

Percorsi del positivismo giuridico

Hart, Kelsen, Ross, Scarpelli

Estratto da

Il positivismo giuridico contemporaneo

Una antologia

a cura di Aldo Schiavello e Vito Velluzzi



Giappichelli

INTRODUZIONE

di Vito Velluzzi

1. *Varietà di “positivismi giuridici”*

I testi riportati in questa raccolta rappresentano alcune delle pagine più significative del “positivismo giuridico” del Novecento¹. Rappresentano, cioè, diverse raffigurazioni del positivismo giuridico (o giuspositivismo), vari modi di intendere, per usare le parole di Norberto Bobbio, “la dottrina del diritto positivo”², di quel diritto che, provvisoriamente ed in via generalissima, può essere definito come un prodotto umano contingente. Cerchiamo di comprendere i punti essenziali del pensiero di ognuno degli autori utilizzando come criterio guida principale per l’analisi la ricostruzione del rapporto tra diritto (positivo) e morale. La preoccupazione che percorre tutti i saggi è, infatti, quella di tenere distinte la questione dell’identificazione di ciò che è diritto, dalla valutazione su ciò che dovrebbe o non dovrebbe essere diritto alla luce

¹ V. le sintesi fornite da P. COMANDUCCI, *Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio*, in M. BIANCHINI, G. VIARENGO (a cura di), *Studi in onore di Franca Marini Avonzo*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 125-134; A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart: un’introduzione critica*, Giappichelli, Torino, 2004, specie capp. I e II.

² È l’espressione usata da N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, (ed. or. 1961) rist. 1996, p. 3; il titolo di questo paragrafo riproduce quello usato da Mario Jori, in ID., *Legal Positivism*, in “Diritto e cultura”, 1991, pp. 111-142, p. 116; da più parti è stata segnalata la difficoltà di una definizione unitaria di positivismo giuridico, scrive in proposito M. JORI, *Legal Positivism*, in E. CRAIG (General Editor), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Routledge, London & New York, 1998, vol. 5, p. 514: “The traditional discussion for and against legal positivism clearly shows that some previous conceptual clarification is sorely needed: all too often positivism appears to be something different to its supporters and to its enemies, so that the discussion becomes the slinging of abuse to non-existent villains. Of course everything depends on the definition of legal positivism that we use”. Per un tentativo di individuare il nucleo concettuale del positivismo giuridico cfr. V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 26 ss.

di qualche criterio (di ordine morale ed indicato, sovente, con l'espressione "diritto naturale")³. Tuttavia, le soluzioni fornite per dissolvere la sopra menzionata preoccupazione non sono omogenee: tutti gli autori in questione si dichiarano giuspositivisti, ma lo sono in diversa foggia, spesso con differenze anche molto profonde.

Ad onor del vero, i bersagli critici ricorrenti nei saggi sono due: uno, vi si è già fatto cenno, per così dire "esterno" al positivismo giuridico (il giusnaturalismo), l'altro "interno" alla tradizione giuspositivista (l'imperativismo). In estrema sintesi il giusnaturalismo si sostanzia nella "credenza che esistano alcuni principi universalmente validi che governano la vita dell'uomo nella società, principi che sono stati non creati ma scoperti dall'uomo, *veri* principi che obbligano tutti, anche coloro che non vogliono o non possono riconoscere l'esistenza"⁴; mentre l'imperativismo è quella versione del positivismo giuridico, dominante soprattutto nell'Ottocento, per la quale "il diritto è il comando dei comandanti di una società: la creazione della volontà giuridicamente non limitata del sovrano che è per definizione al di fuori del diritto"⁵.

³ Cfr. M. BARBERIS, *L'eterogeneità del bene. Giuspositivismo, giusnaturalismo e pluralismo etico*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto, 2002-2003. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 1-20, specie pp. 6-13.

⁴ A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, *infra*, p. 94, e v. anche M. BARBERIS, *Breve storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 17: "sarebbe giusnaturalistica, cioè, ogni dottrina della *connessione necessaria fra diritto e morale*, per cui il diritto moralmente ingiusto non sarebbe neppure diritto", al testo di Barberis si rinvia anche per un conciso, ma pregnante, esame delle varie espressioni storiche del giusnaturalismo. È opinione accreditata che il giusnaturalismo sia una dottrina "dualista", mentre il giuspositivismo sarebbe una dottrina "monista". Ciò significa che il giusnaturalismo "ammette la distinzione tra diritto naturale e diritto positivo e sostiene la supremazia del primo sul secondo", il positivismo giuridico, al contrario, "non ammette la distinzione tra diritto naturale e diritto positivo e afferma che non esiste altro diritto che il diritto positivo"; ne consegue che "Mentre il giusnaturalismo afferma la superiorità del diritto naturale sul diritto positivo, il positivismo giuridico non afferma la superiorità del diritto positivo sul diritto naturale, ma l'esclusività del diritto positivo" (così N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, seconda ed. 1972 (alla quale si fa riferimento), pp. 127-142, la citazione è tratta da p. 127); tuttavia, vale la pena sottolinearlo, anche il positivismo giuridico può essere dualista, o meglio del tutto indifferente all'esistenza o meno di un diritto naturale, ad esempio se lo si intende come accomodamento allo studio del diritto, come si chiarirà tra poco.

⁵ Così lo definisce H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, *infra*, p. 61. L'esponente di maggior rilievo ed influenza dell'imperativismo ottocentesco è John Austin, v. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, (1832), Weidenfeld and Nicolson, London, 1954, trad. it. di G. Gylapian, a cura di M. BARBERIS, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1995; sulla teoria del diritto di Austin e su altre versioni

Il giusnaturalismo viene rifiutato per il modo in cui configura i rapporti tra diritto (positivo) e morale, l'imperativismo viene criticato in quanto forma inadeguata di giuspositivismo, specie per le sue teorie della norma e dell'ordinamento giuridico⁶.

Su questa linea si può scorgere nell'ordine dei saggi una sorta di percorso omogeneo e progressivo: Hans Kelsen rifiuta il giusnaturalismo e rivede molte delle posizioni imperativiste⁷; Herbert Hart recupera gran parte delle ragioni degli imperativisti riguardo alla distinzione tra diritto e morale, ma ne critica la teoria della norma e dell'ordinamento giuridico, proponendo su quest'ultimo terreno soluzioni che si pongono in antitesi anche con quanto sostenuto da Kelsen⁸; Alf Ross⁹ propone, muovendo da basi empiristiche, una lettura peculiare del conflitto tra giuspositivismo e giusnaturalismo, criticando in particolare Kelsen (ma senza risparmiare Austin) e ponendosi per certi profili su una linea di dialogo con Hart; Uberto Scarpelli, infine, costruisce una complessa teoria "politica" del giuspositivismo, volta ad emendare, per ciò che concerne il fondamento dell'ordinamento giuridico, sia le tesi imperativiste, sia quelle di Kelsen, Hart e Ross¹⁰.

Per approfondire quanto si è sinteticamente espresso in poche e lapidarie battute è opportuno prendere le mosse dall'esame del sintagma "positivismo giuridico" (o della parola "giuspositivismo", dal medesimo significato), utilizzando il ben noto studio di Bobbio sugli *Aspetti del positivismo giuridico*¹¹. In

dell'imperativismo v. P. CHIASSONI, *L'utopia della ragione analitica*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 136-321.

⁶ V. in particolare H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, *infra*, p. 59.

⁷ Sui rapporti tra la dottrina pura e l'imperativismo di Austin v. in particolare H. KELSEN, *Pure Theorie of Law and Analytical Jurisprudence*, in "Harvard Law Review", 1941, pp. 44-70, trad. it. di R. Treves, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in *Appendice ai Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952, pp. 173-206, specie pp. 186-193.

⁸ Cfr. H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, *infra*, pp. 58 ss. e più diffusamente ID., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, trad. it. di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, cap. I-VI; il testo inglese è stato ristampato con l'aggiunta di un *Postscript* nel 1994, il *Postscript* è stato tradotto nel 2002 sempre presso Einaudi.

⁹ A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, *infra*, pp. 89-107.

¹⁰ Il contributo più significativo di Scarpelli in tal senso è *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni Comunità, Milano, 1965, rist. a cura di A. CATANIA, M. JORI, Esi, Napoli, 1997 (edizione alla quale si farà riferimento nel prosieguo). Il saggio riportato in questa raccolta antologica costituisce una riflessione critica svolta da Scarpelli, sulle proprie tesi, a distanza di alcuni lustri.

¹¹ N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuri-*

quelle pagine il filosofo del diritto torinese ha distinto tre modi d'intendere il positivismo giuridico: 1) come un modo di avvicinarsi allo studio del diritto (positivismo giuridico come *approach* al diritto); 2) come una determinata teoria o concezione del diritto (positivismo giuridico come teoria); 3) come una determinata ideologia della giustizia (positivismo giuridico come ideologia)¹².

Il positivismo giuridico come modo di avvicinarsi allo studio del diritto "è caratterizzato dalla netta distinzione tra diritto reale e diritto ideale, o, con altre espressioni equivalenti, fra diritto come fatto e diritto come valore, tra il diritto qual è e il diritto quale deve essere; e dalla convinzione che il diritto di cui deve occuparsi il giurista sia il primo e non il secondo"¹³. In questa prima accezione di positivismo giuridico, è positivista colui "che assume di fronte al diritto un atteggiamento avalutativo ... o eticamente neutrale, cioè che assume a criterio per distinguere una regola giuridica da una non giuridica la derivazione da fatti accertabili, come l'essere stata emanata da certi organi con certe procedure, o l'essere stata effettivamente seguita per un certo periodo di tempo da un certo gruppo di persone, e non la corrispondenza o meno a un certo sistema di valori"¹⁴. Questo modo di intendere il positivismo giuridico, si basa, secondo Bobbio, su un giudizio di convenienza o di opportunità riguardante il ruolo e le finalità della scienza giuridica. Infatti, se si assegna a quest'ultima il compito principale di "fornire schemi di decisione alla giurisprudenza e di elaborare un sistema del diritto vigente"¹⁵, allora il positivismo giuridico inteso come accostamento allo studio del diritto (positivo) è adeguato (o più adeguato di altre concezioni) allo scopo.

Il positivismo giuridico inteso come teoria si riallaccia alla visione statualistica del diritto, visione andata formandosi con la nascita e lo sviluppo dello

dico, cit., pp. 101-126. Il saggio in questione ha costituito un essenziale punto di riferimento per coloro che, specie in Italia e nei paesi di lingua spagnola, si siano accostati allo studio del positivismo giuridico a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, v. M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Giuffrè, Milano, 1987, cap. II. La tripartizione bobbiana ci servirà per ascrivere, ove possibile, le tesi degli autori studiati in questa prima parte all'uno o all'altro modo di intendere il positivismo giuridico.

¹² N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, cit., p. 104.

¹³ *Ibidem*, p. 105.

¹⁴ *Ibidem*, p. 106, e v. anche p. 107: "si può definire 'positivismo giuridico' ogni teoria del diritto la quale parta dal presupposto che oggetto della scienza giuridica sia il diritto positivo: ciò è altra cosa dell'affermare che 'non esiste altro diritto che il diritto positivo'. Il giurista, che si professa positivista, non nega in genere che esista un diritto ideale, naturale o razionale: nega semplicemente che sia diritto alla stregua del diritto positivo", cfr. in proposito quanto scritto *retro* nota 4 sul positivismo giuridico come accostamento al diritto quale teoria dualista.

¹⁵ *Ibidem*, p. 112.

stato moderno. Alla concezione statualistica del diritto si associano alcuni corollari: a) la teoria della coattività “secondo cui s’intende per diritto un sistema di norme che vengono fatte valere con la forza, oppure il cui contenuto è la regolamentazione dell’uso della forza”¹⁶; b) la teoria imperativistica della norma giuridica, secondo cui le norme giuridiche sono comandi; c) la supremazia della legge rispetto alle altre fonti del diritto; d) e “riguardo all’ordinamento giuridico nel suo complesso, la considerazione dell’insieme delle norme come sistema cui si attribuiscono il carattere della completezza ... e della coerenza”¹⁷; e) per quanto riguarda il metodo della scienza giuridica e dell’interpretazione “la considerazione dell’attività del giurista e del giudice come attività essenzialmente logica”¹⁸. Tale concezione del positivismo giuridico può essere riassunta nella formula: “è fattualmente vero che il diritto vigente è un insieme di regole di condotta che direttamente o indirettamente sono formulate e fatte valere dallo stato”¹⁹.

Il positivismo giuridico come ideologia, infine, “rappresenta la credenza in certi valori, e in base a questa credenza conferisce al diritto qual è per il solo fatto di esistere un valore positivo, indipendentemente da ogni considerazione circa la sua corrispondenza ad un diritto ideale”²⁰. L’attribuzione di un valore positivo al diritto esistente avviene sulla base di due argomenti. Per mezzo del primo si sostiene che il diritto positivo, per il solo fatto di essere tale è giusto; ciò significa che i giudizi di giustizia o ingiustizia del diritto coincidono con i giudizi di validità ed invalidità. Con il secondo argomento si sostiene che il diritto, in quanto insieme di regole imposte da chi detiene il monopolio della forza, consente, indipendentemente dal suo valore morale, di raggiungere fini desiderabili (la pace, l’ordine, etc.). L’ideologia del positivismo giuridico è riassumibile, sempre secondo Bobbio, nella seguente formula: “il diritto, per il modo con cui è posto e fatto valere, o per il fine cui serve, qualunque sia il suo contenuto, ha di per se stesso un valore positivo, e si deve prestare obbedienza incondizionata alle sue prescrizioni”²¹.

¹⁶ N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, cit., p. 108. Riguardo al possibile nesso tra positivismo giuridico inteso come accostamento al diritto e inteso come teoria, Bobbio afferma (sempre a p. 108) che tale nesso c’è, ed è di natura storica ma non logica, essi sono sorti nel medesimo periodo, ma lo studio del diritto come fatto non conduce necessariamente alla concezione statualistica del diritto.

¹⁷ *Ibidem*, p. 109.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, p. 113.

²⁰ *Ibidem*, p. 110.

²¹ *Ibidem*, p. 113.

Seguiamo la via tracciata da Bobbio per esaminare i molti volti che il positivismo giuridico assume nei testi raccolti in questa prima parte dell'antologia.

2. *La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*

Il testo di Hans Kelsen riprodotto costituisce una stesura provvisoria della celeberrima *Reine Rechtslehre (Dottrina pura del diritto)* che vedrà la luce nel 1934²². Chi abbia una pur minima dimestichezza con l'opera del 1934 potrà notare alcune differenze e molte somiglianze tra quella versione e questa che qui si ripropone. Non indugiero' sulle differenze (per il vero poco significative) e mi concentrero', invece, sulle somiglianze, cioe' sui profili basilari del giuspositivismo kelseniano degli anni Trenta del secolo scorso.

Per raggiungere lo scopo e' necessaria una breve premessa. Kelsen ha svolto la sua opera di filosofo del diritto e giurista (costituzionalista ed internazionalista) coprendo con le sue opere un arco temporale amplissimo. A tal proposito, gli studiosi del Kelsen filosofo del diritto sono soliti distinguere vari periodi della sua produzione teorica, assegnando alle opere che ne sono espressione diversa connotazione riguardo a svariati temi (la norma giuridica e la scienza giuridica su tutti)²³. Detto in breve: la teoria del diritto di Kelsen avrebbe subito, nel corso degli anni, cambiamenti di un certo rilievo. Si distingue, di conseguenza, un primo periodo che va dal 1911 (anno della pubblicazione dei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*)²⁴ sino al 1934, data gia' rammentata in precedenza di edizione della *Dottrina pura del diritto*; un secondo periodo compreso tra il 1934 e il 1960, anno della pubblicazione della seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*²⁵, periodo nel quale il filosofo del diritto e giurista praghese scrive anche un altro contri-

²² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali*, in "Archivio Giuridico", quarta serie, XXVI, 1933, pp. 121-171, e come volume autonomo *La dottrina pura del diritto. Metodo e concetti fondamentali*, Societa' tipografica modenese, Modena, 1933. M.G. LOSANO, *Il testo fondamentale della dottrina pura del diritto*, in N. BERSIER LADAVAC (a cura di), *Con esattezza kelseniana*, Giuffre', Milano, 2003, pp. 5-9, chiarisce che l'articolo del 1933 costituisce una vera e propria prima stesura del testo pubblicato l'anno successivo.

²³ Cfr. almeno M.G. LOSANO, *Forma e realta' in Kelsen*, Edizioni di Comunita', Milano, 1981.

²⁴ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1911, trad. it. di A. Carrino, *Problemi fondamentali del diritto pubblico*, Esi, Napoli, 1997.

²⁵ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke Verlag, Wien, 1960, trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2021.

buto particolarmente importante, vale a dire la *Teoria generale del diritto e dello stato*²⁶; infine un terzo periodo successivo al 1960, caratterizzato dalla pubblicazione (seppur postuma) della *Teoria generale delle norme*²⁷. Ad ogni periodo corrisponderebbe, per così dire, un Kelsen diverso, in parte se non completamente, in aspetti pregnanti della sua teoria²⁸.

In questa sede non è possibile, e nemmeno utile, soffermarsi sul significato e sui contenuti della periodizzazione del pensiero kelseniano, ci interessa, invece, collocare in maniera adeguata la stesura della *Dottrina pura del diritto* che si propone al lettore.

La traduzione dal tedesco è di Renato Treves, il quale ha tradotto anche la stesura del 1934 pubblicata presso Einaudi nel 1952²⁹. Il testo contiene già tutti, o quasi, i contenuti del positivismo giuridico kelseniano che segnano la conclusione del primo ed aprono le porte al secondo periodo³⁰. Vediamone in sintesi gli aspetti principali.

Innanzitutto bisogna comprendere in che senso la dottrina del diritto possa dirsi “pura”. A tal proposito Kelsen chiarisce che la sua dottrina del diritto può dirsi pura in quanto rivolta alla conoscenza esclusiva del diritto “e vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene ... al suo oggetto”³¹. In particolare, la dottrina pura in quanto teoria del diritto positivo va distinta nettamente sia dalla filosofia della giustizia, sia dalla sociologia o conoscenza della realtà sociale³².

²⁶ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945, trad. it. di S. Cotta, G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, 6^a ed., Etas Kompass, Milano, 1994.

²⁷ H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979, trad. it. di M. Torre, a cura di M.G. LOSANO, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985.

²⁸ Una sintesi dei vari periodi del pensiero kelseniano e dei contenuti teorici caratteristici di ognuno si trova in M. BARBERIS, *Breve storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 111-117. Un'articolata introduzione critica a Kelsen, basata soprattutto sulla *Teoria generale del diritto e dello stato*, è quella di B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Un'introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999.

²⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke Verlag, Wien, 1934, trad. it. di Renato Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952.

³⁰ La ripubblicazione che si propone nell'antologia è parziale e riguarda le pp. 121-154 del testo originario, sono state esclusi i capitoli VI (L'interpretazione), VII (I metodi della produzione del diritto) e VIII (Diritto e Stato).

³¹ H. KELSEN, *La dottrina pura. Metodo e concetti fondamentali*, infra, p. 21.

³² Cfr. anche H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, cit., pp. 173-174.

Nella prima direzione (dottrina pura e filosofia della giustizia) è indispensabile distinguere una teoria del diritto positivo, cioè una teoria in grado di determinare la struttura e le forme tipiche del diritto in maniera indipendente dai variabili contenuti dei singoli ordinamenti giuridici e dalla legittimazione del diritto come giusto: si tratta, quindi, di tenere distinto il diritto dalla morale³³. Legare in maniera necessaria il diritto alla morale significa, per Kelsen, legare il diritto all'ideale della giustizia che però è un ideale irrazionale, inaccessibile alla conoscenza umana³⁴. Per tale ragione la dottrina del diritto naturale è fallace, essa non è rivolta a conoscere il diritto, ma a produrre una giustificazione del medesimo (dottrina classica o conservatrice del diritto naturale), oppure a porre in dubbio "il valore del diritto positivo, sostenendo che esso è in contrasto con un ordine assoluto presupposto in un modo qualsiasi" (dottrina giusnaturalistica rivoluzionaria)³⁵. Ma la dottrina pura è scienza del diritto e non politica del diritto, afferma ripetutamente Kelsen, e considerazioni di tal fatta le sono completamente estranee.

Nella seconda direzione (dottrina pura e sociologia) Kelsen si preoccupa di distinguere il diritto e la conoscenza del medesimo, in quanto fenomeno normativo, dalla conoscenza della realtà. Il diritto è norma, è attraverso le norme che un atto o un fatto naturale acquista significato giuridico. Ne segue che "La conoscenza giuridica è ora rivolta a queste norme che danno o non danno a certi stati di fatto il carattere di atti giuridici ... Ma norma è una categoria che non trova applicazione nel campo della natura"³⁶. Il diritto, quindi, in quanto "norma" può essere distinto da qualsiasi fenomeno spiegabile secondo la legge di causalità³⁷. Più in particolare nella sfera delle norme giuridiche

³³ V. H. KELSEN, *La dottrina pura. Metodo e concetti fondamentali*, *infra*, pp. 25-26: "si tratta anzitutto di sciogliere il diritto da quel legame per cui è sempre stato unito alla morale ... ciò che si respinge è ... la concezione del diritto come una certa qual parte della morale – la concezione per cui ogni diritto, come tale – sarebbe quindi, in un certo qual senso o in un certo qual grado, morale".

³⁴ *Ibidem*, p. 26: "Sulla via della conoscenza razionale non si può ora certo stabilire se l'uno o l'altro ordine abbia un valore assoluto e sia cioè 'giusto'. La giustizia è un ideale irrazionale. Per quanto essa possa essere indispensabile per la volontà e l'azione dell'uomo, essa non è però accessibile alla nostra conoscenza".

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, p. 24.

³⁷ Scrive E. PATTARO, *Per una critica della dottrina pura*, in ID. (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, I, Milano, Giuffrè, 1982, p. XIII: "[per Kelsen] il diritto è categorialmente dover essere. Che il dover essere è categoria trascendentale significa che esso serve per la comprensione del materiale giuridico empirico, ossia ... che in questa funzione è imprescindibile: non può essere abolito o sostituito".

non si verificano rapporti di causa-effetto, bensì imputazioni di conseguenze giuridiche: al realizzarsi di determinate condizioni *devono essere* imputate delle conseguenze giuridiche³⁸.

Giunti a questo punto è bene introdurre la teoria della norma giuridica sostenuta da Kelsen nel testo in esame. Il diritto è norma, ma soprattutto è un fenomeno coattivo, e la natura coattiva del diritto emerge anche dalla struttura della norma giuridica. La norma giuridica è per Kelsen un giudizio ipotetico del tipo: “Se si realizzano certe condizioni allora *deve essere* imputata la sanzione”. La norma giuridica non è quindi un imperativo, ma un giudizio ipotetico nel quale svolge un ruolo fondamentale la sanzione. Rispetto alla singola norma giuridica l’illecito o torto³⁹ commesso non costituisce una violazione del comando alla quale si reagisce con una sanzione, ma l’illecito o torto è la principale condizione in presenza della quale deve essere imputata la sanzione⁴⁰. Per mezzo dell’illecito non si realizza un comportamento contrario alla norma giuridica, ma si consente al diritto medesimo di assolvere la sua essenziale funzione coattiva.

Ne consegue che la norma giuridica (e con essa l’intero diritto) ha natura coattiva in quanto “imputa” sanzioni al realizzarsi di un illecito. Se è vero che il diritto è una specifica tecnica sociale, che esso serve, cioè, a far sì che siano tenuti certi comportamenti piuttosto che altri, e che lo fa adottando la tecnica della motivazione indiretta, ovvero connettendo una sanzione (la privazione coattiva di un bene) all’illecito (al comportamento, si potrebbe dire, non voluto dal diritto), è altrettanto vero che Kelsen si disinteressa delle motivazioni psicologiche che spingono alla disobbedienza o all’obbedienza e che per lui “è caratteristico del diritto semplicemente *disporre* sanzioni ... Soltanto il fatto che il diritto preveda e disponga sanzioni ... interessa”⁴¹.

³⁸ H. KELSEN, *La dottrina pura. Metodo e concetti fondamentali*, *infra*, p. 29 ss. La norma giuridica si rivolge dunque ai giudici ed a tutti coloro che secondo l’ordinamento giuridico sono autorizzati ad applicare le norme giuridiche.

³⁹ Uso sia illecito, sia torto, poiché lo stesso Treves ha usato dapprima la parola torto (nella stesura qui riprodotta), sostituendola, in maniera del tutto condivisibile, nel 1952, con la parola illecito.

⁴⁰ Le norme che non imputano sanzioni sono quindi *frammenti* delle norme che prevedono sanzioni (denominate da Kelsen *primarie*) e vanno a comporne la parte condizionale. Per Kelsen sono *secondarie* le norme deducibili dalle norme primarie che indicano il comportamento che si deve seguire per evitare la sanzione. Ad esempio in presenza della norma primaria “Se x allora deve essere y”, ove x è l’illecito e y la sanzione, la norma secondaria corrispondente è “Non si deve fare x”.

⁴¹ E. PATTARO, *Per una critica della dottrina pura*, cit., p. XXIV; v. anche M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un’introduzione teorica*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 122: “Detto altrimen-

Riassumendo. La dottrina pura di Kelsen è rivolta alla conoscenza esclusiva del proprio oggetto: il diritto positivo. Ciò comporta la necessità di tenere nettamente distinte dal diritto la sociologia e la filosofia della giustizia.

La sociologia non serve a conoscere il diritto quale fenomeno normativo, il mondo delle norme funziona, infatti, secondo il criterio di imputazione e non secondo il criterio della causalità. Il diritto è un fenomeno non solo normativo ma anche e soprattutto coattivo, e la norma giuridica non è un imperativo sostenuto dalla minaccia di una sanzione per chi lo viola, bensì un giudizio ipotetico: al realizzarsi di certe condizioni, tra cui l'illecito o torto, deve essere (dai soggetti autorizzati) imputata la sanzione. La coazione consiste nel disporre e prevedere sanzioni per i comportamenti che si desidera "non vengano" tenuti dai consociati⁴².

La filosofia della giustizia induce a ritenere che il diritto sia necessariamente connesso con la morale, ma così facendo la conoscenza del diritto è preclusa poiché la giustizia è un ideale irrazionale e comunque cosa diversa dal diritto positivo.

Chiarito il senso della purezza della dottrina del diritto kelseniano (ed esaminata la teoria della norma giuridica) adesso se ne possono esporre brevemente gli altri profili basilari, al fine di comprendere con maggior puntualità i caratteri del positivismo giuridico del giurista e filosofo praghese.

Innanzitutto bisogna chiarire, riprendendo la formula più volte usata nelle pagine precedenti, che il diritto più che norma è sistema di norme o ordinamento normativo (coercitivo o coattivo).

L'ordinamento giuridico ha per Kelsen natura dinamica e struttura gerarchica. Un sistema di norme è dinamico ove le norme che lo compongono sono legate tra loro da rapporti di delegazione del potere di produrle; è gerarchico ove le norme che lo compongono non stanno sullo stesso piano, ma sono ordinate su livelli (gerarchici) diversi⁴³. Kelsen sostiene che il diritto è un tipico

ti le norme giuridiche ricorrerebbero alla tecnica della *motivazione indiretta*: e indiretta appunto nel senso che i consociati sarebbero indirettamente motivati a non rubare dal fatto che i giudici sono direttamente motivati a sanzionare i furti".

⁴² Cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura. Metodo e concetti fondamentali, infra*, p. 32: "Se il diritto – considerato del tutto positivisticamente – non è altro che un ordine coattivo esteriore, esso sarà allora concepito soltanto come una specifica tecnica sociale: si raggiunge o si cerca così di raggiungere lo stato sociale desiderato con l'unire come conseguenza, al comportamento umano, che rappresenta l'opposto contraddittorio di questo stato sociale, un atto coattivo (cioè la privazione coattiva di un bene: vita, libertà, valore economico)".

⁴³ I sistemi normativi dinamici si contrappongono a quelli statici nei quali le norme sono legate tra loro da un rapporto di deduzione logica. Tipico esempio di sistema normativo statico è, per Kelsen, la morale. Cfr., *ibidem*, pp. 43-44. Sulla distinzione tra sistemi normativi statici

esempio di ordinamento o sistema dinamico e gerarchico, costruito secondo le immagini efficaci della concatenazione produttiva e della costruzione a gradi: la produzione normativa si svolge attraverso processi di delegazione del potere di produrre norme da un livello all'altro dell'ordinamento giuridico.

Ma giunti a questo punto è necessario introdurre un concetto molto importante nella teoria del diritto kelseniana: il concetto di validità della norma giuridica. A quali condizioni una norma giuridica può dirsi valida e pertanto appartenente al sistema giuridico? Una norma giuridica è valida se prodotta da un organo autorizzato in conformità a quanto stabilito dalla norma giuridica ad essa gerarchicamente sovraordinata⁴⁴. Per poter esprimere un giudizio di validità del tipo "la norma x è valida" è necessario che la norma x sia stata prodotta in conformità ad un'altra norma ad essa sovraordinata, che fondi su quest'ultima la propria validità. Per evitare il regresso all'infinito è indispensabile, però, interrompere la catena di validità, e trovare "il fondamento" dell'intero sistema giuridico. Kelsen individua tale fondamento in una norma detta, appunto, fondamentale (*Grundnorm*). Proprio perché essa è destinata a fondare l'intero sistema e a interrompere la catena di validità, di questa norma non si può predicare la validità allo stesso modo delle altre norme giuridiche, la norma fondamentale e la sua validità vanno presupposte, essa costituisce "l'unità nella pluralità di tutte le norme che formano un ordinamento"⁴⁵. Presupporre la norma fondamentale e la sua validità è, dunque, indi-

e dinamici si vedano i contributi contenuti in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, Giappichelli, Torino, 1991.

⁴⁴ Sulla questione della validità della norma per Kelsen si dovrà tornare trattando di Alf Ross, cfr. *infra* § 4.

⁴⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura. Metodo e concetti fondamentali*, *infra*, p. 43. Ed ancora a p. 45: "La dottrina pura si vale di questa norma fondamentale come di un fondamento ipotetico. Partendo dal presupposto che essa sia valida, è valido anche l'ordine giuridico che si fonda su questa. Soltanto sotto questo presupposto può essere determinato il materiale empirico che si presenta alla determinazione giuridica come diritto, cioè come sistema di norme giuridiche". Nella *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., p. 134, si trova scritto che il diritto è "un sistema di norme generali ed individuali, connesse fra loro in base al principio che il diritto regola la propria creazione ... ogni norma di tale ordinamento è creata secondo le disposizioni di un'altra norma, ed alla fine secondo le disposizioni della norma fondamentale, la quale costituisce l'unità di quel sistema di norme". Scrive in proposito M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione storica*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 160: "il giudice sarebbe autorizzato a emanare norme particolari dalla legge, il legislatore sarebbe autorizzato a emanare norme generali dalla costituzione, il costituente sarebbe autorizzato ad emanare la costituzione dalle costituzioni precedenti sino ... in ultima istanza da una norma fondamentale (*Grundnorm*). Quest'ultima non sarebbe posta da alcuna autorità, ma dovrebbe essere necessariamente presupposta (ipotizzata) dal giurista ogni volta che vuole conoscere giuridicamente una norma, riconoscendola come diritto valido".

spensabile per i vari operatori del diritto ogniqualvolta essi vogliono accedere alla conoscenza del diritto: la *Grundnorm* è per loro un presupposto epistemologico necessario, se non si ipotizza la norma fondamentale non è possibile esprimere giudizi di validità⁴⁶.

3. Herbert Hart e la separazione tra diritto e morale

L'obiettivo che Hart si propone nel saggio *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* è chiarissimo: difendere la tesi della separazione tra diritto e morale. Per il vero nel tentativo di raggiungere lo scopo Hart introduce tutti i più importanti profili della sua teoria, riprodotti e ampliati tre anni dopo ne *Il concetto di diritto*, libro, senza dubbio, tra i più importanti della filosofia del diritto contemporanea⁴⁷. Procediamo con ordine.

Per prima cosa viene ripresa e difesa la tesi utilitarista della distinzione tra diritto e morale. Autori come Bentham e Austin hanno difeso, secondo Hart opportunamente, la distinzione tra diritto e morale, e lo hanno fatto in maniera generale, indipendentemente, cioè, da quale sia il criterio utilizzato per stabilire come vorremmo che il diritto fosse. Tenere distinto il diritto dalla morale comporta, infatti, delle conseguenze da giudicare con favore che evitano di incorrere in due pericoli opposti “il pericolo che il diritto e la sua autorità possano dissolversi in ciò che gli ideali dell'essere umano ritengono debba essere diritto, ed il pericolo che il diritto esistente possa rimpiazzare la morale come test ultimo della condotta e sottrarsi così alla critica”⁴⁸. Chi ha criticato le tesi degli utilitaristi, ha, secondo Hart, confuso la tesi della distinzione tra diritto e morale con altre tesi sostenute dagli stessi utilitaristi che con la distinzione non hanno un nesso necessario. Gli utilitaristi, infatti, hanno anche

⁴⁶ Si riprendono, sul tema, le parole di B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 348: “I giudizi di validità sono possibili solo se le norme qualificate come valide sono presentate, esplicitamente o implicitamente, come norme derivate (direttamente o mediatamente) da una norma fondamentale: una norma valida, la cui validità non è derivata da alcuna altra norma. Nel formulare giudizi di validità, dunque, i giuristi presuppongono ... Una norma siffatta. Affinché sia in generale possibile la qualificazione di una norma come una norma valida ... è necessario assumere la validità di una norma, non derivandola da una norma ulteriore. La validità di tale norma è il presupposto, che solo rende possibile la formulazione di giudizi di validità”.

⁴⁷ Per una sintetica e chiara trattazione del pensiero giusfilosofico di Hart v. N.E. SIMMONDS, *Central Issues in Jurisprudence*, Sweet & Maxwell, London, 2nd ed., 2002, pp. 127-179.

⁴⁸ H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, *infra*, p. 56.

asserito l'importanza dello studio dei concetti giuridici e la teoria imperativista del diritto. Tuttavia, sostiene Hart, è possibile "approvare la separazione del diritto dalla morale e condividere le indagini analitiche sul significato dei concetti giuridici e ... ritenere che sia sbagliato concepire il diritto essenzialmente come un comando"⁴⁹.

Porre in rilievo che le tre tesi utilitariste sono tra loro ben distinte, consente ad Hart di esprimere la propria approvazione per le tesi della separazione tra diritto e morale e, seppur incidentalmente, per il ruolo assegnato all'esame dei concetti giuridici, ma soprattutto di sottoporre a serrata critica la teoria imperativista del diritto. Invero, la revisione dell'imperativismo permette ad Hart di esporre i profili fondamentali del suo positivismo giuridico. Vediamone gli aspetti essenziali.

L'analisi tra diritto e comando se da un lato è familiare per quel che riguarda, ad esempio, le norme del diritto penale, per l'altro verso è fuorviante, specie se con essa si intende la riduzione di tutte le norme giuridiche a comandi. Tale riduzione non consente di cogliere gli elementi più caratteristici del diritto. In particolare non tiene conto del fatto che alle norme che impongono obblighi (cioè che hanno la forma tipica del comando), si affiancano norme di altro tipo, attributive di poteri e destinate ad assolvere ad una funzione affatto diversa dalle norme che impongono obblighi. Soltanto la comprensione della natura e del ruolo delle norme attributive di poteri ci consente di cogliere appieno il concetto di diritto. Le norme che attribuiscono poteri (denominate da Hart secondarie) non richiedono alle persone di agire in un modo o di astenersi dall'agire (funzione assolta dalle norme che impongono obblighi, dette primarie), bensì "forniscono agli individui la possibilità, più o meno elaborata, di creare diritti e doveri per la condotta di vita ... Si tratta delle regole che mettono in grado gli individui di concludere contratti, di redigere testamenti ... ed in generale di modellare i propri rapporti giuridici con gli altri"⁵⁰.

L'introduzione della categoria *norme attributive di poteri* serve ad Hart anche per mostrare l'inadeguatezza sia della teoria imperativista della norma

⁴⁹ *Ibidem*, p. 59 e nella stessa pagina "Una fonte di enorme confusione nella critica della separazione del diritto dalla morale era la credenza che la falsità di una di queste tre dottrine della tradizione utilitarista mostrasse la falsità delle altre due ... L'uso indiscriminato dell'etichetta 'positivismo' per designare ambigualmente ciascuna di queste tre dottrine separate ... ha confuso la questione più di ogni altro fattore".

⁵⁰ H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, *infra*, pp. 62-63, ed ancora a p. 63: "si tratta di norme che sono, per così dire, messe a disposizione degli individui in un modo che non è il medesimo delle norme del diritto penale".

giuridica, sia di quella di Kelsen. Per Hart qualsiasi riduzione delle norme giuridiche ad un solo tipo è scorretta, ed anche Kelsen non sfugge alla critica ⁵¹.

Per il vero, le norme secondarie sono di tre tipi: di riconoscimento, di mutamento e di giudizio ⁵², ed esse permettono la critica dell'imperativismo non solo a livello di teoria della norma giuridica, ma anche per ciò che concerne la teoria dell'ordinamento giuridico, critica che viene sviluppata soprattutto nel già citato *Il concetto di diritto*, ma già presentata nei suoi tratti essenziali nel saggio qui riproposto ⁵³. La norma di riconoscimento assume particolare rilievo, in quanto è grazie ad essa che si individuano le norme che appartengono al sistema giuridico, infatti essa indica i criteri di validità delle norme giuridiche.

Nel modello imperativista è fallace la tesi che il sistema giuridico possa fondarsi sull'abitudine all'obbedienza dei comandi dell'autorità sovrana da parte dei consociati. Il ricorso all'abitudine all'obbedienza è sbagliato sia nel caso in cui il sistema giuridico sia retto da un monarca, sia nel caso di un regime democratico e gli argomenti usati da Hart in proposito paiono convincenti. Nel caso del monarca "questa idea così semplice si addice solo ad un monarca sufficientemente longevo per far maturare l'abitudine all'obbedienza", mentre per le democrazie, se si individua il sovrano nell'elettorato "l'intera nozione di sovrano, inteso come colui che si colloca al di fuori del diritto in quanto 'abituamente obbedito' dalla 'maggior parte' della popolazione va in malora: infatti, in questo caso la 'maggior parte' obbedisce alla maggior parte, il che equivale a dire che obbedisce a se stessa" ⁵⁴. Rispetto a Kelsen, v'è da dire che per Hart la norma di riconoscimento non è semplicemente pensata o presupposta, come la norma fondamentale per Kelsen, ma è effettiva, usata e accettata dai funzionari e dai giudici per individuare le norme valide.

Tornando alla questione della separazione tra diritto e morale lo schema del saggio conduce al tema dell'interpretazione giuridica, tema attraverso il quale si snoda l'ulteriore difesa della tesi della separazione tra diritto e morale operata da Hart. Anche in questo caso l'argomento usato da Hart è chiaro e lineare: ammettere che in alcuni casi (denominati difficili o di penombra) l'at-

⁵¹ Sulla norma giuridica in Kelsen cfr. *retro* § 2. Ne *Il concetto di diritto*, cit., pp. 48-51, la riduzione delle norme secondarie a frammenti delle norme che contengono sanzioni è definita una "distorsione", distorsione che sarebbe il prezzo (troppo alto) pagato per ridurre le norme giuridiche ad un solo modello.

⁵² H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., cap. V.

⁵³ *Ibidem*, cap. VI.

⁵⁴ H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, *infra*, p. 62.

tività interpretativa ha natura discrezionale non comporta come automatismo la connessione tra diritto e morale, anzi presuppone la distinzione. La critica del formalismo che concepisce la decisione del giudice come “meccanica” o “automatica”, non determina, di per sé, alcuna conseguenza sul piano del nesso tra diritto e morale. Le parole di Hart in proposito sono esemplari: “Dal fatto che una decisione adottata in senso opposto alla maniera formalista o letteralista, sia una decisione adottata intelligentemente riferendosi ad una qualche concezione di ciò che dovrebbe essere, non consegue che vi sia un nesso tra diritto e morale”⁵⁵.

L’attacco più deciso dal quale Hart si premura di difendere la tesi della separazione tra diritto e morale è quello sferrato da alcuni neogiusnaturalisti, Gustav Radbruch su tutti, dopo la conclusione della seconda guerra mondiale. Gli orrori compiuti dal regime nazista indussero Radbruch ad abiurare il giuspositivismo, al quale aveva anch’egli aderito, per giungere a sostenere che nessuna norma giuridica positiva, per quanto prodotta in conformità ai criteri di validità stabiliti dall’ordinamento, può dirsi valida se contravviene principi morali fondamentali. Anzi v’è di più. Una norma che contravviene i principi morali fondamentali non solo è immorale, ma non può dirsi giuridica. Hart ritiene che ragionando in questi termini si compie una “sopravalutazione dell’importanza delle condizioni in presenza delle quali una norma possa essere considerata una norma giuridica valida, come se questo conducesse alla soluzione del problema morale: ‘deve essere obbedita questa norma giuridica?’. Di certo l’autentica risposta liberale ad ogni uso sinistro dello slogan ‘il diritto è diritto’ o della distinzione tra diritto e morale è: molto bene, ma ciò non risolve il problema. Il diritto non è la morale e non può prenderne il posto”⁵⁶. Insomma, una cosa è stabilire a quali condizioni il diritto può considerarsi valido, altro è stabilirne la moralità: il diritto non può sostituire la morale, ma allo stesso modo la morale non può sostituire il diritto; la valutazione critica del diritto alla luce di criteri morali è, di certo, sovente commendevole, ma non serve a stabilirne la giuridicità. Innanzi ad un dilemma morale bisogna porre in rilievo i valori in gioco ed effettuare una scelta, avendo ben presente ciò che si beneficia e ciò che si sacrifica. In altri termini i dilemmi morali vanno affrontati e non occultati dietro l’uso del principio che il diritto immorale non è diritto, altrimenti si finisce solo con l’alimentare “il romantico ottimismo che tutti i valori a noi cari, possano, alla fine, convivere armoniosamente in un sistema giuridico, che nessuno di essi

⁵⁵ H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, *infra*, p. 71.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 76.

debba essere sacrificato o compromesso per accoglierne un altro”⁵⁷.

Tutto il percorso scandito da Hart conduce ad un’unica conclusione: non vi sono buone ragioni per rifiutare, o detto altrimenti, per non condividere, la tesi della separazione tra diritto e morale. Orbene, ciò detto, a quale modo di concepire il giuspositivismo tra quelli delineati da Bobbio sono riconducibili le idee di Hart? Con riferimento al saggio che si è riproposto in questa antologia la tesi sostenuta e gli argomenti addotti a sostegno della stessa ad opera di Hart, consentono di qualificare quest’ultimo quale esponente del giuspositivismo inteso come *approach* al diritto, come modo di accostarsi allo studio del diritto, caratterizzato dalla netta distinzione tra diritto reale ed ideale⁵⁸.

4. Il giuspositivismo “empiristico” di Alf Ross

Alf Ross appartiene alla corrente di pensiero denominata realismo giuridico scandinavo⁵⁹. I rapporti tra realismo giuridico scandinavo e positivismo giuridico sono controversi e possono essere ricostruiti diversamente a seconda della nozione di giuspositivismo assunta e dell’autore giusrealista considerato. In questa sede ci interessa soltanto esaminare le tesi di Ross sul positivismo giuridico. Ci è sembrato opportuno definire il positivismo giuridico di Ross “empiristico”: vediamo su quali ragioni si fonda questa scelta.

Nel rispondere alla domanda cosa si intende per “positivismo giuridico”? Il filosofo e giurista danese afferma: “Se si considera il modo in cui il termine ‘positivismo’ viene generalmente impiegato in filosofia, mi sembra ragionevole usare la locuzione ‘positivismo giuridico’ per indicare in senso lato un atteggiamento o un approccio nei confronti dei problemi della filosofia e della scienza giuridica, basato sui principi di una filosofia empiristica e antimetafisica”⁶⁰. I due punti cardine del giuspositivismo (empiristico) sono per Ross i

⁵⁷ *Ibidem*, p. 78.

⁵⁸ La questione della realtà del diritto ricorre anche nell’esame che Hart dedica alla tesi del giusrealismo americano (chiamata da Hart “l’incubo”) secondo cui i giudici creano sempre diritto: cfr. H.L.A. HART, *La giurisprudenza americana attraverso gli occhi di un inglese: l’incubo ed il nobile sogno*, in A. Schiavello, V. Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 229-248. Qui, Hart considera pure la tesi opposta (che chiama “il nobile sogno”), secondo cui i giudici scoprono sempre il diritto, senza mai crearlo.

⁵⁹ Sulla quale si rinvia a S. CASTIGNONE, *La macchina del diritto: il realismo giuridico in Svezia*, Edizioni di Comunità, Milano, 1974.

⁶⁰ A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, *infra*, p. 90.

seguenti: a) si ritiene errato credere nel diritto naturale, credere, cioè nell'esistenza di principi universalmente validi non creati ma scoperti dall'uomo; b) è possibile accertare l'esistenza del diritto e descriverne il contenuto in termini empirici e fattuali.

Con quale delle due tesi positiviste è in conflitto il giusnaturalismo? Secondo Ross con la prima, ma non con la seconda. Per Ross un giusnaturalista non ha alcuna buona ragione per negare che l'esistenza del diritto positivo possa essere accertata mediante criteri empirici, dato che una cosa è accertare l'esistenza del diritto positivo, altro valutarne i contenuti alla luce di criteri morali.

Qui entra in gioco la questione dell'obbedienza al diritto e della sua forza vincolante. Ross differenzia nettamente la questione dell'esistenza del diritto accertabile empiricamente dall'attribuzione o dalla negazione al diritto stesso di forza vincolante ed obbligatorietà. Dalla tesi che un ordinamento giuridico esiste sulla base dell'accertamento di certi fatti sociali non deriva in alcun modo che quell'ordinamento giuridico è dotato di forza vincolante. Per Ross questo è un passaggio ulteriore ed ha natura spiccatamente morale, poiché "Il significato della forza vincolante inerente all'ordinamento giuridico è che gli obblighi giuridici conformi alle regole del sistema ... non sono semplicemente doveri giuridici derivanti dalla minaccia di sanzioni giuridiche, ma anche *doveri morali*, nel senso aprioristico di veri obblighi morali ... Il dovere di obbedire alla legge è un dovere morale *verso* il sistema giuridico, non un dovere giuridico *conforme* a tale sistema" ⁶¹. Ogni considerazione relativa alla forza vincolante di un ordinamento giuridico esistente, sia che se ne asserisca la sussistenza, sia che la si neghi, ha natura morale ed è caratteristica del giusnaturalista.

Tutto ciò induce Ross a muovere una feroce critica a Kelsen ⁶². Torniamo per un momento sul concetto di validità della norma giuridica. Di validità della norma giuridica esistono almeno tre accezioni: validità come appartenenza ad un ordinamento, come esistenza, come forza vincolante o obbligatorietà della norma. Si è visto che per Kelsen il diritto è un ordinamento normativo coercitivo, cioè dotato di forza vincolante. Ma secondo Ross in Kelsen è presente una certa ambiguità riguardo alla questione della validità della norma giuridica: essa ricorre sia in termini di appartenenza all'ordinamento, sia di esistenza, sia di forza vincolante. Una norma giuridica per il fatto di esistere

⁶¹ *Ibidem*, p. 96.

⁶² Per una critica della critica di Ross a Kelsen v. M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., p. 174.

ed appartenere ad un ordinamento ha forza vincolante, vale a dire che si deve fare ciò che essa dispone. Se così stanno le cose, afferma Ross, Kelsen più che un positivista è un quasi-positivista, in quanto evocando la forza vincolante inerente alle norme giuridiche tradisce il “programma empiristico professato dalla teoria pura del diritto” e la sua dottrina si pone “come una sopravvivenza della filosofia giusnaturalistica”⁶³. Per Ross, Kelsen sarebbe, con riferimento alla tripartizione di Bobbio, un giuspositivista ideologico, per quanto non dichiarato, poiché giungerebbe a conferire al diritto qual è, per il solo fatto di esistere, un valore positivo.

La breve trattazione delle posizioni di Ross riguardo al positivismo giuridico ci consente di collocarlo, nel panorama del giuspositivismo contemporaneo, come l'esponente che più chiaramente ha sostenuto la teoria del positivismo giuridico come *approach* al diritto⁶⁴.

5. Il giuspositivismo “politico” di Uberto Scarpelli

L'accusa di essere un quasi-positivista, o un positivista ideologico mascherato, occulto, non può certo essere rivolta ad Uberto Scarpelli, il quale in maniera chiara e risoluta ha costruito una teoria giuspositivista manifestamente ideologica nel senso bobbio. Cerchiamo di chiarire bene questo punto. Per comprendere i saggi riproposti in questa raccolta antologica è necessario riprendere per sommi capi le tesi esposte da Scarpelli in *Cos'è il positivismo giuridico*⁶⁵: le pagine qui ristampate costituiscono in parte una evoluzione, in parte un ripensamento di quanto scritto nel libro appena menzionato. Riassumere in poche battute l'argomentazione serrata delle pagine di Scarpelli è impresa ardua, proviamo a farlo cercando di non svilirne o travisarne i contenuti.

⁶³ *Ibidem*, p. 103.

⁶⁴ In questa direzione Ross è accostabile ad Hart. V'è da dire che la riconduzione di questi due autori nel novero degli esponenti del positivismo giuridico inteso come *approach* (o metodologico, per usare una terminologia oggi assai diffusa), e l'accostamento delle linee di fondo del loro pensiero per ciò che concerne il positivismo giuridico, si rivela più o meno convincente e corretta a seconda del peso che si conferisce e dell'interpretazione che si fornisce di alcuni aspetti del pensiero dell'uno o dell'altro. Ciò è testimoniato, oltre che dal § 7 del saggio qui riproposto, anche dal vivace scambio di opinioni intercorso tra Ross e Hart e riportato in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1980, pp. 349-360.

⁶⁵ U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit.

Lo scopo del libro è quello di fornire una definizione esplicativa in chiave critica del concetto di positivismo giuridico⁶⁶. Per far ciò Scarpelli muove dall'individuazione del nucleo comune a molte definizioni di positivismo giuridico proposte in teoria del diritto, individuandolo nel fare "del diritto un sistema di norme poste dalla volontà di esseri umani, portatore di certe caratteristiche e per esse riconoscibile, indipendentemente dalla conformità ai precetti o valori di una morale o ideologia"⁶⁷. Ma questo nucleo comune può essere ritenuto sufficientemente perspicuo? Ci aiuta a ben comprendere che cos'è il positivismo giuridico? Per Scarpelli la risposta è negativa. Definire in via esplicativa ed in chiave critica il positivismo giuridico conduce Scarpelli a rovesciare l'idea di neutralità sottesa alla definizione di positivismo giuridico ricostruita, presentando, appunto una teoria politica del giuspositivismo, poiché "è inerente al positivismo giuridico una scelta politica, ma la scelta politica è scelta del positivismo giuridico identificato attraverso le sue caratteristiche formali, è scelta di una scienza e di una pratica del diritto che una volta accettato il diritto positivo, lo studino e lo applichino fedelmente prescindendo da ogni giudizio di valore sul suo contenuto"⁶⁸. Un atteggiamento neutrale verso il diritto positivo segue ad una scelta: la scelta a favore del diritto positivo stesso.

Per ben comprendere e chiarire ulteriormente quanto si è appena detto è opportuno trattare della nozione di diritto positivo adottata da Scarpelli. A tal proposito è stato osservato che "Scarpelli vede il diritto positivo come un'impresa collettiva, in cui la realtà oggettiva della cosa (il diritto positivo appunto) è prodotto dalla concordanza effettiva delle pratiche degli individui,

⁶⁶ Sulle definizioni esplicative o ridefinizioni v., M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 3, ove le si indicano come quelle definizioni "che innovano solo parzialmente rispetto agli usi linguistici".

⁶⁷ U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., p. 77.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 197, ed ancora nella stessa pagina "La definizione del concetto di diritto, propria del positivismo giuridico, ha una funzione pragmatica, una portata orientativa corrispondente alla scelta generale del positivismo giuridico, mentre il suo aspetto neutrale, la formulazione in termini avalutativi corrispondono alla direzione e all'oggetto della scelta, il diritto identificato attraverso le sue caratteristiche formali, quali che ne siano o ne possano essere i contenuti".

In proposito è stato efficacemente notato da A. SCHIAVELLO, *La lungimirante "eterodossia" di Uberto Scarpelli*, in "Notizie di Politeia", 73, 2004, pp. 77-89, specie p. 83: "La concezione 'politica' del positivismo giuridico difesa da Scarpelli è dunque una sfida al positivismo metodologico o concettuale ed alla tesi della neutralità. Quel che stupisce ... è che questa sfida ... non è stata raccolta dalla versione hartiana del giuspositivismo ... versione egemone nel dibattito giusfilosofico contemporaneo".

ciascuna fondata su scelte più o meno consapevoli e coerenti”, per cui “Il concetto di diritto di ciascun giurista, per il giuspositivista scarpelliano costituisce il proprio programma di azione giuridica; il concetto di diritto di una cultura è la parte comune a tutti, o alla maggioranza, di tali programmi, che rende possibile il diritto come pratica sociale”⁶⁹. E dunque il diritto positivo è frutto di una pratica collettiva ed effettiva da parte dei giuristi, pratica a sua volta frutto di una scelta a favore del diritto positivo stesso⁷⁰. Per Scarpelli la stessa descrizione giuspositivistica del diritto e le sue scelte concettuali fondamentali non sono una conoscenza neutrale ma possono (e devono) enunciare pubblicamente le scelte di valore da cui sono inevitabilmente conformate.

Va sottolineato, ed è una sottolineatura necessaria, che per Scarpelli la scelta a favore del diritto positivo è subordinata alla presenza all’interno dell’ordinamento giuridico di cui si tratta dei valori democratici e liberali⁷¹. Detto altrimenti: per Scarpelli il positivismo giuridico è scelta a favore del diritto positivo, ma non si può operare una scelta a favore di qualsiasi diritto positivo.

Nel suo saggio riprodotto in questa raccolta tale aspetto è reso ben evidente e apertamente dichiarato: a causa della politicità caratterizzante i metodi interpretativi, integrativi e ricostruttivi degli operatori giuridici Scarpelli asserisce che “il positivismo non è ideologia soltanto nel senso di proporre, giustificare e magari mascherare la scelta di una norma fondamentale, ma nel senso di proporre, giustificare e magari mascherare metodi intrisi di valori”⁷².

⁶⁹ M. JORI, *Uberto Scarpelli e il giuspositivismo, Introduzione a U. SCARPELLI, Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 25-26.

⁷⁰ Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 141-142: “I giudizi di validità all’interno di un sistema di diritto positivo presuppongono il principio fondamentale del sistema e l’accettazione del principio fondamentale del sistema comporta una scelta politica: la scelta di attuare nella scienza e nella pratica del diritto la volontà politica che si è manifestata in quel diritto positivo, la scelta di collaborare all’organizzazione politica che in quel diritto positivo ha la sua struttura”.

⁷¹ Lo sottolinea, tra gli altri, A. CATANIA, *Definizione del diritto e positivismo giuridico nel pensiero di Uberto Scarpelli, Introduzione a U. SCARPELLI, Cos'è il positivismo giuridico*, cit., pp. 8-21, specie p. 16. Più di recente A. PINTORE, *Scarpelli e l'aristocrazia giuridica*, in “Notizie di Politeia”, 73, 2004, pp. 125-136.

⁷² U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato, infra*, p. 117.

HANS Kelsen

LA DOTTRINA PURA DEL DIRITTO. METODO E CONCETTI FONDAMENTALI *

I.

1. – La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. Essa, come teoria, vuole conoscere esclusivamente ed unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda cosa e come è il diritto, non però alla domanda com'esso dev'essere o deve essere costituito. Essa è scienza del diritto, non politica del diritto.

Se essa viene indicata come dottrina “pura” del diritto, ciò avviene per il fatto che vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto e vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene esattamente al suo oggetto da determinarsi come diritto. Essa, secondo il suo oggetto, vuole cioè, liberare la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei; e questo, che è il suo principio metodologico fondamentale, dovrebbe essere di per sé comprensibile a tutti. Uno sguardo alla scienza tradizionale del diritto nel suo sviluppo durante il corso dei secoli XIX e XX, dimostra però chiaramente, quanto questa sia ancor lontana dal rispondere ad una tale esigenza di purezza. In modo del tutto acritico, la giurisprudenza si è infatti mischiata con la psicologia e la biologia, con l'etica e la teologia. Oggi non esiste quasi più una scienza sociale, nella quale il giurista non si creda competente; anzi, egli crede di poter accrescere la sua fama scientifica col prendere appunto in prestito elementi di altre discipline e coll'abbandonare quindi naturalmente la vera e propria scienza giuridica.

2. – La dottrina pura del diritto cerca di delimitare chiaramente il suo oggetto di conoscenza nelle due direzioni in cui ne è compromessa l'autonomia per il dominante sincretismo metodologico. Il diritto è un fenomeno sociale,

* Traduzione italiana di RENATO TREVES.

la società è però un oggetto completamente diverso dalla natura essendo un nesso del tutto diverso di elementi, e, se la scienza del diritto non deve confondersi colla scienza della natura, il diritto dev'essere allora staccato il più chiaramente possibile dalla natura. Questo è però difficile per il fatto che il diritto – o ciò che si suole chiamare anzitutto come tale – pare che stia, almeno per una parte della sua essenza, nel campo della natura e pare che abbia un'esistenza del tutto naturale. Se si analizza cioè un qualsiasi fatto considerato come diritto p. es. una deliberazione parlamentare, un atto amministrativo, una sentenza giudiziaria, un negozio giuridico, un delitto, si possono allora distinguere due elementi: l'uno è un atto sensibilmente percepibile il quale procede nello spazio e nel tempo, un processo esteriore, per lo più un comportamento umano, l'altro è un senso (*Sinn*), uno specifico significato (*Bedeutung*) quasi immanente o aderente a quest'atto o processo. In una sala si riuniscono degli uomini, tengono dei discorsi, gli uni si alzano dai loro posti, gli altri rimangono seduti; questo è un processo esteriore. Il suo senso è che una legge è stata decisa. Un uomo in toga dice dal suo seggio più elevato delle determinate parole ad un uomo che gli sta dinnanzi. Tale procedimento esteriore significa: una sentenza. Un commerciante scrive una lettera con un determinato contenuto ad un altro, l'altro invia una risposta, ciò significa che hanno concluso un contratto. Qualcuno cagiona, con un'azione qualsiasi, la morte di altro, ciò giuridicamente significa: assassinio.

3. – Questo “significato” non può essere percepito semplicemente, come un fatto esterno, con un atto visivo ed uditivo, allo stesso modo cioè come si percepiscono in un oggetto le sue qualità e funzioni naturali, quali il colore, la durezza, il peso. Certamente l'atto, in quanto si esprime a voce o per iscritto, può di per sé indicare qualcosa intorno al proprio suo significato, indicare cioè il suo proprio senso, ed in questo sta appunto una speciale caratteristica del materiale dato alla conoscenza sociale e specialmente giuridica. Una pianta, di per sé, non può comunicare nulla allo studioso che cerca di darle una determinazione scientifica. Essa non fa nessun tentativo per spiegare se stessa nel campo delle scienze naturali. Ma un atto sociale può essere invece benissimo un'autospiegazione, un'autodeterminazione (*Selbst - Deutung*), può cioè portar con sé l'espressione del proprio significato. L'uomo che agisce annette infatti al suo stesso atto un senso determinato che si esprime in un modo qualsiasi e che viene inteso da coloro cui l'atto è rivolto. Uomini uniti in parlamento possono dichiarare esplicitamente di decidere una legge, due privati possono esprimere l'intenzione di voler contrarre un negozio giuridico. La conoscenza relativa al diritto, trova quindi, per lo più, già precedentemente una autodeterminazione del materiale che dovrà poi essere meglio determinato dalla scienza giuridica.

4. – Da ciò risulta la necessità di distinguere tra il senso soggettivo ed oggettivo di un atto. Il senso soggettivo può, ma non deve, coincidere col senso oggettivo che spetta a quest'atto nel sistema di tutti gli atti giuridici, cioè nel sistema del diritto. Ciò che fece il celebre capitano Koepenik era un atto che, nel suo senso soggettivo voleva essere un ordine amministrativo. Oggettivamente esso però non lo era; era bensì un delitto. Quando un'organizzazione segreta, diretta a liberare la patria da gente pericolosa, condanna a morte un individuo, da essa ritenuto traditore, e fa eseguire da un uomo di fiducia ciò ch'essa stessa soggettivamente ritiene e chiama una sentenza di morte, questo è oggettivamente, cioè nel sistema del diritto oggettivo, non già un'esecuzione d'una sentenza capitale, ma bensì un assassinio della S. Fema (*Fememord*) quantunque lo stato esteriore di questo, non si distingua per nulla dall'esecuzione d'una sentenza capitale.

5. – Tale stato esteriore di cose è ora, in tutti i casi, un fatto sensibilmente percepibile perché si svolge nel tempo e nello spazio, è un pezzo di natura che, come tale, è determinato secondo la legge di causalità. Ma questo fatto, in quanto tale, come elemento del sistema della natura, non è oggetto specifico della conoscenza giuridica e non sembra di solito per nulla giuridico. Ciò che rende giuridico (o non) questo fatto non è già la sua effettività, il suo essere naturale appartenente al sistema della natura e determinato casualmente, ma è bensì il senso oggettivo che è unito a questo atto: il suo significato. Lo stato di cose in questione ottiene infatti il suo senso specificamente giuridico, il suo particolare significato, per mezzo di una norma che, nel suo contenuto, vi si riferisce e gli impartisce il significato giuridico, di modo che l'atto possa essere interpretato secondo questa norma. La norma funziona così come schema determinativo (*Deutungsschema*). Essa stessa viene prodotta da un atto giuridico, che, da parte sua, riceve di nuovo il suo significato da un'altra norma. La qualificazione d'un fatto come esecuzione d'una sentenza capitale e non di un assassinio, non risulta da nessuna percezione sensibile, ma soltanto da un processo di pensiero: dal confronto del codice penale e di procedura penale. Che il su ricordato scambio di lettere, significhi conclusione di contratto, risulta esclusivamente e solo dal fatto che questo stato di cose cade sotto certe determinate posizioni del codice civile. Che un'adunanza di uomini sia un parlamento e che il risultato della loro attività sia una legge, con altre parole: che questi precedenti abbiano questo significato, vuol dire soltanto che tali fatti nella loro totalità, corrispondono a determinate disposizioni della costituzione; che il contenuto di un avvenimento effettivo coincida cioè col contenuto d'una norma presupposta qualsiasi.

6. – La conoscenza giuridica è ora rivolta a queste norme che danno o non danno a certi stati di fatto il carattere di atti giuridici, e che sono esse stesse

create da tali atti giuridici. Con ciò, bisogna osservare che la norma, come specifico contenuto di significato (*Sinngehalt*), è qualcosa di diverso dall'atto psichico col quale essa è voluta o presentata. Quando si parla di "produzione" di una norma, s'intende, con ciò, sempre processi dell'essere che portano la norma come contenuto di significato. La dottrina pura del diritto non è rivolta ad alcun processo spirituale o procedimento corporeo, in quanto cerca di conoscere le norme e di concepire giuridicamente una cosa qualsiasi. Concepire qualcosa giuridicamente, non può significare altro che concepire qualcosa come diritto. Colla tesi che soltanto le norme giuridiche possano essere oggetto di conoscenza giuridica, si cade in una tautologia. Poiché il diritto, l'unico oggetto della conoscenza giuridica, è norma. Ma norma è una categoria che non trova applicazione nel campo della natura. Quando atti naturali vengono qualificati come processi giuridici, ciò non significa altro che è loro attribuito un valore da norme il cui contenuto sta in una determinata corrispondenza coll'avvenimento effettivo. Quando il giudice stabilisce come dato un fatto concreto, ad esempio un delitto, egli rivolge anzitutto la sua conoscenza ad un essere naturale. La sua conoscenza diventerà però soltanto giuridica quando collegherà il fatto constatato colla legge che egli deve applicare, qualificandolo come "furto", "frode". E lo può qualificare come tale, solo quando il contenuto di questo fatto è specificamente riconosciuto come contenuto di una norma. (Con ciò bisogna osservare che l'attività del giudice non si esaurisce per nulla in un atto conoscitivo, questo è soltanto la preparazione d'un atto volitivo per mezzo del quale vien posta la norma individuale del giudizio).

7. – Considerando il diritto come norma e la scienza del diritto (che è una funzione diversa da quella degli organi che pongono ed applicano il diritto) come scienza limitata alla conoscenza di norme, si delimita il diritto di fronte alla natura, e la scienza giuridica, come scienza normativa, di fronte a tutte le altre scienze che cercano di spiegare i fenomeni naturali secondo la legge di causalità. Particolarmente lo si delimita anche di fronte ad una scienza la quale si propone d'indagare le cause e gli effetti di quei processi naturali che, determinati dal punto di vista delle norme giuridiche, si presentano come atti giuridici. Se si vuole qualificare tale ricerca come sociologia, o specialmente come sociologia giuridica, non vi è qui nulla da obiettare al riguardo, né è qui il luogo d'aggiungere altro circa la possibilità e il valore d'una simile ricerca. Questo soltanto dev'essere però qui stabilito, cioè che una tale conoscenza sociologico-giuridica non ha nulla a che fare con le norme giuridiche come specifici contenuti di significato, ma soltanto con certi processi che non hanno alcun riferimento al loro rapporto con una qualsiasi norma riconosciuta o presupposta come valida. Questa sociologia giuridica non pone in relazione

causale i fatti dell'essere, che deve studiare, con norme vevoli, ma bensì con altri fatti dell'essere. Essa chiede per es. per quale determinata causa un legislatore abbia promulgato proprio queste e non altre norme e quali effetti abbiano avuto le sue disposizioni. Essa chiede in quale modo dei fatti economici, delle manifestazioni religiose, influiscano effettivamente sull'attività dei tribunali, per quali motivi gli uomini conformino, o non il loro comportamento all'ordine giuridico. Il diritto, in tal modo, viene in questione solo come fatto dell'essere, come fatto nella coscienza degli uomini che pongono, che eseguono o che ledono le norme giuridiche. Non è quindi veramente il diritto stesso che costituisce l'oggetto di questa conoscenza, ma soltanto certi fenomeni paralleli della natura, così come il fisiologo, che cerca i processi fisici e chimici sotto le cui condizioni o colla cui coincidenza si manifestano determinate sensazioni, non comprende le sensazioni stesse, le quali, come fenomeni psicologici, non possono essere comprese chimicamente e fisiologicamente. La dottrina pura del diritto, come specifica scienza giuridica, non rivolge la sua attenzione alle norme giuridiche considerate come fatti di coscienza né alla volizione o alla rappresentazione di queste, ma si rivolge bensì alle norme giuridiche intese come contenuti di significato voluti o presentati. Ed essa comprende qualsiasi fatto solo in quanto questo è contenuto di norme giuridiche, è cioè determinato da tali norme. Il problema della dottrina pura del diritto è quindi la specifica, la particolare legalità d'una sfera di significato (*die spezifische Eigengesetzlichkeit einer Sinnsphäre*).

II.

8. – La dottrina pura del diritto, col delimitare il diritto di fronte alla natura, cerca pure il termine di distinzione della natura dallo spirito. La scienza del diritto è una scienza dello spirito, non una scienza della natura. Si può quindi discutere se l'opposizione di natura e spirito coincida con quella di realtà e valore, di essere e dovere, di legge causale e norma, o se il regno dello spirito sia più vasto di quello del valore, ossia del dovere e della norma. Ma non si potrà negare che il diritto, come norma, sia una realtà spirituale e non naturale. E con ciò si presenta qui il problema di distinguere il diritto, non solo di fronte alla natura, ma anche di fronte agli altri fenomeni dello spirito, e specialmente di fronte alle norme d'altro genere. Qui si tratta anzitutto di sciogliere il diritto da quel legame per cui è sempre stato unito alla morale. E con ciò naturalmente non si vuole certo mettere in dubbio l'esigenza che il diritto debba essere morale, cioè debba essere buono. Quest'esigenza è di per sé comprensibile. Ciò che si respinge è però esclusivamente la concezione del di-