza e ideologia, giudizi di realtà (puramente descrittivi e scientifici) e giudizi di valore (emozionali e del tutto soggettivi). Ma deve essere considerato un dualismo quanto mai discutibile, in quanto riferito a due espressioni dello spirito che debbono essere strettamente collegate. A giudizio di Losano, esso va riportato ai presupposti filosofici della dottrina kelseniana, centrati sul dualismo tra *Sein* e *Sollen*, tra descrizione e prescrizione. E non è consentito alcun passaggio dall'uno all'altro, come a ribadire che il mondo del diritto non può avere alcun contatto con il mondo della realtà, né questo con quello. Interviene una rigida separazione proprio là dove sembra indispensabile una stretta relazione ed integrazione: l'interpretazione scientifica che dovrebbe diventare la base dell'interpretazione giuridica.

La dottrina pura del diritto attribuisce all'interpretazione il compito di descrivere il diritto positivo. Ma nel suo prescrivere di descrivere, la dottrina pura del diritto sembra introdurre in qualche modo un elemento di valore. Ci sono poi altri elementi che «inquinano», per così dire, il livello del puro accertamento logico dei significati e delle interpretazioni. Tra questi, lo stesso Losano ricorda alcune riflessioni sulla *Carta delle Nazioni* in cui Kelsen evidenzia come l'atteggiamento avalutativo nell'interpretazione potrebbe finire con il giustificare una «interpretatio contra legem», e cioè con il trionfo di un valore diverso da quello tutelato dalla norma interpretata⁵³.

La ricerca sul tema dell'interpretazione potrebbe trovare un terreno proficuo nell'analisi delle fonti del diritto, intese come fondamento di validità del diritto⁵⁴. Nell'interpretazione del Paresce, il sistema kelseniano è definito «una gigantesca teoria delle fonti». Nella struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico, la «fonte» diventa il criterio di validità del diritto, il metodo di creazione di una norma «inferiore» da parte di una «superiore», cosicché una teoria delle fonti diventa la teoria dei gradi. Al vertice del sistema si trova, come sappiamo, la *Grundnorm*, norma base, *fons fontium*, che dà validità ed efficacia a tutta la struttura piramidale dell'ordinamento giuridico. La validità logica del sistema normativo dipende così, essendo la norma fondamentale norma di chiusura, punto di raccordo e fondamento ultimo di validità, dall'essere, dal *fatto* della sua reale efficacia.

All'interno di questo sistema normativo, nel suo ultimo gradino, si col-

⁵³ Per gli studi critici, oltre a quelli già segnalati, è opportuno tener conto di: L. Triolo, *L'interpretazione come categoria giuridica in Hans Kelsen*, «Justitia» 1980, n. 3, pp. 221-249, e n. 4, pp. 229-234; K. Ringhofer, *Interpretation und Reine Rechtslehre*, in *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag*, Wien, Deuticke 1971, pp. 198-210; L. Caiani, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, Cedam 1954.

⁵⁴ Sugli aspetti più generali del problema, considerati da un punto di vista filosofico, è utile la lettura della voce di E. Paresce, *Fonti del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè 1968, vol. XVII, pp. 892-924.

loca l'attività del giudice cui spetta l'emanazione della norma individuale. Ma in Kelsen il complesso e ampio tema delle fonti si esaurisce in un'intera derivazione logica tra le norme dell'ordinamento giuridico («il diritto è diritto perché nasce dal diritto») e manca il riferimento ad orizzonti, pur positivi e significanti, che non siano quelli della legge positiva. La limitatezza della prospettiva kelseniana in ordine alle fonti, che non fa posto ad alcun elemento proprio dell'esperienza giuridica, della natura dei fatti e di quella esigenza di giustizia presente nell'uomo come un bisogno vitale, sembra determinare la mancanza di garanzie che la norma non abbia ad eccedere nel suo esercizio. Viene tuttavia da chiedersi come potrebbe essere altrimenti, se nel cuore del sistema regna una concezione sanzionatoria della norma giuridica in cui il diritto è diritto non in quanto anche strumento di indirizzo e di promozione, ma esclusivamente in quanto mezzo di controllo e di coazione sociale.

La Reine Rechtslehre e le grandi costruzioni scientifiche del primo Novecento. Quali rapporti si possono istituire tra la teoria filosofico-giuridica kelseniana e l'orizzonte culturale del proprio tempo? La risposta a questo interrogativo potrebbe costituire il filo conduttore di un'ulteriore linea di ricerca, con cui tendere al guadagno storiografico e teoretico che può venire da una prospettiva di storicizzazione e dal tentare di identificare le affinità di metodo con il movimento del sapere scientifico e della riflessione sulla scienza che si sviluppano nei primi decenni del secolo. Un allievo del Kelsen, divenuto poi un suo severo critico, Fritz Sander, ha sottolineato i limiti della scienza del diritto nella versione kelseniana, affermando che un discorso rigorosamente scientifico che riguardi il fenomeno della normatività giuridica dovrà limitare o ridurre la molteplicità del concetto di diritto al solo diritto positivo. Ma quest'ultimo non può essere pensato come tutto il diritto, che «vive in certi atti psichici degli uomini» in cui si devono comprendere pure il diritto naturale, la giustizia, il diritto semplicemente invocato. Il punto di vista kelseniano, vale a dire la sua scienza del diritto, sembra così non cogliere il «diritto reale», l'essenza del diritto, la cui direzione, secondo il Sander, dovrebbe essere quella di «ricercare il diritto nell'effettiva sua «vita», nelle funzioni attuali del procedimento giuridico, negli atti giuridici, non nei concetti idealistici fittizi di qualsivoglia opinione intorno al diritto; e così concepire il diritto come realtà storica senza travestimento dogmatico»⁵⁵.

L'attenzione al «primo» Kelsen, quello degli anni dieci e venti, affermata recentemente, ha trovato ampio terreno negli studi di Agostino Carrino, che si è impegnato a far valere oltre gli orizzonti della produzione cosiddetta americana, centrata sulla *General Theory of Law and State*, i temi centrali

⁵⁵ F. Sander, *Sui compiti di una teoria realistica del diritto*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto» 4, 1924, p. 381.

nella formazione della teoria kelseniana, che evidenziano una differente e più complessa evoluzione, con la ricerca di

una maggiore presa di consapevolezza delle molteplici possibilità interpretative della dottrina pura del diritto proprio a partire da una situazione storico-teoretica e storico-spirituale precisa. Di qui il privilegiamento degli scritti kelseniani dei primi decenni del secolo, il cui fuoco considero lo scritto sulla sovranità del 1920. Ciò colloca le mie ricerche sul filone inaugurato, molti anni or sono, da Renato Treves⁵⁶.

Lo stesso Carrino ha affermato:

Con Kelsen, noi assistiamo alla più completa laicizzazione del fenomeno giuridico, all'assoluta e definitiva secolarizzazione, pienamente inserita nella particolare *Weltanschauung* che fonda il nuovo mondo della scienza, di ciò che è – o si pensa che sia – diritto⁵⁷.

Per Kelsen è scientifico ciò che è conforme a leggi e quindi «fare scienza» equivale a descrivere un oggetto nella sua legalità, senza prescrizione o valutazione alcuna. Kelsen tende ad elaborare un modello di scienza giuridica che presenti gli stessi caratteri della matematica e delle scienze naturali.

Un dato può essere sottolineato, prima di ogni altro, ed esso sta nel rilevare che con Kelsen i temi e le impostazioni della giurisprudenza teorica entrano nelle discussioni di logica, etica, metodologia e filosofia della scienza. La sua opera, «la prima cosciente applicazione del modo di pensare sistematico al mondo dei fenomeni giuridici, rimasto sinora quasi estraneo ai giuristi», questo il giudizio di A. Merkl, presenta alcuni di quei caratteri fondamentali che sono alla base delle grandi imprese scientifiche del primo Novecento, impegnate a preservare il discorso scientifico da forze irrazionali, da ideologie e passioni politiche, da giudizi di valore⁵⁸.

Ci sembra che la connessione si imponga, e proprio in ragione della caratteristica prima dell'opera di Kelsen, che un acuto interprete come il Larenz⁵⁹ interpreta come «autocoscienza metodica della scienza giuridica», vale a dire come il più autorevole contributo del secolo XX ad una fondazione della scienza giuridica in quanto scienza, anche se nei termini di una concezione positivista della scienza. Una scienza di norme, non di fatti, che non mira a scopi pratici e si caratterizza per la «purezza» del metodo, e che sembra così una teoria della conoscenza scientifica del diritto, sviluppata attraverso

⁵⁶ A. Carrino, *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 1987, p. 9.

⁵⁷ Id., *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, cit., p. 45.

⁵⁸ Cfr. N. Bobbio, *Hans Kelsen*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto» 50, 1973, pp. 425 sgg.

⁵⁹ K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., pp. 95-116.

un'analisi della sua struttura. Ci sembra poi di poter dire che per Kelsen la scienza e il metodo scientifico, una volta consumata la decostruzione della cosiddetta *res publica christiana*, costituiscano il valore principale e fondante della modernità. E la sua dottrina pura del diritto e dello Stato sembra fondarsi proprio su quella particolare concezione della scienza, che potremmo definire ipotetico-probabilistica, di estrazione neokantiana, ritenuta in grado di «raggiungere un sistema di giudizi che sia internamente coerente, che sia privo al suo interno di contraddizioni»⁶⁰.

A Vienna, attorno alle teorie di Kelsen, si era formata negli anni trenta una vera e propria scuola di ricercatori e di studiosi. Nella stessa città aveva avuto origine, con Freud, la psicanalisi e poco dopo vi sarebbe sorto il *Wiener Kreis*. Meritevole di ulteriori indagini è la questione dei rapporti della dottrina pura del diritto con la psicanalisi⁶¹ e con il Circolo di Vienna. Kelsen, come è noto, collaborò attivamente alla rivista «Imago», e vi pubblicò un suo saggio sulla psicologia sociale⁶². I rapporti tra Kelsen e Freud potrebbero trovare ulteriori elementi comuni nella connessione tra diritto e pace, di cui entrambi appaiono sostenitori. Per quanto concerne Kelsen, il tema della pace e quello del suo rapporto con il diritto sono già sottolineati nella teoria del primato del diritto internazionale su quello nazionale e nella concezione di una *Civitas maxima*, intesa come organizzazione politica universale⁶³. Da un differente punto di osservazione anche Freud sottolineava la stessa esigenza kelseniana. Si può ricordare, a questo proposito, una sua affermazione emblematica: «Diritto e violenza sono per noi oggi termini opposti»⁶⁴.

Si potrebbe inoltre considerare l'influenza della teoria emozionale dei valori, sostenuta dal Circolo di Vienna, e in particolare dallo Schlick, sulla teoria giuridica kelseniana. Secondo alcuni storici del movimento neopositivistico, Kelsen è da annoverare tra gli aderenti allo stesso movimento⁶⁵. Bisogna rilevare inoltre che nel 1916 furono edite due importanti opere, il *Cours de linguistique générale* di Ferdinand de Saussure e il *Trattato di sociologia generale* di Wilfredo Pareto. In questo stesso periodo, in cui vanno maturan-

⁶⁰ H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Milano, Giuffrè 1989, p. 159.

⁶¹ Su questo punto un utile strumento di analisi è costituito dallo studio di H. Kelsen, *L'amor platonico*, Bologna, Il Mulino 1985. Si veda pure: V. Frosini, *Kelsen, Freud e l'eros*, in Id., *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, cit., pp. 69-72.

⁶² Ci riferiamo a H. Kelsen, *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alle teorie delle masse di Freud*, in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino 1981, pp. 387-437. Il saggio apparve, per la prima volta, sulla rivista «Imago», nel 1922.

⁶³ H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, cit., pp. 355-402.

⁶⁴ S. Freud, *Perché la guerra*, in Id., *Il disagio della civiltà e altri saggi*, Torino, Boringhieri 1971, p. 287.

⁶⁵ Cfr. F. Feigl, *Twentieth Century Philosophy*, New York 1947, p. 407, ove è detto: «... among those more loosely affiliated with the group where H. Kelsen».

do le posizioni di Kelsen, appaiono alcuni importanti scritti di Max Weber. Tra i due sembrano esservi affinità e punti di convergenza, almeno sul piano metodologico, se confrontiamo la teoria kelseniana della struttura interna di un sistema giuridico e la teoria weberiana del processo di razionalizzazione formale del potere statale, la *Stufenbau* kelseniana e l'ipotesi weberiana dello stato razionale e legale. Tutte le opere e gli autori che abbiamo ricordato tendono all'elaborazione di un sistema di conoscenze autonomo e compiuto. Il carattere sistematico dei saperi perseguito si fonda così sulla purezza, descrittività e avalutatività. Ciò imponeva di liberare il campo da contaminazioni e commistioni con altri metodi ed altre discipline, un obiettivo che già lo stesso Kant aveva fatto proprio nella *Critica della ragion pura*⁶⁶.

Ai rapporti della dottrina pura del diritto con le imprese scientifiche del primo novecento e con lo spirito del tempo ha dedicato parte del suo volume su Kelsen M.G. Losano⁶⁷.

La dottrina pura del diritto e la fenomenologia di Edmund Husserl. Un tema particolare, nel più generale problema del contesto culturale kelseniano, è dato dal rapporto con la fenomenologia di Husserl in relazione ai temi giuridico-politici. Alcuni studiosi seguaci della teoria kelseniana, tra cui F. Kaufmann e F. Schreier, hanno ipotizzato uno stretto legame tra Kelsen e Husserl, che deriverebbe dal legame tra il neocriticismo kantiano della Scuola di Marburgo, cui Kelsen sembra richiamarsi, e la fenomenologia⁶⁸. Ma delle teorie husserliane accettarono soltanto quelle giovanili, nelle quali il futuro fondatore della fenomenologia si fa assertore della logica pura, in contrapposizione ad ogni forma di psicologismo, per indicare, a mezzo di queste, l'ideale di una scienza logica fondamentale, di diretta ascendenza leibniziana, da porre alla base di tutte le scienze. Per questo, la dottrina pura del diritto, in quanto teoria formale, avrebbe dovuto essere considerata come una parte della logica. Comune ai due studiosi sembra essere l'atteggiamento rivolto a descrivere in maniera pura i dati delle loro ricerche.

In più punti della sua opera, Husserl ha chiarito che il dato che si vuol rendere significativo non dovrà essere surrettiziamente alterato dalla soluzione che il singolo ricercatore vorrà dargli, né dagli interessi particolari, dall'ideologia e dai suoi criteri di valutazione. Bisogna operare dunque una «descrittiva pura», senza inferenze valutative. Per il fenomeno giuridico ciò sta a dire metterne tra parentesi l'aspetto naturalistico ed esteriore.

⁶⁶ *Critica della ragion pura*, cit., p. 18.

⁶⁷ Cfr. *Forma e realtà in Kelsen*, cit., pp. 138-151.

⁶⁸ Questa ipotesi di ricerca può essere sviluppata tenendo conto dei risultati scientifici conseguiti in due volumi diversi e distanti nel tempo l'uno dall'altro: N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, Presso l'Istituto giuridico della Regia Università 1934; G. Stella, *I giuristi di Husserl. L'interpretazione fenomenologica del diritto*, Milano, Giuffrè 1990.

Un altro elemento che può portare ad una relazione tra Kelsen e Husserl sembra consistere nel comune atteggiamento polemico verso alcune tendenze del tempo e l'opposizione al naturalismo psicologico. Lo stesso Kelsen, nelle prime pagine degli *Hauptprobleme*, afferma che esiste un chiaro parallelismo tra la separazione operata dalla dottrina pura del diritto nei confronti della posizione psicologico-sociologica e la separazione posta da Husserl nell'opera giovanile *Logische Untersuchungen*. Ed è proprio con quest'opera che si intravedono i maggiori punti di connessione. Lo sviluppo successivo della riflessione husserliana porrà infatti più diversità che punti di accordo con la teoria normativa del diritto. Il limite di quest'ultima sarà fissato nel confondere la ricerca sul fenomeno del diritto con quella sul fenomeno della legge, che poi conduce alla riduzione del più ampio problema del diritto al problema della legge, con un disconoscimento della vera natura del diritto. Per Husserl una ricerca puramente teorica sul fenomeno giuridico non può avere ad oggetto la riduzione di esso a pura norma o a un sistema di norme: il problema della normatività o della legge non può di per sé caratterizzare il diritto. Norme e leggi esistono anche per altre sfere dell'essere e del sapere, ma hanno valore soprattutto per quanto concerne problemi di ordine pratico, mentre l'interesse primo dell'opera kelseniana è di ordine conoscitivo. Così l'identificare il diritto con la norma in cui esso si realizza significa preoccuparsi non del suo significato ma della sua funzione pratica. La giuridicità del diritto, a giudizio di Husserl, non sta nel suo essere norma⁶⁹.

Un ulteriore punto di confronto potrebbe essere costituito dall'analisi delle posizioni attorno ai problemi di ordine metodologico, al problema del valore conoscitivo delle scienze. Esso appare significativo per il fatto che la differente impostazione può servire a chiarire ancor più i termini del contrasto e della critica husserliana ad una concezione del diritto inteso esclusivamente come normatività. Per quanto riguarda la questione del valore della scienza conosciamo la posizione kelseniana. Per Husserl, scienze in senso vero e proprio sono solo le teoretiche, che non hanno obiettivi di natura pratica o normativa, ma solo fini di pura conoscenza. Ciò che caratterizza l'impresa scientifica è sempre e solo la teoreticità. La ricerca potrebbe approfondire, inoltre, il tema della concezione della tecnica giuridica, e quindi del giurista, in Husserl e Kelsen, ed anche le differenze tra il tecnico e lo scienziato del diritto, e il rapporto di questi con il filosofo del diritto. Tecnica, scienza, filosofia: tre ambiti distinti, ma che fanno tutti riferimento allo stesso dato giuridico.

Il tema del rapporto tra la dottrina pura del diritto e l'indirizzo fenomenologico potrebbe trovare infine sviluppi ed esiti nuovi con l'analisi di alcune

⁶⁹ Cfr. N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e politica*, cit., pp. 147 sgg.

prospettive interne alla filosofia di Nicolai Hartmann⁷⁰. A giudizio di Hartmann, nel fenomeno giuridico si può cogliere il nesso interiorità-esteriorità, superando la concezione husserliana che privilegia il livello della pura interiorità. Nella sua *Etica*, Hartmann si fa sostenitore di un'idea del diritto come «obiettivazione normativa della giustizia», al di là di una sua riduzione a pura fattualità o a pura formalità. Qui giustizia non indica assolutizzazione di questo o quel valore, ma il punto di mediazione tra valori e tendenze esistenti.

La concezione della pena. Il problema della pena costituisce uno dei grandi e ricorrenti problemi della filosofia del diritto. E' opportuno allora chiedersi quale sia il contributo di Kelsen al diritto penale. Dobbiamo subito far notare che egli non ha affrontato esplicitamente questo tema e che non ha dedicato ad esso scritti ampi e di particolare valore. Se si volessero approfondire le questioni della filosofia della pena e del diritto penale nella loro essenza non si troverebbero in Kelsen ricchezza ed originalità di motivazioni. Si potrebbe affermare che esso è un tema marginale, per cui la stessa letteratura critica non ha prestato molte attenzioni ad esso. Nonostante ciò, e forse proprio per questo motivo, il problema merita maggiori attenzioni.

Un autorevole studioso e giurista, Giuliano Vassalli⁷¹, sostiene che Kelsen, seguendo in questo una tradizione consolidata, ha usato il diritto penale e con esso ogni cognizione di natura punitiva o risarcitoria «come paradigma per la sua concezione della norma giuridica e per l'individuazione della tecnica sociale specifica dell'intero diritto». E proprio a partire dal concetto di colpa, intesa come prevedibilità e previsione di ciò che avrebbe dovuto esserci e non è stato, verrebbe definendosi la teoria del *Sollen*, del dover essere. Sembra essere questo il quadro entro il quale la ricerca potrebbe muoversi. Non si può tuttavia non sottolineare la presenza di taluni motivi che possono avere rilievo in ordine a problemi di carattere generale, quali la responsabilità personale e quella oggettiva, la responsabilità delle persone giuridiche ed anche i rapporti tra prevenzione e retribuzione, le due classiche e contrapposte giustificazioni della pena. Per quanto concerne il rapporto tra prevenzione e retribuzione, si potranno prendere in esame alcune pagine del saggio kelseniano *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*⁷², laddove Kelsen si contrappone all'identità o equiparazione tra colpa e pena, vale a dire alla concezione retribuzionistica avanzata dal teorico russo Pasukanis. La concezione dell'atto coercitivo come pena presenterebbe, a giudizio del Kelsen, un esplicito carattere ideologico.

⁷⁰ Un profilo complessivo, ben documentato e problematico, è quello fornito dal volume di F. Barone, *Nicolai Hartmann nella filosofia del Novecento*, Torino, Edizioni di Filosofia 1970.

⁷¹ Di G. Vassalli ci sembra significativo il saggio *Hans Kelsen a cento anni dalla nascita*, pubblicato in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, cit., pp. 7-20.

⁷² Cit., pp. 109 sgg.

In realtà, gran parte della teoria giuridica dell'età moderna, avendo acquisito la consapevolezza delle difficoltà di quella identificazione (ad un *tantum* di colpa un *tantum* di pena), tende ad emanciparsi da una fondazione assoluta della pena, che coincide con l'idea della retribuzione e che si esprime nella rappresentazione della pena e della colpa ad essa necessariamente collegata. Tale giustificazione della pena si fonda sulla finzione secondo la quale ogni singolo individuo, oggetto dell'atto coercitivo, sia persona etico-giuridica, e dunque soggetto fine a se stesso, sebbene in realtà egli sia soltanto un mezzo che ha il fine di evitare in futuro una fattispecie simile a quella che ha posto. Ma non è possibile poter misurare la pena in base alla gravità della colpa, in quanto ciò farebbe presupporre l'esistenza di un valore o di un disvalore immanente al reo o al fatto. E allora Kelsen si mostra convinto sostenitore di una fondazione relativa della pena, basata cioè non su presunte ragioni assolute, quanto su motivazioni relative, che hanno di vista la costruzione di un futuro ordinato attraverso la prevenzione sociale o l'emenda. Si dovrà punire dunque, ma solo *ne peccetur*⁷³.

È una pena rivolta sia al singolo individuo, perché non pecchi di nuovo (prevenzione *specialis*), che alla società, affinché altri individui non lo facciano (prevenzione *generalis*). Si può convenire con il Vassalli quando sostiene che Kelsen rivaluta modernamente la prevenzione e colloca la necessaria proporzione tra reato e pena nell'ambito della prevenzione generale.

Si potranno trovare altri elementi di valutazione nelle pagine sulla sanzione, il illecito, il dovere giuridico, la responsabilità giuridica, contenute nella *General Theory of Law and State*⁷⁴, ed anche in altre pagine di *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*⁷⁵, in cui Kelsen sottolinea l'esigenza di una revisione di principio del concetto di colpa sino ad allora utilizzato nel diritto penale, proponendo di non limitarne l'orizzonte nei ristretti confini del concetto di volontà ed imputando alla responsabilità e alla colpa anche altri processi psichici. Oltre alla volontà si dovrebbe tener conto anche della prevedibilità, ed insieme con il volere deve essere considerato anche il sapere. In tal modo anche la negligenza dovrà rientrare nell'ambito della colpevolezza.

A contatto con il clima culturale e civile americano, il discorso sulla pena si arricchisce in Kelsen di nuove motivazioni e sembra aprirsi ad una nuova valutazione, più positiva, della fondazione retribuzionistica. Se si prende in esame il contenuto del saggio *The law as a specific social technique*, pubblica-

⁷³ Sulle differenti teorie fondative della pena, ed anche sulle questioni speculative connesse, è fondamentale consultare: I. Mancini, *Sui fondamenti della pena*, «Hermeneutica» 2, 1983, pp. 9-59, ora in Id., *Filosofia della prassi*, Brescia, Morcelliana 1986, pp. 281-340.

⁷⁴ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 50-74.

⁷⁵ Id., *Tra metodo giuridico e sociologico*, a cura di G. Calabrò, Napoli, Guida 1974, pp. 63-71.

to per la prima volta nel 1941 nella «University of Chicago Law Review»⁷⁶, si può rilevare la distinzione tra ordinamenti coercitivi, quelli giuridici, che comportano sanzioni, e ordinamenti non coercitivi, quelli morali, che non prescrivono sanzioni punitive. E il diritto rappresenta una specifica tecnica sociale dell'ordinamento coercitivo, con il compito di organizzare e disciplinare l'uso della forza nei rapporti intersoggettivi, sottoponendola a determinate condizioni. E il fine della coercizione è dato dalla pace, che il diritto, afferma sorprendentemente Kelsen, intende promuovere. Anche se si ha coscienza che la pace che viene dal diritto può essere solo una pace «relativa», derivando dalla sottrazione al singolo individuo dell'uso della forza per assegnarlo alla comunità.

Il principio della pena come retribuzione ci riporta ai primordi dell'umanità, e viene accolto nelle religioni e nel comportamento delle popolazioni primitive, ove è dominante la paura della vendetta, di una terribile punizione con la quale l'autorità sovrumana potrebbe rispondere ad ogni violazione delle regole di vita imposte dalla tradizione. Ma anche nelle religioni più evolute, l'idea di una retribuzione divina, oltre la realtà terrena, assume un ruolo fondamentale. Il saggio contiene poi interessanti riflessioni sul progressivo differenziarsi della sanzione, e l'aggiungersi del diritto civile al diritto penale nella definizione delle misure coercitive.

Nell'opera postuma *Allgemeine Theorie der Normen*, e precisamente nel brevissimo capitolo sesto⁷⁷, Kelsen torna sul principio della retribuzione. Lo fa distinguendo tra legge naturale e legge sociale, entrambe caratterizzate da un rapporto di condizione e conseguenza, ma per la prima in senso causale e per l'altra nel senso di una necessità normativa. All'interno della legge sociale deve poi essere operata un'ulteriore distinzione tra morale e diritto:

In ambedue i casi si applica il principio della retribuzione, cioè il principio in base al quale deve essere punito un comportamento contrario all'ordinamento sociale, cioè si deve fare del male a colui che si comporta male, mentre si deve premiare un comportamento conforme all'ordinamento sociale, si deve cioè far del bene a colui che si comporta bene. Nella legge giuridica si applica solo un elemento del principio della retribuzione mentre nella legge morale si applicano ambedue gli elementi⁷⁸.

Chiara, se pur discutibile, la posizione: al diritto compete esclusivamente la sanzione negativa, quella premiale e positiva può appartenere solo alla morale. Così il grande teorico dello Stato di diritto limita il ruolo della legge giuridica alla sola sanzione negativa.

Merita inoltre di essere sottolineata l'affermazione secondo cui «la re-

⁷⁶ Id., *La teoria politica del bolscevismo ed altri saggi*, Milano, Il Saggiatore 1981, pp. 94-121.

⁷⁷ Id., *Legge naturale e legge sociale*, in *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 46-49.

⁷⁸ Ivi, p. 48.

tribuzione è uno di quei principi attraverso i quali si manifesta l'idea di giustizia», stante l'impossibilità («l'inutile tentativo») di definire un concetto di giustizia assoluta⁷⁹. Nella stessa opera postuma sulle norme risalta l'idea secondo cui nessun imperativo può essere possibile se si prescinde dall'esistenza di «imperator» e «imperati». C'è, prima di tutto, il necessario riconoscimento della norma, condizione prima della sua osservanza o violazione. Ma il rifiuto del riconoscimento non esclude di per sé il fatto di una violazione oggettiva della norma, anche se dal punto di vista del destinatario esso non comporta la violazione. E' un dato importante per il diritto penale, per il quale l'efficacia e la riuscita dipendono in misura rilevante dal riconoscimento e dall'accettazione della norma da parte del reo.

Anche su questo punto il periodo americano fa segnare un'evoluzione rispetto al periodo europeo e alla stessa *Reine Rechtslehre*, allorché la funzione essenziale del diritto consisteva nel collegare atti coattivi e sanzioni a determinati comportamenti considerati come «conseguenze», e il diritto acquisiva la propria essenza specifica e la propria identità per mezzo dell'illecito.

⁷⁹ Ivi, p. 49.