

# Kelsen: teoria del Diritto e dello Stato

note di Iacopo Muzio

Questo volume (1) è la traduzione del trattato pubblicato dal Kelsen presso l'Harvard University Press nel 1945, integrazione dell'"Allgemeine Staatslehre" (1923) saggio sulla teoria dello Stato come fenomeno giuridico, e presenta la intera teoria dello Stato come parte della teoria del diritto. Alla "Teoria generale" gli editori hanno fatto seguire, come nella edizione americana la monografia "La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico" (Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1929) particolarmente importante perchè è l'esposizione dei fondamenti speculativi su cui il Kelsen ha innalzata la costruzione della propria teoria generale del diritto.

In Italia prima della presente traduzione era apparsa per le Edizioni Einaudi "La dottrina pura del diritto" (Einaudi, Torino, 1952 pag. 203) esposizione sintetica della dottrina giuridica del Kelsen. Questo libro è apparso quasi vent'anni dopo da quando i "Nuovi Studi" diretti da Ugo Spirito e Arnaldo Volpicelli nel 1933 pubblicarono alcuni brevi saggi del Kelsen e in particolare: "Lineamenti di una teoria generale dello Stato", primi risultati delle ricerche dell'Autore attorno alla natura dello Stato. Nello stesso 1933 nell'Archivio Giuridico veniva pubblicata la traduzione della "Dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali" (questo lavoro fa parte del saggio pubblicato ora dall'Einaudi).

Mentre in Italia appariva la traduzione di questi assaggi dell'opera del Kelsen, nelle riviste specializzate di filosofia del diritto venivano presentati saggi e monografie che illustravano i criteri e il valore della sua opera. La Rivista Internazionale di Filosofia del diritto, l'Archivio di Studi Corporativi, i Nuovi Studi, a più riprese illustrarono e discussero le teorie del Kelsen. Una letteratura vasta che dimostra come anche in Italia, benchè da noi prevalesse la scuola neohegeliana in filosofia del diritto, il neokantiano Kelsen abbia costretto ad una discussione sui risultati da lui conseguiti.

Quest'opera che le Edizioni di Comunità presentano conduce al punto estremo la posizione del Kelsen e insieme la sua polemica contro le altre impostazioni dottrinarie in filosofia del diritto: perciò credo sia giustificato non solo un annuncio del contenuto della opera e delle sue conclusioni, ma anche un accenno alle possibilità di una discussione di carattere più generale.

La "teoria generale" presenta gli elementi essenziali di quella che è chiamata la "teoria pura del diritto" o teoria generale del diritto positivo, proponendosi di fornire i concetti attraverso i quali si può descrivere il diritto positivo di una data comunità giuridica. La teoria pura del diritto è rivolta cioè ad un'analisi strutturale del diritto positivo e non ad una spiegazione psicologica ed economica delle sue condizioni, o ad una valutazione morale o politica dei suoi fini. Si chiama "pura" appunto perchè è volutamente sfrondata di tutti gli elementi estranei al metodo specifico di una scienza il cui scopo è la conoscenza del diritto e non la genesi della sua formazione. Una scienza descrive il proprio oggetto quale è e si estranea dai giudizi di valore.

"Il problema del diritto in quanto problema scientifico è il problema della tecnica sociale o non un problema di morale. L'affermazione che un dato ordinamento sociale ha il carattere di diritto è un'ordinamento giuridico non implica il giudizio morale che quell'ordinamento sia buono o giusto. Esistono degli ordinamenti giuridici che da un certo punto di vista sono ingiusti. Diritto e giustizia sono due concetti diversi. Il diritto si distingue dalla giustizia in quanto è diritto positivo. È il concetto di diritto positivo che viene qui in questione: e una scienza del diritto positivo deve venire nettamente distinta dalla filosofia della giustizia." (Teoria generale del diritto e dello stato p. 5). Un'ulteriore distinzione viene operata per definire l'oggetto della scienza del diritto: tra la realtà propria di questa scienza e la realtà naturale oggetto della scienza naturale. L'ordinamento giuridico, oggetto della scienza del diritto stabilisce quale debba essere il comportamento degli uomini. È un sistema di norme. Il comportamento effettivo quale esso è, è determinato dalle leggi di natura secondo il principio di causalità. L'oggetto specifico della scienza giuridica è il diritto positivo in contrapposto ad un diritto ideale che corrisponda alle leggi di natura. E come il comportamento effettivo degli individui può corrispondere o meno alle norme di un ordinamento giuridico positivo che intende regolare tale comportamento, così il diritto positivo può corrispondere o meno ad un diritto ideale presentato come diritto "naturale". L'esistenza del diritto positivo è indipendente dalla sua conformità con il diritto "naturale". La teoria pura del diritto rifiuta di considerare il proprio oggetto come una copia di un ideale trascendente. Essa vede nel diritto non la manifestazione di un'autorità sovrumana, bensì una specifica tecnica basata sull'esperienza umana. Di conseguenza la base del diritto, cioè il fondamento della sua validità, risiede non in un principio metagiuridico trascendente, ma in una ipotesi giuridica, in una norma fondamentale, da ritrovarsi attraverso l'analisi dell'effettivo pensiero giuridico.

"La conoscenza razionale può intendere solo un'ordinamento giuridico positivo, comprovato da atti oggettivamente determinati. Quest'ordinamento è il diritto positivo. Solo questo può essere oggetto di scienza ed è l'oggetto di una teoria pura del diritto che è una scienza e non una metafisica del diritto". (op. cit. p. 13).

L'elemento distintivo che ci permette di riconoscere un ordinamento come giuridico è la presenza della coercizione.

"Se definiamo semplicemente il diritto come ordinamento e organizzazione e non come un ordinamento coercitivo perdiamo allora la possibilità di differenziare il diritto dagli altri fenomeni sociali. Identifichiamo allora il diritto con la società, e la sociologia del diritto con la sociologia generale" (op. cit. p. 26).

Su questa piattaforma si innalza la teoria pura del diritto nella sua essenza monistica che distrugge ogni dualismo nell'ambito del suo sistema: il dualismo tra diritto e dovere giuridico, presentato dalla dottrina tradizionale come contrapposizione tra diritto in senso soggettivo e diritto in senso oggettivo, e la distinzione tra diritto e Stato.

Poichè il diritto soggettivo non consiste nell'interesse individuale presunto, ma nella protezione giuridica (il diritto di un individuo a comportarsi in una data maniera è il dovere di un altro a comportarsi in un dato modo nei confronti del primo) al diritto soggettivo occorre presupporre la regola, e una norma giuridica obiettiva è il diritto soggettivo di un individuo.

(1) Kelsen, Hans: Teoria generale del Diritto e dello Stato (General Theory of Law and State) traduzione di Sergio Corti e Giuseppino Trevis - prefazione dell'Autore - Edizioni di Comunità, Milano 1957, pagg. XXVII-349.

Pure la distinzione tra diritto e Stato, considerato lo Stato nella dottrina tradizionale come il creatore del diritto, come il potere e l'autorità morale che sta dietro al diritto, viene risolta nell'identità di Stato e ordinamento giuridico. A tale identità il Kelsen giunge attraverso un procedimento logicamente ineccepibile, dimostrando arbitrario e ingenuo il tradizionale dualismo di Stato e diritto secondo cui lo Stato viene concepito come il creatore del diritto e quindi essenzialmente come realtà di fatto, forza e potere, che solo in un secondo tempo in virtù di una autolimitazione spontanea verrebbe ad assoggettarsi al diritto che esso stesso ha prodotto. Lo Stato invece è l'espressione dell'unitario ordinamento delle norme.

“Lo Stato quale comunità giuridica non è qualcosa di diverso dall'ordinamento giuridico, perché la comunità non è altro che l'ordinamento normativo che regola il comportamento reciproco di individui” (op. cit. p. 186).

La concezione tradizionale dello Stato come entità politica è erronea perché il carattere di società politicamente organizzata viene dato allo Stato dalla sua essenza di ordinamento coercitivo, ordinamento coercitivo che è il diritto. Il potere politico è l'efficacia dell'ordinamento coercitivo riconosciuto come diritto.

Il Kelsen espone così una dottrina pura del diritto e dello Stato, depurata da ogni ideologia politica e da ogni elemento naturalistico, una dottrina giuridica cosciente del suo carattere particolare dovuto all'autonomia del suo oggetto. Lo scopo del Kelsen è stato quello di elevare la scienza del diritto, che rischia continuamente di dissolversi e confondersi con altre discipline, all'altezza di una scienza autentica, di una scienza dello spirito, sviluppando le tendenze dirette non alla creazione, ma esclusivamente alla conoscenza del diritto, dando criteri esatti ed oggettivi a questa conoscenza.

Il Kelsen illustra le condizioni formali dell'esperienza giuridica, e svolge una dottrina del concetto del diritto, distinguendo nettamente il problema logico e gnoseologico che lo interessa da quello fenomenologico che è oggetto di altre discipline, depurando nel modo più intransigente la struttura formale del diritto dal suo contenuto empirico e valutativo. La dottrina del Kelsen fin dagli inizi della sua formulazione ha trovato dei fortissimi oppositori i quali soprattutto hanno accusato l'autore di formalismo e astrattismo per il suo rifiuto ad un rapporto complementare tra scienza giuridica e politica. In vista degli effetti politici, anche se solo negativi che derivano dalla separazione del diritto dalla politica per l'autolimitazione necessaria della scienza giuridica, da molte parti è stata sollevata l'obiezione che tale teoria liberandosi totalmente da ogni elemento politico, si allontana dall'esperienza reale del diritto e diviene perciò scientificamente priva di valore.

In verità, pur nella sua impeccabile coerenza logica, la lettura dell'opera del Kelsen, dà l'impressione di aridità, formalismo e schematicismo dottrinario, che nella presunzione della specificazione del diritto, acquista sì la certezza delle condizioni formali dell'esperienza giuridica, ma perde questa stessa esperienza nella concretezza delle sue manifestazioni. A questo punto credo sia necessario scendere più a fondo nei presupposti teorici da cui procede l'opera del Kelsen e in quelli spiegare la contraddizione rilevata, contraddizione che deve venire dimostrata perché si possa avere la misura del tentativo del Kelsen.

Perché se è vero che la dottrina del Kelsen ripiega in un agnosticismo logico, non altrimenti è avvenuto delle altre grandi correnti speculative moderne; quella dell'idealismo assoluto e del positivismo sociologico che riduce il diritto a mero fatto.

Il superamento di un tale limite investe il campo di tutta la speculazione contemporanea.

Un esame del pensiero kelseniano rende necessaria una chiara coscienza dell'intima connessione di motivi filosofici e giuridici che nel Kelsen si intrecciano. Lo stesso Kelsen ha insistito sul fondamento speculativo del suo sistema.

Nella prefazione dell'“Allgemeine Staatslehre” (1925) egli afferma di: “aver messo in stretto contatto il territorio alquanto lontano della scienza giuridica con il profittevole centro di ogni conoscenza, la filosofia” e di aver acquistata la capacità di “presentare la connessione della scienza del diritto e dello Stato con i grandi problemi delle altre scienze”. Ma più che il chiarimento di un rapporto, si può dire che il Kelsen si sia proposto quasi la fondazione di un'atteggiamento filosofico su cui doveva basare la sua teoria del diritto e dello Stato. E se, come vedremo più avanti, sono evidenti le fonti di questa speculazione, il Kelsen stesso ci avverte della novità e originalità del suo pensiero che criticamente si stacca da ogni sistema di filosofia, quando, giunto alla fine dell'esposizione dei tipi ideali cui si conforma la sua teoria del diritto avverte: “I tipi filosofici della discussione che precede sono tipi ideali. Essi sono stati costruiti secondo un punto di vista particolare vale a dire quello del rapporto tra concezione dell'universo e filosofia della vita, tra filosofia na-

turale e filosofia sociale... Non deve sorprendere che nessuno dei sistemi filosofici effettivi della storia dello spirito si adatti completamente al nostro schema”. (La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico p. 449).

L'appendice dell'opera in esame, il saggio intitolato: “La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico”, è l'esposizione sintetica di questi principi speculativi, ne è un'espressione rigorosa e unitaria. Il Kelsen combatte ogni dottrina che afferma una concezione trascendente del diritto e della sua validità. Nella prima parte del saggio ogni suo sforzo è inteso ad affermare l'inconciliabilità assoluta tra il diritto naturale e il positivo, proprio per i presupposti metafisici su cui poggia la validità del primo. Esaminando poi lo svolgersi delle teorie della conoscenza umana (base di ogni filosofia del diritto) con queste parole egli segna il manifestarsi del terreno ideologico su cui è stato possibile fondare la propria teoria del diritto positivo:

“Il dualismo metafisico-religioso tra cielo e terra, tra Dio e il mondo è superato quando l'uomo, specialmente grazie al progresso della scienza empirica, trova il coraggio di respingere il reame del trascendente, che è al di là della sua esperienza perché si tratta di una ipotesi non conoscibile e pertanto scientificamente inutile. La sua fiducia nella vigoria dei propri sensi e della propria ragione è ora diventata sufficientemente forte per limitare la sua visione scientifica al mondo della realtà empirica... La filosofia qui descritta come scientifica, respinge il dualismo metafisico, cioè qualsiasi proposizione su di un oggetto al di là dell'esperienza. Ciò non viene fatto perché si assuma che la tendenza specificamente metafisica che si dirige al di fuori di questo limite sia completamente infondata. Anche una filosofia libera dalla metafisica e basata soltanto sull'esperienza scientifica deve restare conscia dell'eterno segreto che da tutte le parti circonda il mondo dell'esperienza... È proprio dell'atteggiamento del tipo filosofico ideale di cui stiamo trattando e che solo merita di essere chiamato scientifico, l'arrestarsi davanti all'enigma estremo da esso liberamente riconosciuto, perché è consapevole delle limitazioni della conoscenza umana. È questa un'autodisciplina dello spirito umano, consapevole della propria vigoria come delle proprie insormontabili limitazioni”. (op. cit. p. 440/441).

Di qui appare evidente la formazione kantiana del Kelsen, ma vi sono già i segni di una rielaborazione. La “cosa in sé” non è più il simbolo di una realtà trascendente, ma la strada dell'infinito processo dell'esperienza. Il Kant cui si rivolge il Kelsen è quello della scuola neokantiana tedesca e in particolare è la rielaborazione della dottrina fatta da Hermann Cohen. La filosofia del Cohen, tentando il superamento della gnoseologia kantiana, in virtù della concezione non sintetica, ma produttiva del pensiero, ha indotto il Kelsen al concepimento del carattere critico-formale della conoscenza e di conseguenza al carattere assolutamente formale del diritto. Il Kelsen scrive:

“La conoscenza non può essere meramente passiva riguardo ai suoi oggetti; non può essere limitata a rispecchiare cose che sono in qualche modo date in sé, che esistono in una sfera trascendente. Non appena cessiamo di credere che queste cose abbiano un'esistenza trascendente, indipendente dalla nostra conoscenza, la conoscenza deve assumere una funzione attiva e produttiva in relazione ai suoi oggetti. La conoscenza stessa crea i suoi oggetti con il materiale fornitole dai sensi e secondo le leggi immanenti. È proprio questa conformità alla legge a garantire la validità oggettiva dei risultati del processo conoscitivo. I giudizi ontologici non possono più pretendere ad un'assoluta verità; essi infatti non possono più sostenersi sul loro rapporto con un assoluto trascendente. La verità che è affermata nell'ambito del sistema non è mai nulla più che una verità relativa ed appare pertanto nei confronti con la verità metafisica assoluta come meramente formale. Potrebbe sembrare che una conoscenza la quale produce i propri oggetti non possa pretendere per i suoi giudizi che una validità soggettiva. Vi è infatti il pericolo di cadere in un abisso di soggettivismo, in un solipsismo sconfinato se non riusciamo ad ancorare la verità ad un reame trascendente superiore ad ogni umana conoscenza. Il nostro tipo scongiura risolutamente questo pericolo, mettendo costantemente l'accento su una conoscenza che crea i suoi oggetti in conformità a leggi e dimostrando la dimostrazione di questa conformità come uno dei suoi compiti principali. Al posto della speculazione metafisica abbiamo una determinazione delle leggi, cioè delle condizioni oggettive nelle quali si svolge il processo della conoscenza. L'uomo può penetrare fino a questo punto e non più oltre, nel suo aspirare al di là della scienza empirica materiale. Una critica della conoscenza prende il posto della metafisica, il trascendentale (nel senso kantiano) quello del trascendente. Anche questa filosofia è dualistica: solo non si basa più su un dualismo metafisico, ma su un dualismo epistemologico-critico. In contrapposto a quella metafisica potremmo chiamarla filosofia critica... Questa è la base filosofica e psicologica della teoria

giuridica che respinge seriamente l'assunto di un diritto naturale e viene chiamata positivismo giuridico...

Il positivismo giuridico mentre si preclude qualsiasi speculazione giusnaturalistica cioè qualsiasi tentativo di conoscere un diritto in sé, si limita ad una teoria del diritto positivo. Il diritto positivo qui viene inteso soltanto come un prodotto umano, e non viene in alcun modo considerato necessario alla sua giustificazione o ordinamento naturale inaccessibile alla conoscenza umana. Al tempo stesso non viene rivendicato nessun valore assoluto a favore del diritto... Esso (il positivismo giuridico) esamina consapevolmente gli assunti ipotetici di ogni diritto positivo, cioè le sue condizioni meramente formali" (op. cit. p. 441/2/3).

"La base ipotizzata, il postulato ultimo di qualsiasi ordinamento giuridico positivo è la norma fondamentale. Corrisponde essa ai principi logici trascendentali della conoscenza, condizioni di ogni esperienza e come essi è il presupposto di tutte le norme giuridiche positive, che possono essere comprese per mezzo suoi.

La norma fondamentale rende possibile soltanto la conoscenza del diritto come ordinamento coerente, e non pertanto assimilabile ad una dottrina giusnaturalistica improntata ad una metafisica trascendente, al di là di ogni esperienza, che si propone di stabilire un ordinamento giusto al di là o indipendentemente da ogni diritto positivo" (op. cit. p. 444).

"La questione relativa la dove sia stato originato il contenuto dell'ordinamento giuridico positivo, a quali fattori abbiano originato questo contenuto, è al di là della conoscenza del diritto positivo, che si limita al sistema dato di norme giuridiche nella sua qualità di "dover essere" (op. cit. p. 446).

L'ideale di giustizia viene ridotto all'idea di uguaglianza, di unità e di non contraddittorietà dell'ordinamento giuridico, si opera cioè una sostituzione dell'ideale etico con quello logico. L'ideale di giustizia originariamente irrazionale, viene razionalizzato, un'ideale originariamente estraneo al "logos" viene logicizzato, come risultato della trasformazione della giustizia, valore di azione e volizione, in un problema di conoscenza, soggetto al valore della verità, cioè all'idea di unità non contraddittoria.

La scienza del diritto al pari di ogni scienza dei valori, si limita così alla conoscenza dei valori, li pone come un oggetto specifico della sua ricerca, come un sistema non contraddittorio di norme.

In questa costruzione teorica del Kelsen occorre ricercare il fondamento dell'accusa di formalismo e astrattismo che è stata rivolta a lui e alla sua scuola.

Vi è un'evoluzione speculativa del Kelsen nell'ambito del pensiero kantiano di cui egli fornisce un'interpretazione che finisce per essere una radicale inversione: l'affermazione della validità puramente normativa del diritto, che si distingue e si innalza dal mondo della esistenza naturale, è l'evidente derivazione della kantiana supremazia della ragione pratica sulla ragione teorica: ma il carattere normativo di dovere che sorregge il mondo giuridico non si presta all'astratta determinazione in termini di concetti che ne fa il Kelsen.

La dottrina kantiana della separazione tra natura e spirito, essere e dovere e relativi strumenti di apprendimento, viene rovesciata con la delineaazione del carattere concettuale del diritto, con la riduzione del diritto a scienza, a formale struttura di concetti. Ma in tal modo la portata della dottrina morale kantiana viene respinta, o piuttosto della teoria degli imperativi morali vengono accolti solo gli elementi formali estrinseci, in cui non si può esaurire l'esigenza etica di Kant volta al riconoscimento della personalità morale dell'uomo.

Si opera una contaminazione della filosofia morale e di quella teorica asserendo il carattere assolutamente formale e produttore di concetti della conoscenza, e cercando di superare i limiti della gnosologia kantiana di cui si rifiutano i residui metafisici e trascendenti, ma non nel senso di un idealismo assoluto alla Hegel o alla Fichte, volto ad affermare la produttività reale dello spirito, la derivazione dell'oggettività dalla soggettività, ma in una direzione meramente gnosologica, ipostattizzando una metafisica delle norme.

In Kant essere e dovere è la differenza tra conoscere e volere. L'essere è conoscere, il volere è la possibilità della moralità, assolutezza nell'imperativo categorico quale condizione fondamentale di ogni valore, come umana ragione che pone norme. L'imperativo categorico in Kant è condizione per l'affermazione e autonomia e eteronomia di norme.

Kelsen esclude ogni questione relativa alla ragione che pone norme, non ricerca il diritto quale umano valore, ma solo quali siano i presupposti in conformità dei quali qualche cosa possa essere riconosciuta come diritto, nel senso di un ordinamento. Per il Kelsen è un problema di pura conoscenza. Oltrepassare le regole della conoscenza significa per il Kelsen ricadere in una metafisica speculativa che egli rifiuta. Così come Kant rese pura la conoscenza della natura

da ogni elemento volitivo, così il Kelsen vuole purificare la scienza del diritto come conoscenza del diritto, da ogni volere e creare un teoria pura del diritto.

La distinzione di essere e dovere, di conoscere e volere non ha più ragione di essere. Il Kelsen non ci dice come la produzione di norme debba effettuarsi, ci dice soltanto che una norma è data, tasto che sono date le condizioni poste nella norma fondamentale. Il porsi di queste è un giudizio esistenziale, e non un giudizio di dovere, e con ciò viene risolto il rapporto tra essere e dovere, entrambi vengono relativizzati, perchè entrambi sono oggetto della conoscenza. Poichè nel Kelsen il volere è un fenomeno psicologico, esso è spiegato come essere. Nel rapporto dell'essere e del volere, in quanto il volere è ridotto a fenomeno psichico, si identifica con l'essere.

Il diritto positivo è un'unità, non contraddittoria, delle norme dedotte dalla norma fondamentale, le quali dal punto di vista di questa stessa norma fondamentale si pongono come essere, come conoscere.

La norma base si pone per Kelsen categoricamente, ma non può essere assimilata all'imperativo categorico, condizione per potere essere assolutizzata e quindi spiegata del tutto oggettivamente, perchè il volere giuridico è considerato sempre del tutto soggettivamente.

Dualismo quindi nella teoria kelseniana: da una parte la completa logicizzazione della conoscenza giuridica, concepito l'ordinamento giuridico come sistema di norme oggettive che rappresentano valori oggettivi; dall'altra il volere giuridico irrazionale, emozionale, psicologicamente interpretato in modo radicalmente soggettivo.

Questo dualismo, separata la scienza del diritto dal relativismo della politica del diritto, rende possibile la conoscenza oggettiva del diritto. La teoria kelseniana quando giunge al concetto dell'assoluta produttività del pensiero e a quello della derivazione dal metodo dell'oggetto della conoscenza, credette di aver determinata la categoria della normatività giuridica nel quadro delle varie normatività sociali. Il principio adoperato è quello della riduzione delle manifestazioni sociali al principio del diritto, e cioè della considerazione della realtà da quel tipico punto di vista che assolutamente improntandola, la purifica dalle contaminazioni della esistenza. Il punto di partenza per la riduzione normativa è tuttavia costituito dagli ordinamenti positivi i quali vengono spogliati da ogni elemento di finalità politica e considerati nella loro natura di puri ordinamenti e cioè di astratti complessi normativi privi di ogni notazione storico-politica, e assurti perciò alla sfera di un'assoluta idealità. In tal modo si giunge alla determinazione della generale struttura del diritto, che pur identificandosi volta a volta con i diversi contenuti se ne distingue come elemento formale e principio teorico che per la sua posizione categoriale e logica, permane indifferente ad ogni valutazione positiva o negativa delle sue determinazioni storiche.

Il diritto diviene sinonimo di ordine e cioè di universale e astratta determinazione normativa dei comportamenti umani, ai quali il carattere della giuridicità deriva dalla compenetrazione con il principio logico del diritto. Ne consegue che se essi si considerano da un tale punto di vista non è possibile una differente attribuzione, perchè il pensiero muovendosi lungo la linea del metodo giuridico, e cioè determinandosi produttivamente in quella direzione non può fare a meno di imporre all'oggetto della sua attività il carattere proprio di quella sua specifica natura. In questa immediata derivazione dell'oggetto dall'universale logico del diritto, è inevitabile conseguenza, l'impossibilità di una qualunque sfera che rimanga al di fuori di quell'assoluto principio, e cioè di una realtà che considerata dal punto di vista del diritto mantenga un carattere di metagiuridicità.

Giunti all'esame delle conseguenze ultime cui giunge la teoria kelseniana, vediamo chiarirsi in tal modo la fondamentale contraddizione del sistema, che vuole riconnettersi ai motivi della filosofia kantiana, e il suo reale processo genetico: il sistema kelseniano accentua sempre di più il motivo della normatività eliminando gli elementi sociologici, con l'assunzione di un atteggiamento negativo nei confronti della realtà sociale che continua ad essere semplicisticamente considerata come il mondo delle determinazioni causali e delle motivazioni psicologiche.

Atteggiamento negativo non spiegato e giustificato, poichè il Kelsen non spiega l'attitudine e la capacità del pensiero a produrre la struttura tipica del diritto. Manca una coerente deduzione di questa attitudine, in quanto il carattere proprio del diritto viene da lui ricavato dall'indagine degli ordinamenti positivi, in modo tale che il diritto viene a risultare da un processo di induzione e generalizzazione del sottostante piano della prassi politica e sociale. Ci si muove qui sul terreno di un'interna contraddizione al sistema: l'inconciliabilità tra l'aprioristica assolutezza del concetto giuridico e la sua derivazione positiva.

Nel Kelsen il tentativo di riforma della filosofia kantiana si mostra così come una deviazione piuttosto che un'organica trasforma-

zione dei motivi di quella dottrina, deviazione che non giunge né all'affermazione di una trascendentalità spirituale del dovere giuridico come nella più coerente soluzione indicata nell'idealismo assoluto, né, presentandone i pericoli si ferma alla constatazione del diritto espressione delle determinazioni sociologiche e psicologiche come nel positivismo meccanicistico ed empirico, ma si ferma ad un compromesso, conseguenza di un empirismo non interamente vinto e di una sopravvivenza noumenica non superata.

Quello del Kelsen è un grande tentativo. Egli giunge ad una concezione dell'universale logico del diritto come forma e fonte di tutti i doveri, che la più modesta attitudine etica sa scoprire: oggettività operante che richiede e si presta a infinite incarnazioni e non mai a definitive soluzioni. E l'essere, nel Kelsen, può discendere a farsi norma d'azione, perché la sua desempirizzazione precede nel senso di determinarsi pienamente come forma e non procede nel senso di un inconsapevole modello di perfezione definitiva.

Ma il tentativo non si risolve in una creazione di pensiero rigoroso e coerente e rimane piuttosto un esempio d'impegno morale di un uomo che crede in precisi valori umani, sforzandosi di considerarli perennemente validi, che non vuole cedere alle seduzioni di una metafisica giusnaturalistica, né d'altra parte cedere alla parzialità di una concezione del diritto nel suo valore politico, che un sistema compiuto di pensiero.

La biografia spirituale del Kelsen può essere racchiusa in questo ritratto in cui egli tratteggia il tipo ideale che nella storia del pensiero immediatamente precede e rende possibile la fondazione del diritto positivo: "Il suo atteggiamento fondamentale è quello di una nobile rassegnazione... esso affronta i fatti con fermezza, la sua ragione non più debole del suo sentimento è abbastanza forte per non venire ingannata dai propri desideri ed interessi. Esso vede così che il diritto positivo e l'ordinamento dello Stato hanno gravi mancanze che li fanno apparire quasi insopportabili. Ma non condivide la reazione del pessimismo... Esso è deciso semplicemente ad accettare il mondo quale è e sopportarlo coraggiosamente nonostante tutto il dolore in esso racchiuso. Ciò significa che ci si deve sottomettere ai comandi e specialmente a quelli del diritto positivo e dell'autorità politica, trattandosi di norme valide dei legislatori competenti anche quando appaiono ingiuste. E mentre cerca di sopportare questo mondo, ciò facendo il mondo diventa sopportabile" (op. cit. p. 338).

E più avanti alla conclusione del suo lavoro quando chiarisce il significato del suo tentativo: "Proprio quando si pensava che il positivismo avesse definitivamente sconfitta la speculazione giusnaturalistica nella seconda decade del secolo XX ebbe inizio un inconsapevole movimento giusnaturalistico. Esso coincideva con un mutamento della filosofia naturale dalla direzione del criticismo kantiano verso una nuova metafisica, ed una rinascita del sentimento religioso... Una filosofia antimetafisica, scientifico-critica che ha per suo ideale l'oggettività quale è il positivismo giuridico sembra poter fiorire soltanto in tempi relativamente tranquilli in periodi di equilibrio sociale. Nel nostro tempo le fondamenta sociali e con esse la fiducia in sé dell'individuo sono state profondamente scosse.

La maggior parte dei valori fin qui ritenuti pacifici è ora posta in discussione; si è tremendamente intensificato il conflitto tra i gruppi di interessi e con esso si è riaccesa la lotta per un nuovo ordine. In tempi simili si manifesterà un'accresciuto bisogno di una giustificazione assoluta dei postulati avanzati nella lotta. Se anche l'individuo sperimenta ingenuamente come un "diritto" il suo interesse temporaneo, quanto più i gruppi di interessi non vorranno invocare la "giustizia" nella realizzazione delle loro richieste! Prima che avessimo motivo di attendere lo ha avuto inizio la reazione che prelude ad una rinascita della metafisica e pertanto pure della teoria giusnaturalistica. In questo momento della nostra storia dello spirito il presente saggio cerca di indagare i fondamenti della teoria giusnaturalistica e del positivismo. Sarà riuscito nel suo scopo se sarà stato in grado di mostrare che il contrasto tra queste due tendenze elementari della scienza giuridica è radicato nelle profondità ultime della filosofia e della personalità: e che esso comporta un conflitto senza fine" (op. cit. p. 453-54).

Ora pure avendo illustrate quali sono le debolezze teoretiche su cui il Kelsen innalza tutta la teoria pura del diritto e dello Stato, tuttavia mi sembra che due questioni vadano poste ai lettori dell'opera, perché in quelle, pur negando l'efficacia nel suo complesso dell'opera del Kelsen, si trova la sua originalità e la grandezza del contributo speculativo che egli ha dato alla scienza del diritto.

La prima è quella della trascendenza della norma sul soggetto e delle necessità di un momento puramente gnoseologico nell'individuazione della norma e dell'ordinamento normativo, momento che deve essere depurato da ogni altro elemento di valutazione e in questo senso realmente servire alla conoscenza e all'azione dell'uomo.

La norma per il Kelsen trascende per sua natura il soggetto, ma poiché la sua validità è riposta in un grado sia pur limitato di efficacia: "Una norma è considerata valida soltanto a condizione che essa appartenga ad un sistema di norme, ad un ordinamento efficace nel suo complesso" (op. cit. p. 42) questa efficacia non può essere evidentemente riposta che nella sua incidenza sulle coscienze e quindi nel suo essere espressione delle esigenze etiche della personalità. La trascendentalità della norma è quindi risultato della volontà del soggetto che la trae dall'universale coscienza del suo valore e del suo dovere di uomo.

Nell'uomo vi è sempre la tendenza alla generalizzazione e all'astrazione, tendenza che si manifesta nella costruzione sistematica, e nella determinazione delle forme che si riscontrano anche nelle più comuni operazioni dell'esistenza. Esigenza di uno schema teorico in cui vengano composte le varietà delle posizioni e si affermi un principio capace di dominare il reale. In ciò sta il valore della scienza.

Ora se noi partiamo dall'azione dell'uomo e la consideriamo fusione della norma e del volere, riscontriamo che se l'azione realizza la norma, nell'unico modo possibile di realizzazione, cioè nella coscienza dell'individuo vi è tuttavia un momento in cui la norma è davanti all'azione senza interessarla o suscitarla, come è dimostrato dal fatto che l'azione può sottrarsi dall'obbedienza alla norma.

Questo dualismo tra la norma e l'azione serve a determinare il significato e il valore della scienza, perché se nell'azione il distacco viene colmato e la norma si sostanzia nel momento che logicamente precede il concretarsi dell'atto, l'autonomia della norma che può essere oggetto di apprendimento da parte del soggetto, si manifesta in quanto astrazione in una propria compiutezza e definitività.

La norma, in quel momento, è veramente un organismo concettuale che trascende il soggetto, di cui egli può analizzare il contenuto e procedere ad un lavoro tutto intellettuale di organizzazione e di sistemazione. Con tali operazioni la norma si presta ad un apprendimento compiuto, tanto più facile, quanto più il soggetto è libero dell'indagine circa la portata pratica della norma.

Quest'operazione che ha per oggetto la norma non soddisfa ad un'esigenza puramente logica, ma ad una necessità dell'esperienza, poiché l'identità di norma e azione (quale è assunta ad esempio nell'idealismo attuale), la validità assoluta del dinamismo attivistico, svuoterebbe l'efficacia determinante della norma. L'azione per assumere pieno valore deve avere una consapevolezza chiara, logica del motivo cui essa deve adeguarsi, deve presupporre una conoscenza, la posizione preliminare della norma.

Si ha un atteggiamento gnoseologico del pensiero nei confronti dello svolgersi della prassi. Non si restaura così una distinzione tra teoria e pratica, azione e conoscenza, ricercando una metafisica dell'essere, ma si afferma soltanto una diversa attitudine dell'azione: quella che conduce all'apprendimento della norma, e quella che fa della norma il contenuto del volere. Distinguiamo cioè due momenti: quello dell'apprendimento della norma presupposto dell'azione, dall'altro della norma come realtà operativa nell'azione, fasi cioè successive dell'azione che passa da un'azione-apprendimento, ad un'azione-creazione in cui la norma da elemento concettuale diviene motivo del dovere e produttivamente si sostanzia.

Risulta evidente a questo punto l'utilità della posizione statica della normalità, del suo rilievo gnoseologico, della necessità di una precisa configurazione sistematica e scientifica che non può intendersi evidentemente che in rapporto all'azione. Schema concettuale in cui sono fissati i caratteri formali del processo giuridico, schema concettuale necessario che pure dovrà in quello stesso processo tornare a risolversi.

In tal modo si manifesta l'efficacia del formalismo giuridico ai cui principi deve ricorrere il teorico del diritto nella sua opera di sistemazione degli ordinamenti positivi e cioè di quel complesso normativo su cui deve operare.

La teoria pura del Kelsen con tutte le implicazioni metodologiche che le sono proprie dà gli strumenti per quest'opera scientifica al teorico del diritto.

La seconda questione fondamentale che si ritrova nell'opera del Kelsen e ne afferma chiaramente il valore è il problema del rapporto tra la volontà individuale e l'affermazione del principio statale nel processo di produzione del diritto.

Per il Kelsen il diritto è norma, e in quanto tale ordine, determinazione organica dei comportamenti umani. Tale qualifica attribuita al diritto è assunta a principio assoluto, si manifesta, oltre che attraverso il riferimento dell'intero ordinamento ad una norma fondamentale che ne origina la validità, attraverso il procedimento graduale che si realizza nella prassi di produzione dell'ordinamento stesso. Risulta dalla teoria della produzione per gradi dell'ordinamento giuridico che il diritto di risolve nella successiva posizione di una serie di norme collegate tra loro da un rapporto di decrescente generalità e di crescente particolarità.

Stabilito infatti che la caratteristica del diritto è la capacità di regolare da se stesso la propria formazione: "Il diritto regola da sé la propria creazione in quanto sempre una norma giuridica determina il modo in cui viene creata un'altra norma, ed anche in una certa misura il suo contenuto... La creazione del diritto è sempre un'applicazione del diritto" (op. cit. p. 125) ogni funzione giuridica che si svolge nell'ambito sovrano dello Stato rappresenta il progressivo processo di costituzione dell'ordinamento in cui la creazione di ogni norma giuridica è regolata sempre da una norma superiore e determina a sua volta la posizione di una norma inferiore. In tal modo le norme vanno assumendo un contenuto sempre più individuale.

Ogni norma è così esecutiva di fronte a quella superiore ed è produttiva o legislativa di fronte a quella inferiore. Strumento di questa formazione dell'ordinamento è l'organo che nell'ordinamento normativo è la persona giuridica posta in relazione alla produzione o all'esecuzione dell'ordinamento.

In tal modo il processo di formazione dell'ordinamento si compie partendo da norme di carattere generale per giungere agli atti che regolano la posizione di due soli soggetti, attraverso una "delegazione normativa" che si dirige ogni volta ad un uomo, al quale in base alla norma superiore viene imposto un certo comportamento, e sorge il dovere di assumere la posizione di "organo", di agire come tramite della volontà statale.

Ogni destinatario di norma è perciò organo dello Stato, in modo che chiunque agisce in obbedienza ad un precetto del dover essere giuridico, partecipa alla produzione dell'ordinamento in maniera non diversa da quella con cui vi partecipano gli organi che emanano norme di carattere generale. Il principio della costruzione scalare dell'ordinamento giuridico contiene in sé un più organico e profondo concetto di Società che non sia quello tradizionale, derivante dalla distinzione acritica di Stato e Società. Posto come problema centrale del pensiero moderno quello della necessità della totalitaria adesione dei soci al motivo della società (superamento della crisi istituzionale della democrazia tradizionale) in questa formulazione del Kelsen vi è in nuce un principio di soluzione.

Il principio che si ricava dall'analisi kelseniana della struttura nell'ordinamento giuridico è nell'implicazione posta dalla teoria della produzione graduale dell'ordinamento giuridico, dei diversi contributi e soggetti di diritto e perciò della natura integratrice del diritto nei confronti della collettività da esso ordinata, superando

l'egualitarismo astratto, e ritrovando il carattere democratico nel principio di autoproduttività dell'ordinamento.

Il diritto è qui operosità conforme alle norme, organizzazione dal centro alla periferia in cui i singoli soggetti, in quanto destinatari di norme sono organi produttori di diritto e cioè fattori di collaborazione sociale, indipendentemente dal grado gerarchico o dalla posizione occupata nell'ambito dell'ordinamento e della struttura sociale.

Il principio dell'autoproduttività dell'ordinamento, ha nel Kelsen la natura di espressione categoriale dello spirito, ma insieme di motivo ideale dello svolgimento degli ordinamenti giuridici, nel senso dell'eliminazione della trascendenza statale nei confronti della sottostante società, immanentizzazione dei motivi che lo Stato rappresenta alla coscienza dei singoli e del rilievo della volontà individuale al fine di determinare lo svolgimento del principio statale.

Esigenza propria di tutto il pensiero moderno, esigenza che la democrazia non è riuscita a risolvere per il connesso principio individualistico e che perciò si afferma in nuovi principi politici in cui si realizza l'autogoverno della società civile: penetrazione di autorità e libertà, autodeterminazione spontanea degli individui secondo la legge che la società esprime.

Il Kelsen con la sua formulazione si inserisce al centro di questa problematica, sente fortemente l'esigenza posta dalla società moderna dell'incorporamento nello Stato di ogni singolo, perché la vita statale diventi spontanea e alla pressione educativa dello Stato siano ottenuti il consenso e la collaborazione di tutti, in modo che nell'ambito della società politica si costruisca una complessa e bene articolata società civile in cui il singolo diventi il completamento organico e la normale continuazione della società politica stessa. La teoria dell'autoproduzione del diritto è un contributo notevole alla soluzione di questa esigenza.

Sfrondato il diritto dal Kelsen, da ogni residuo di trascendenza metafisica e di assoluto, nel senso di un fanatismo moralistico, e specificato il suo carattere educativo-formativo che rifiuta il razionalismo astratto basato sul concetto di natura umana astrattamente ottimismo, questo suo carattere si afferma in un'organica integrazione di individuo e Stato. Ognuno è legislatore nel senso più largo del concetto, e continua ad essere legislatore anche se accetta direttive di altri, in quanto eseguendole ed avendole comprese nel loro spirito le divulga, facendone dei regolamenti di applicazione particolari in zone di vita individuate.

Iacopo Muzio

d'Italia

PIACEVOLE LETTURA DURANTE L'ATTESA  
EFFICACE MEZZO DI PROPAGANDA

ABBONAMENTI - PUBBLICITÀ

Riviste d'Italia - Via F. Cavallotti 5 - Telefono 702023

AGENZIE NELLE PRINCIPALI CITTÀ D'ITALIA