



# Analisi e diritto

1/2019

[riviste.edizioniets.com/aed](http://riviste.edizioniets.com/aed)

## *Direzione esecutiva*

Paolo Comanducci  
Riccardo Guastini

## *Redazione*

Giovanni Battista Ratti (*redattore capo*)  
Diego Dei Vecchi, Andrej Kristan, Luca Malagoli, Julieta Rábanos,  
Natalia Scavuzzo, Adriano Zambon.

## *Comitato scientifico*

Claudio Agüero, Sebastián Agüero, Robert Alexy, Federico Arena,  
María Beatriz Arriagada, Manuel Atienza, Humberto Ávila, Mauro Barberis,  
Juan Carlos Bayón, Hernán Bouvier, Michelangelo Bovero, Pierre Brunet,  
Eugenio Bulygin, Luka Burazin, Alejandro Calzetta, Damiano Canale,  
Ricardo Caracciolo, Flavia Carbonell, Bruno Celano, Jorge Cerdio,  
Véronique Champeil-Desplats, Rodrigo Coloma, Giovanni Damele,  
David Duarte, Pierluigi Chiassoni, Enrico Diciotti, Andrea Dolcetti,  
Timothy Endicott, Rafael Escudero, Luigi Ferrajoli, Jordi Ferrer, Paula Gaido,  
Marina Gascón, Gianmarco Gometz, Daniel González Lagier, Andrea Greppi,  
Giulio Itzcovich, Arnaud Le Pillouer, Francisco Laporta, Brian Leiter,  
Isabel Lifante, Pau Luque, Claudio Luzzati, Giorgio Maniaci, José Luis Martí,  
Tecla Mazzarese, Daniel Mendonca, Eric Millard, Diego Moreno,  
José Juan Moreso, Nicola Muffato, Pablo Navarro, Álvaro Núñez,  
Claudina Orunesu, Diego Papayannis, Stanley Paulson, Valentina Pazé,  
Giorgio Pino, Anna Pintore, Francesca Poggi, Susanna Pozzolo, Luis Prieto,  
Alberto Puppo, M. Cristina Redondo, Ángeles Ródenas, Jorge Rodríguez,  
Michel Rosenfeld, Corrado Roversi, Juan Ruiz Manero, Alfonso Ruiz Miguel,  
Alessio Sardo, José María Sauca, Frederick Schauer, Aldo Schiavello,  
Adrian Sgarbi, Germán Sucar, Michel Troper, Giovanni Tuzet,  
Rodolfo Vázquez, Vito Velluzzi, José María Vilajosana, Vittorio Villa.

## *Contatti*

[analisiediritto@istitutotarello.org](mailto:analisiediritto@istitutotarello.org)

## *Realizzazione editoriale*

Edizioni ETS - Pisa  
[www.edizioniets.com](http://www.edizioniets.com)

# Analisi e diritto

1/2019



Edizioni ETS

Registrazione presso il Tribunale di Pisa n. 5/2019

*Direttore responsabile*

Riccardo Guastini

Periodico semestrale. I contributi pubblicati sono sottoposti, in forma anonima, alla revisione di almeno due lettori anonimi.

*Six-monthly journal. Published articles undergo double-blind peer-review.*

*Analisi e diritto* è pubblicata con il contributo dei fondi per la ricerca delle seguenti istituzioni:

Università degli Studi di Genova

Càtedra de Cultura Jurídica de la Universitat de Girona

Università degli Studi di Milano

Université Paris Nanterre

Abbonamenti, comprese spese di spedizione / *Subscription (incl. shipping charges)*

*print, individual:* Italy € 60,00 / Abroad € 70,00

*print, institutional:* Italy € 80,00 / Abroad € 90,00

*PDF\*:* individual € 50,00 / institutional € 60,00

\* Sconti / *Discounts:* Latin America -35%; Africa -50%.

© Copyright 2018

Edizioni ETS

Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

*Distribuzione*

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

*Promozione*

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884675583-4

ISSN 1126-5779

# Indice

## Riconoscimento e autorizzazione

- R. Guastini  
*Riconoscimento* (Recognition) 9
- S.L. Paulson  
Empowerment: *Hans Kelsen e la teoria radicale delle norme giuridiche*  
(Empowerment: Hans Kelsen and the Radical Theory of Legal Norms) 21

## Justificación jurídica, permisos y discreción judicial

- J.L. Rodríguez  
*Dos observaciones sobre la justificación jurídica*  
(Two Remarks on Legal Justification) 69
- P.E. Navarro  
*Tipos de permisos y discreción judicial. Un análisis de la controversia entre Bulygin y Ruiz Manero* (Varieties of Permission and Judicial Discretion. An Analysis of the Bulygin-Ruiz Manero Debate) 89

## Saggi

- G. Maniaci  
*Contra Raz su autorità, autonomia e razionalità*  
(Against Raz on Authority, Autonomy, and Rationality) 115
- M. Ubertone  
*La deferenza semantica nel processo* (The Semantic Deference in Trial) 139
- P. Chiassoni  
*La bilancia inesistente* (The Nonexistent Scale) 165



# **Riconoscimento e autorizzazione**



## *Empowerment:*

# Hans Kelsen e la teoria radicale delle norme giuridiche

Stanley L. Paulson \*

### **Sommario**

Uno dei principali obiettivi che Hans Kelsen si prefigge nel suo primo trattato maggiore – gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) – è quello di determinare la “forma linguistica *ideale*” della norma giuridica. Nella prima delle sezioni che seguono, offrirò una presentazione della dottrina della *Stufenbau*, seguita da una breve analisi dell’introduzione da parte di Kelsen delle norme costituzionali. Nella seconda sezione, invece, ritornerò sull’argomento cardine della metà degli anni Trenta, quando Kelsen ridisegna la norma sanzionatoria dandole la forma di una norma autorizzatrice. Nella terza sezione del presente lavoro, mi occuperò di uno dei fattori che spinsero Kelsen, durante gli anni Cinquanta, a considerare alcuni dettagli della teoria delle norme con maggiore attenzione rispetto al passato e lo portarono a sviluppare, accanto alle norme autorizzatrici, un sistema di norme deontiche. Un fattore importante a tal proposito è l’influenza su Kelsen del filosofo e logico Georg Henrik von Wright. Infine, nella quarta sezione, offrirò un’anticipazione – senza però approntare un’analisi completa – sui successivi sviluppi della teoria della norma nei lavori di Kelsen degli anni Cinquanta. Kelsen talvolta si riferisce alla norma sanzionatoria, rivolta ai funzionari, chiamandola “norma primaria”. All’opposto, l’imperativo, rivolto al soggetto giuridico, è la cosiddetta “norma secondaria”. La norma secondaria è “superflua”, poiché può essere ricondotta a

---

\* Stanley L. Paulson, Professore Emerito della Washington University in St. Luis e membro del Hermann Kantorowicz Institute, Faculty of Law, University of Kiel. Juristisches Seminar, Leibniz Straße 6, D-24118, Kiel, Germany, [spaulson@law.uni-kiel.de](mailto:spaulson@law.uni-kiel.de). Vorrei esprimere i miei più sentiti ringraziamenti verso i colleghi di Genova, per il loro generoso interesse e per l’attenzione e le critiche – sempre benvenute – che hanno rivolto al mio lavoro, in un lasso di tempo considerevole. Mi riferisco, in particolare, a Pierluigi Chiassoni, Riccardo Guastini, Giovanni Battista Ratti e Maria Cristina Redondo. Uno speciale ringraziamento va anche a Hubert Rottleuthner (Berlino, ora Francoforte) per le sue osservazioni preziose a una versione precedente del presente lavoro. Bonnie Litschewski Paulson mi ha offerto, come sempre, il suo accorto e appassionato consiglio. Vorrei inoltre esprimere la mia gratitudine nei confronti di Robert Alexy, per la sua gentile ospitalità e per moltissime belle conversazioni. Sono in debito con Alessio Sardo (Heidelberg e Milano) e Nicola Muffato (Trieste) per la loro iniziativa di tradurre il presente articolo in italiano.

– e può essere riformulata nei termini della – norma primaria. Più in generale, il mio obiettivo è raggiungere una rappresentazione abbastanza completa degli sviluppi della teoria della norma di Kelsen, che arriva fino a – e che include – la sua ragguardevole innovazione della fine degli anni Trenta, verso la metà del suo periodo classico.

**Parole chiave:** Positivismo giuridico. Kelsen. Teoria delle norme. Autorizzazione. Norma primaria/norma secondaria.

### *Abstract*

One of the main tasks that Hans Kelsen sets for himself in his first major treatise, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), is to determine the “*ideal* linguistic form” of the legal norm. In the first of the sections that follow, I offer a statement of the *Stufenbau* doctrine, followed by a brief examination of Kelsen’s introduction of constitutional norms. In section 2, I turn to the pivotal development of the mid-1930s, Kelsen’s introduction of the sanction-norm as an empowering norm. I turn, in section 3, to one of the factors that led Kelsen, in the 1950s, to take some details of norm theory more seriously than he had in the past, leading to his development of a system of deontic norms alongside the empowering norms. In this connection a telling factor is the influence on Kelsen stemming from the philosopher and logician Georg Henrik von Wright. Finally, in section 4, I anticipate – without offering a full statement – further developments in Kelsen’s work on norm theory during the 1950s. Kelsen sometimes refers to the sanction-norm, addressed to the legal official, as the primary norm. By contrast, the imperative, addressed to the legal subject, is the so-called secondary norm. The secondary norm is “superfluous”, for it is traceable back to, and can be restated in terms of, the primary norm. More generally, my effort is to arrive at a fairly full statement of the developments in Kelsen’s norm theory up to and including this remarkable innovation of the late 1930s, coming at the midpoint of his classical period.

**Keywords:** Legal Positivism. Kelsen. Norm Theory. Empowerment. Primary Norm/Secondary Norm.

## **0. Introduzione: la «forma linguistica ideale» e il diritto oggettivo**

Uno dei principali obiettivi che Hans Kelsen si prefigge nel suo primo trattato maggiore – gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) – è quello di determinare la “forma linguistica *ideale*” della norma giuridica:

La questione relativa al se una norma giuridica debba essere intesa come un imperativo o come un giudizio ipotetico, è la questione della forma linguistica *ideale* della norma giuridica, o, più precisamente, la questione dell'essenza del diritto oggettivo. La terminologia pratica effettivamente impiegata nei sistemi giuridici concreti è irrilevante per la risoluzione del problema. La norma giuridica [nella sua forma ideale] dev'essere costruita a partire dal contenuto delle leggi e le componenti necessarie per tale costruzione spesso non si trovano tutte in uno stesso testo di legge, ma devono essere assemblate da diversi [testi di legge]<sup>1</sup>.

In effetti, in quest'affermazione programmatica, Kelsen fa riferimento a ben tre temi diversi: accanto alla forma linguistica ideale della norma giuridica, vi sono anche il diritto oggettivo e la dottrina dell'individuazione. Certo, nel testo citato, Kelsen non si riferisce al terzo di questi temi in maniera esplicita, chiamandolo per nome, ma la nozione di individuazione emerge chiaramente nell'ultimo enunciato, in cui si afferma che le componenti necessarie per la costruzione di una norma giuridica nella sua forma ideale potrebbero richiedere di prendere in considerazione più di un testo di legge. Affronterò il tema nella sezione 4 di questo saggio, dove presenterò la "norma giuridica completa"<sup>2</sup> di Adolf Julius Merkl come l'esempio più illuminante di ciò che s'intendeva per individuazione nella Scuola Viennese di teoria del diritto.

Per il momento, concentrerò la mia attenzione sui primi due aspetti. Un intimo legame li unisce: in Kelsen, le restrizioni imposte dal diritto oggettivo determinano la – o, più precisamente, dettano i termini della – costruzione della norma giuridica nella sua forma linguistica ideale. Finalmente, un quarto di secolo dopo la pubblicazione degli *Hauptprobleme*, Kelsen giunge al tipo di costruzione che il diritto oggettivo richiede: l'*autorizzazione [empowerment]*, intesa come modalità fondamentale della norma giuridica. Questo straordinario sviluppo segue un lungo tira e molla negli sforzi che Kelsen compie per ricostruire la norma giuridica in modo conforme alla sua concezione del diritto oggettivo. Gli argomenti che Kelsen sviluppa contro la teoria imperativista del diritto sono completati da quelli che potremmo chiamare, usando un'espressione di Heinrich Dernburg, i suoi argomenti contro il diritto "in senso soggettivo". Infatti, gli argomenti di Kelsen contro la teoria imperativista si applicano anche alla nozione di diritto in senso soggettivo: la nozione di imperativo è il fulcro nel *corpus* del diritto conosciuto da Dernburg e dagli altri esponenti della *Pandektistik* come "*subjektive Rechte*". È possibile trovare un argomento insolitamente diretto di Kelsen nella sua replica a Dernburg. La replica di Kelsen ha il

<sup>1</sup> Kelsen 1911: 237, ora anche in Kelsen 2008: 353 (in corsivo nella versione originale). Nella citazione, Kelsen ricorre a entrambe le espressioni, "imperativo" e "giudizio ipotetico", per riferirsi a *norme* di forma distinta. Poiché negli scritti di Kelsen "giudizio ipotetico" è spesso malinteso, esaminerò la questione in maniera più estesa alla nota 7.

<sup>2</sup> Si confronti il testo alla nota 134.

merito di gettar luce su ciò che egli stesso intende per diritto oggettivo. Comincerò con Dernburg, che scrive:

Dal punto di vista storico, i diritti in senso soggettivo erano esistiti per un tempo molto lungo prima dello sviluppo di un ordinamento politico consapevole. Si fondavano sulla personalità degli individui, e sul rispetto che tali individui erano capaci, in primo luogo, di ottenere per loro stessi e per la loro proprietà, e, in secondo luogo, di far valere. Solo mediante astrazione, la contemplazione dei diritti oggettivi esistenti condusse gradatamente al concetto di sistema giuridico. È dunque antistorico e scorretto considerare i diritti, intesi in senso soggettivo, come null'altro che emanazioni del diritto in senso oggettivo. Il sistema giuridico garantisce e dà forma ai diritti in senso soggettivo, ma non ne è il creatore<sup>3</sup>.

Kelsen replica:

Quando la teoria generale del diritto afferma che il suo oggetto d'indagine, il diritto, si manifesta non solo in un senso oggettivo, ma anche in un senso soggettivo, istituisce nella sua stessa fondazione una fondamentale contraddizione: il dualismo del diritto oggettivo e del diritto soggettivo. Questo perché la teoria generale del diritto, così facendo, afferma che il diritto – inteso in senso oggettivo – è una norma, un insieme di norme, un sistema, e, al contempo, afferma altresì che il diritto – inteso in senso soggettivo – è interesse o volontà, qualcosa di totalmente eterogeneo dal diritto oggettivo, e, quindi, impossibile da sussumere sotto un concetto generale comune a entrambi. Questa contraddizione non si può rimuovere nemmeno postulando una connessione tra diritto oggettivo e diritto soggettivo. [...] In linea con la sua funzione originaria, il dualismo del diritto oggettivo e del diritto soggettivo esprime l'idea che il secondo preceda il primo sia dal punto di vista logico, sia dal punto di vista temporale<sup>4</sup>.

In breve, Kelsen scrive che «il diritto – inteso in senso oggettivo – è una norma, un complesso di norme, un sistema». Lo schema dualistico di Dernburg, con un *corpus* di diritto inteso come insieme di “diritti intesi in senso soggettivo”, che esiste a prescindere dal diritto oggettivo, fa a pugno con il diritto oggettivo, e non può dunque essere ammesso.

Lo scambio fra Kelsen e Dernburg apparve inizialmente nella prima edizione della *Reine Rechtslehre* di Kelsen, pubblicata nel 1934<sup>5</sup>. Molto tempo prima, negli *Hauptprobleme* del 1911, Kelsen aveva preso di mira la ben nota teoria imperativista sviluppata da Karl Binding (1841-1920) per il diritto penale<sup>6</sup>. Il modello di Binding

<sup>3</sup> Dernburg 1911, § 33: 65 citato in Kelsen 1934 § 19: 41 e in Kelsen 1960a, § 29 (a): 135.

<sup>4</sup> Kelsen 1934 § 19: 41; Kelsen 1960a § 29(a): 135.

<sup>5</sup> Per altre citazioni di Dernburg, cfr. Kelsen 1931: 488, 510, ora anche in Kelsen 1967: 105, 125.

<sup>6</sup> Si veda Binding 1871-1922. La teoria imperativa di Binding è talvolta descritta come una specie

comprende due tipi di norme: la norma sanzionatoria formulata ipoteticamente, diretta ai pubblici ufficiali, e l'imperativo, una norma che impone obblighi, diretta al soggetto giuridico. Il primo tipo di norma di Binding è praticamente identico alla norma sanzionatoria dello stesso Kelsen, così come ci viene presentata negli *Hauptprobleme*. Non a caso Kelsen sostiene quanto segue in un passo che vuole riassumere la posizione di Binding:

È risaputo che il nucleo della teoria di Binding risiede nella distinzione fra la norma di diritto penale (*Strafrechtssatz*) e quella che Binding denomina, per opposizione, la "norma" [senza ulteriori qualificazioni]. La norma di diritto penale di Binding ha proprio la stessa forma che, secondo la prospettiva che ho qui presentato, è essenziale per la norma [sanzionatoria]; è un giudizio ipotetico intorno [...] alla volontà dello stato, infatti – considerato che Binding si focalizza solo sul diritto penale – la volontà dello stato è [...] quella di punire. Ad ogni modo, Binding crede che, accanto a questa norma [sanzionatoria] del diritto penale, si debba assumere una seconda norma giuridica. Essa è "l'imperativo" o il "tu devi...", che richiede al soggetto di comportarsi secondo il diritto; Binding la chiama [semplicemente] la "norma"<sup>7</sup>.

di positivismo legalistico. Come scrive Binding: «Colui che comincia la ricerca dell'illegalità (*Rechtswidrigkeit*) oltre la prescrizione e il comando incontra la nebbia più fitta e impenetrabile». Binding 1914, 161. Una formulazione abbastanza compiuta della teoria imperativista si trova nel primo volume del trattato di Binding, a cui si limita la discussione di Kelsen. Sulla teoria delle norme di Binding, si rinvia a Kaufmann 1954, e sulla teoria delle norme di Kaufmann, si veda Hoyer 1997.

<sup>7</sup> Kelsen 1911: 270-1 (segni di citazione e omissis nell'originale), in Kelsen 2008: 390, citato da Binding 1980 § 1: 7. L'espressione "giudizio ipotetico" (*hypothetisches Urteil*) di Kelsen, che compare frequentemente negli *Hauptprobleme* e che si trova qui nella citazione, ha prodotto una certa confusione in letteratura, come se i giudizi e le proposizioni dei primi lavori di Kelsen fossero enunciati che vertono su norme. Invece, il "giudizio ipotetico" degli *Hauptprobleme* è una delle espressioni che Kelsen impiega per designare le *norme stesse*. Nei primi scritti, l'espressione serve a identificare la forma della norma giuridica. Perciò Kelsen scrive: «lo scopo [del diritto penale], vale a dire la prevenzione, può essere ottenuto solo [...] dal Sistema giuridico attraverso la minaccia di un certo svantaggio prodotto dalla norma ricostruita come un giudizio ipotetico e non attraverso la "norma" formulata come un nudo imperativo». (Kelsen 1911: 283, segni di citazione nell'originale); Si vedano anche le pagine 213, 225, 228, 230, 234, 237, 251, 254, 255, 256-64, 268, 270, 331 nota 1, 349, 378, 379, 385, 395, 416, 424, 434, 465, 497, 514, 525, che corrispondono a Kelsen 2008: 404, 326, 340, 342, 345, 346, 350, 353, 369, 372, 373, 374-83, 388, 457 nota 1, 476, 511, 513, 518, 529, 553, 562, 573-4, 608, 644, 662, 674. Va concesso che l'idea secondo cui il "giudizio ipotetico" designa semplicemente la forma della norma giuridica non incontrava favore in tutti i circoli della scienza giuridica *fin de siècle*. Si vedano, a titolo d'esempio, Ernst Zitelmann 1879: 222 ss., e l'importante commento in Thon 1906: 5-11. Nel testo di Kelsen, la distinzione fra norme giuridiche e proposizioni normative (vale a dire, proposizioni *che vertono su norme*) è uno sviluppo degli anni '40 del Novecento. Egli ha introdotto per la prima volta le proposizioni normative (*Rechtssätze*) in questo senso tecnico in Kelsen 1941: 44-70, ristampato (con omissioni) in Kelsen 1957: 266-87, 390 (note); le proposizioni normative sono state altresì oggetto di attenzione in Kelsen 1945: 45 ss., sebbene sotto il nome di "rules of law", una traduzione inadeguata. (I direttori dell'Istituto Hans Kelsen mi hanno informato, non molto tempo fa, del fatto che il manoscritto tedesco della *General Theory*, che per lungo tempo si è considerato perduto, è stato finalmente ritrovato; sarà pubblicato a tempo debito). Le proposizioni normative emergono, etichettate correttamente, nella revisione francese

Nel confrontarsi con il secondo tipo di norma di Binding, l'imperativo, Kelsen adduce una pluralità di argomenti, incluso un argomento affatto curioso, che concerne, per metterla nei termini dello stesso Kelsen, un uso metaforico illegittimo del linguaggio<sup>8</sup>. Binding usa un linguaggio familiare per rendere l'idea del mancato adempimento di un imperativo, ricorrendo a espressioni come "si viola la norma", "si infrange il diritto", "si trasgredisce una norma", e così via. Per spiegare l'ultima di queste espressioni, Binding scrive che «è solo una norma che prescrive la regola per il comportamento di un soggetto a poter essere trasgredita (übertreten) dal delinquente»<sup>9</sup>. Kelsen sostiene che l'uso metaforico di un'espressione il cui uso letterale non ha, a suo avviso, applicazione giuridica è, in tale contesto, *illegittima*. L'uso letterale dell'espressione "trasgredire" sarebbe rivolto a un limite, e trasgredire un limite significa eccederlo. Quest'uso letterale, secondo Kelsen, non ha rilevanza giuridica. Quindi, così conclude, l'uso metaforico di "trasgredire" in un contesto giuridico è parassitario rispetto all'uso letterale, non giuridico, ed è, quindi, illegittimo.

Kelsen applica lo stesso ragionamento all'espressione *verletzen*, che significa "ledere" o "violare". Nel suo uso letterale, "ledere" o "violare" denota un'azione diretta a un corpo (*Körper*)<sup>10</sup>, e quest'uso, secondo Kelsen, non ha applicazione giuridica. Anche in questo caso, l'uso metaforico dell'espressione in un contesto giuridico è parassitario rispetto all'uso letterale, non giuridico, ed è perciò illegittimo. Il modo in cui Kelsen sintetizza la sua posizione riflette gli argomenti che riguardano l'uso metaforico illegittimo del linguaggio: la norma "Non devi rubare!" non è "violata" da un ladro in misura maggiore rispetto alla norma "Se rubi, lo stato ti punirà"<sup>11</sup>.

Non serve quasi aggiungere che questa prospettiva è fortemente contro-intuitiva. Per quale ragione Kelsen dovrebbe dunque difenderla? La spiegazione – così come illustrata nella sua replica a Dernburg – è radicata nella sua preoccupazione primaria di isolare il diritto oggettivo da ogni incursione da parte del diritto in senso soggettivo. La sua avversione nei confronti di quest'ultimo è pressoché sconfinata e i suoi argomenti concernenti l'illegittimità – i quali non consistono in altro che stipulazioni –<sup>12</sup> sono ideati proprio per minare la possibilità stessa di usare questo linguaggio associato con l'imperativo. Tale linguaggio, ad avviso di Kelsen, è intriso di connotazioni morali.

---

di Kelsen 1934, vale a dire Kelsen 1953), dove, a pagina 51, Kelsen distingue "*les norms juridiques*" (*Rechtsnormen*), create dal Sistema giuridico, da *les propositions* (*Rechtssätze*) che derivano dalla scienza giuridica e che descrivono queste norme (espressioni in tedesco nella traduzione francese). Si veda Kelsen 1960a § 16: 73-7, che è la più completa elaborazione delle proposizioni normative offerta da Kelsen nel periodo classico. Si veda anche la ricognizione generale in Dreier 1986: 196-203.

<sup>8</sup> Si veda Binding 1980 §§ 1-6: 3-45.

<sup>9</sup> Binding 1980 § 1: 7, citato in Kelsen 1911: 273, e in Kelsen 2008: 393.

<sup>10</sup> Kelsen 1911: 273, in Kelsen 1980: 393.

<sup>11</sup> Kelsen 1911: 273, in Kelsen 1980: 393. Kelsen impiega, in buona sostanza, lo stesso argomento mezzo secolo dopo; si confronti Kelsen 1960a § 27(b): 119.

<sup>12</sup> Sono in debito con Marcin Matczak (Varsavia) per un'utile discussione su questo punto.

Allo stesso modo, Kelsen lotta contro il concetto di obbligo. La questione più fondamentale può essere spiegata in maniera abbastanza semplice. Cominciamo con una supposizione caritatevole: supponiamo che Kelsen, nell'ambito della scienza giuridica, riesca a eliminare la teoria imperativista del diritto e, con essa, il concetto di obbligo inteso *come rivolto al soggetto giuridico*. Infatti, questo è l'obiettivo della tesi di Kelsen secondo cui la norma sanzionatoria sarebbe l'unico tipo di norma giuridica. La norma sanzionatoria è rivolta ai pubblici ufficiali, non ai soggetti del diritto. Tuttavia, anche accettando questa supposizione caritatevole, i problemi in cui Kelsen incorre su questo fronte sono ben lunghi dall'essere risolti, perché dalla nostra supposizione non segue certo che Kelsen sia riuscito a eliminare il concetto di obbligo *inteso come diretto ai pubblici ufficiali*. Il problema è serio: la norma sanzionatoria è proprio lo strumento che Kelsen introduce per eliminare il soggetto di diritto e, al contempo, l'obbligo del soggetto di diritto. Tuttavia, è precisamente questo strumento a presupporre che il funzionario, in condizioni normali, sia obbligato a imporre la sanzione<sup>13</sup>. Quindi, lungi dall'essere "espulso" dalla scienza giuridica, l'obbligo viene ad occupare una posizione centrale nella norma sanzionatoria diretta al pubblico funzionario.

Che fare? Il problema persiste nella teoria della norma di Kelsen sino alla metà degli anni Trenta. A quel punto, come notavo prima, egli giunge alla risoluzione del problema – una soluzione che presenta un grande interesse concettuale: l'autorizzazione viene intesa come modalità normativa fondamentale, e l'obbligo diviene un concetto derivato, che può essere ricavato da coppie di norme autorizzatrici. Ciò equivale a dire che, nella teoria del diritto di Kelsen, l'obbligo è ora emancipato da tutto ciò che Kelsen considerava come connotazioni morali del concetto, connotazioni che lo avevano tenuto occupato fin dall'inizio<sup>14</sup>. La priorità dell'autorizzazione è un riflesso di come la teoria del diritto di Kelsen sia guidata dalla sua fedeltà al concetto di diritto oggettivo.

Tuttavia, saltare direttamente alla soluzione di Kelsen della metà degli anni Trenta ci condurrebbe a trascurare significativi sviluppi della sua teoria. L'autorizzazione, così come introdotta da Kelsen intorno alla metà degli anni Trenta – nel contesto della norma sanzionatoria – presuppone la dottrina della *Stufenbau*, ossia, della costruzione gerarchica del sistema giuridico. Dalla *Stufenbau* deriva anche

<sup>13</sup> La ricezione dei primi lavori di Kelsen sulla teoria delle norme nei circoli anglofoni è dovuta in larga misura a H.L.A. Hart. Hart interpreta il pubblico ufficiale di Kelsen come un soggetto sotto l'obbligo di (*directed*) imporre sanzioni quando le condizioni stabilite dalla norma sanzionatoria ipoteticamente formulata sono soddisfatte, e questa è una lettura accurata di Kelsen fino al suo cambio radicale della metà degli anni '30 del Novecento verso l'autorizzazione. Per il punto di vista di Hart, si veda almeno Hart 1961: 36.

<sup>14</sup> Dal punto di vista di Kelsen, Joseph Raz e Carlos Santiago Nino cadono in trappola: essi ritengono che l'obbligo nella teoria di Kelsen abbia inevitabilmente un carattere morale. Per una sintesi dei loro argomenti, con repliche, mi permetto di rinviare a Paulson 2012.

la sua precedente introduzione delle norme costituzionali come norme autorizzatrici. È risaputo che Kelsen riprese interamente la dottrina della *Stufenbau* di Adolf Julius Merkl, negli scritti della metà degli anni Venti<sup>15</sup>, e che questa dottrina rimase un punto focale primario nei lavori di Kelsen addirittura sino alla fine del periodo classico, o neo-kantiano, negli anni Sessanta del Novecento<sup>16</sup>. Tuttavia, non è altrettanto noto il fatto che la *Stufenbau*, o struttura gerarchica del sistema giuridico, operi come catalizzatore per l'introduzione, da parte di Kelsen, delle norme autorizzatrici – in primo luogo, le norme costituzionali, e, in seguito, la norma sanzionatoria, che subisce la trasformazione menzionata sopra intorno alla metà degli anni Trenta.

Inoltre, dall'idea che la *Stufenbau* funzioni come catalizzatore è possibile ricavare una lezione di carattere generale che ha un valore inestimabile: Alfred Verdross, collega di Kelsen, fu il primo nella Scuola Viennese di teoria del diritto a richiamare l'attenzione su questa lezione, vale a dire *l'idea che sia il sistema giuridico a determinare la struttura della norma giuridica*<sup>17</sup>. Nella Scuola di Vienna, la dottrina della *Stufenbau* è il sistema giuridico, e opera come catalizzatore per l'autorizzazione.

Si potrebbe dire che l'introduzione delle norme costituzionali come *norme autorizzatrici* sia una mossa alquanto ovvia, e infatti Kelsen non sembra attribuirvi un gran peso. Nel suo più importante contributo sulle norme costituzionali, l'enfasi è posta altrove: egli dedica l'articolo in questione non già alla teoria delle norme, ma agli argomenti a favore del controllo di costituzionalità<sup>18</sup>. Tuttavia, l'introduzione delle norme costituzionali come norme autorizzatrici, operata da Kelsen, prendendo spunto dalla dottrina della *Stufenbau*, è significativa, perché rappresenta lo sviluppo iniziale della storia avrà come epilogo l'argomento secondo cui la norma sanzionatoria andrebbe propriamente intesa come una norma autorizzatrice, con l'obbligo inteso come concetto derivato.

Nella prima delle sezioni che seguono, offrirò una presentazione della dottrina della *Stufenbau*, seguita da una breve analisi dell'introduzione da parte di Kelsen delle norme costituzionali. Nella seconda sezione, invece, ritornerò sull'argomento cardine della metà degli anni Trenta, quando Kelsen ridisegna la norma sanzionatoria dandole la forma di una norma autorizzatrice. Nella terza sezione del presente lavoro, mi occuperò di uno dei fattori che spinsero Kelsen, durante gli anni Cinquanta, a considerare alcuni dettagli della teoria delle norme con maggiore attenzione rispetto al passato e lo portarono a sviluppare, accanto alle norme autorizzatrici, un

<sup>15</sup> Kelsen 1923/4: 374-408, ora anche in Klecatsky *et al* 1968: 1625-60; Kelsen 1925: 229-55.

<sup>16</sup> Mi permetto di rinviare ai riferimenti di nota 26.

<sup>17</sup> Verdross 1930: 421-3, ora anche in Klecatsky *et al* 1968: 1303. Per una difesa più recente, si veda Navarro 2015: 4.

<sup>18</sup> Cfr. Kelsen 1929: 30-88, ora anche in Klecatsky *et al* 1968: 1813-71. È disponibile un'edizione inglese del testo sotto dal titolo *Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication*, tradotta da Lars Vinx, 2015: 22-79.

sistema di norme deontiche. Un fattore importante a tal proposito è l'influenza su Kelsen del filosofo e logico Georg Henrik von Wright.

Infine, nella quarta sezione, offrirò un'anticipazione – senza però approntare un'analisi completa – sui successivi sviluppi della teoria della norma nei lavori di Kelsen degli anni Cinquanta. Kelsen talvolta si riferisce alla norma sanzionatoria, rivolta ai funzionari, chiamandola “norma primaria”. All'opposto, l'imperativo, rivolto al soggetto giuridico, è la cosiddetta “norma secondaria”. La norma secondaria è “superflua”, poiché può essere ricondotta a – e può essere riformulata nei termini della – norma primaria. Il lessico della superfluità si presenta negli *Hauptprobleme*<sup>19</sup> e Kelsen lo ripropone molto dopo, sia nella *General Theory of Law and State* (1945)<sup>20</sup> sia nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960)<sup>21</sup>. L'accusa di superfluità che Kelsen rivolge alla norma secondaria, l'imperativo, suggerisce che egli consideri – almeno sino alla fine del suo periodo classico, nel 1960 – la norma sanzionatoria ipoteticamente formulata come l'unico tipo di norma giuridica. Eppure, il carattere e la portata della teoria della norma di Kelsen, così come prende forma nel corso degli anni Cinquanta – raggiungendo l'apice nella trattazione offerta nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960)<sup>22</sup> – si dimostra un po' più complicata rispetto a quanto potrebbe suggerire la semplice obiezione di superfluità.

Questa complicazione è generata da due diversi sviluppi. Da un lato, la presenza dell'autorizzazione nella *Reine Rechtslehre* (1960) è evidente per chiunque la cerchi<sup>23</sup>; e il meccanismo della norma sanzionatoria intesa come norma primaria, con l'autorizzazione come sua modalità, è ben saldo. Dall'altro lato, proprio a questo punto del lavoro di Kelsen, la norma sanzionatoria, apparentemente, si spartisce le luci della ribalta con una teoria delle norme deontiche abbastanza ben sviluppata. Questi sviluppi corrispondono a due capitoli totalmente separati della colossale produzione di Kelsen?<sup>24</sup> O, piuttosto, sono complementari, con l'autorizzazione come nozione fondamentale e l'obbligo come categoria derivata? Considerata la difesa del

<sup>19</sup> Si veda Kelsen 1911: 234, 287, ora anche in Kelsen 1987: 350, 408.

<sup>20</sup> See Kelsen 1945: 61.

<sup>21</sup> See Kelsen 1960a § 6(e): 56.

<sup>22</sup> Nel presente articolo non dirò nulla intorno alla posizione scettica adottata da Kelsen durante il cosiddetto *Spätperiode*, che va dal 1960 al 1971. Nell'ultimo periodo, egli sviluppa una teoria del diritto radicalmente diversa, che potremmo denominare “empirismo giuridico”. Le questioni che questa teoria del diritto solleva devono essere considerate separatamente. (Dovrei spiegare perché la mia datazione dell'ultimo periodo indica che questo si conclude nel 1971. Come mia moglie Bonnie e io abbiamo appreso dalle nostre visite alla figlia minore di Kelsen, Maria Feder, a Kensington, California, Kelsen non era impegnato in attività di ricerca o scrittura durante gli ultimi 18 mesi della sua vita. Egli morì il 19 aprile 1973). Ho ricostruito i passi che conducono al cosiddetto “ultimo periodo” in Paulson 2017: 860-94.

<sup>23</sup> Si confronti Kelsen 1960a, Cap. IV, §§ 27-33.

<sup>24</sup> Uso il termine “colossale” in modo ponderato: Matthias Jestaedt, editore capo degli *Hans Kelsen Werke*, stima che gli scritti pubblicati di Kelsen raggiungano all'incirca le 17,500 pagine.

diritto oggettivo condotta da Kelsen fin dal principio, non dovrebbe sorprendere il fatto che la complementarità sia l'attributo che caratterizza meglio la sua visione.

In questo contesto, l'individuazione, così come intesa da Kelsen, è la chiave per l'irreggimentazione di due tipi di norme distinte, che include le norme deontiche. In particolare, la relazione tra due specie di norme autorizzatrici – norme sulla produzione normativa [*norms of issuance*] e norme sanzionatorie – è di primario interesse. Le norme sulla produzione normativa rientrano nell'ambito di quelle che Kelsen denomina norme giuridiche dipendenti (*unselbständige Rechtsnormen*), mentre le norme sanzionatorie equivalgono a norme giuridiche indipendenti (*selbständige Rechtsnormen*). Inoltre, le norme giuridiche complete (*vollständige Rechtsnormen*) servono a rappresentare la relazione tra le norme giuridiche indipendenti e le specie di norme giuridiche dipendenti, ossia, le norme che impongono obblighi, i permessi, e le norme autorizzatrici intese come norme sulla produzione normativa<sup>25</sup>. Come abbiamo avuto modo di notare, una spiegazione proveniente da Merkl è la guida migliore per la norma giuridica completa.

Più in generale, il mio obiettivo è raggiungere una rappresentazione abbastanza completa degli sviluppi della teoria della norma di Kelsen, che arriva fino a – e che include – la sua ragguardevole innovazione della fine degli anni Trenta, arrivata verso la metà del suo periodo classico.

## 1. Autorizzazione, Atto Primo: *Stufenbau* e norme costituzionali

Kelsen affronta questi temi strettamente collegati – la forma linguistica ideale della norma giuridica, il diritto oggettivo, e l'individuazione – in diversi punti della sua produzione. In particolare, dopo aver introdotto e, quindi, adottato, intorno alla metà degli anni Venti, una panoplia di norme autorizzatrici nella *Dottrina Pura*, Kelsen ritorna sul tema verso la fine degli anni Trenta, questa volta introducendo l'autorizzazione come la modalità operativa della norma sanzionatoria<sup>26</sup>.

La teoria della norma di Kelsen è molto più radicale di quanto venga generalmente riconosciuto<sup>27</sup>, e il suo carattere radicale è dovuto al ruolo centrale svolto

<sup>25</sup> Mi occupo di queste distinzioni nel § 4.

<sup>26</sup> Il periodo classico del percorso teorico di Kelsen si estende dal 1920 circa sino alla seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, apparsa nel 1960. Questo lungo periodo è segnato dallo sforzo di Kelsen di fornire basi filosofiche alla sua teoria, inclusi elementi di essa che aveva introdotto per la prima volta negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911). Per delle note sulle differenti versioni della periodizzazione, si vedano: Kubeš 1980: 158-65; Bulygin 1990: 29-45, ora anche in Bulygin 2015: 297-315; Heidemann 1997: 220-54; Paulson 1998: 153-66; Paulson 1999: 351-64. Nogueira Dias 2005, offre una valida periodizzazione di vari concetti kelseniani – e.g. validità giuridica, norma giuridica – e questo approccio sarebbe senz'altro necessario per una periodizzazione pienamente sviluppata. Un dichiarato scettico sulla fattibilità di una periodizzazione dell'opera di Kelsen è Chiassoni 2013: 131-62.

<sup>27</sup> Si veda il riferimento di cui alla nota 13.

dall'autorizzazione. L'obbligo giuridico, così come inteso da Kelsen, si rivela una nozione derivata, una costruzione basata su una certa configurazione delle norme autorizzatrici. Inoltre, Kelsen non fa giochi concettuali. Questa irregimentazione di concetti – al primo posto l'autorizzazione, da cui viene fatto discendere l'obbligo – è un passo necessario nella sua incondizionata difesa del diritto oggettivo<sup>28</sup>.

Nel §1.1., prenderò in considerazione la dottrina della *Stufenbau*, che Kelsen riprende integralmente dal suo collega più giovane, Merkl. La dottrina della *Stufenbau* rappresenta il loro concetto di sistema giuridico, e il loro concetto esemplifica in modo istruttivo una caratteristica fondamentale della *jurisprudence* analitica: il sistema giuridico determina il carattere di e le relazioni tra norme giuridiche. La *Stufenbau*, intesa come sistema giuridico, conduce alle norme autorizzatrici.

La dimostrazione completa dell'autorizzazione come modalità fondamentale della scienza giuridica attende, tuttavia, un ritorno di Kelsen su questo stesso fronte: l'introduzione dell'autorizzazione come modalità della norma-sanzionatoria. Questo sarà il mio *focus* nel §1.2. Il mio punto di partenza è la difesa iniziale di Kelsen, negli *Hauptprobleme* (1911) della norma sanzionatoria come unico tipo di norma della scienza giuridica.

La dottrina della *Stufenbau* contiene... prospettive sulla struttura del diritto contemporaneo che merita un futuro sviluppo piuttosto che l'abbandono, sebbene la brillante semplicità dell'esposizione originaria debba ora cedere il passo a una visione più dettagliata<sup>29</sup>.

Un sistema giuridico comprende diversi livelli o gradini – *Stufen*, nel linguaggio di Adolf Julius Merkl (1890-1970)<sup>30</sup>. I livelli sono una dimensione dell'edificio di

<sup>28</sup> Sul tema di fondo del diritto oggettivo, che si sovrappone ai “diritti in senso soggettivo”, si veda l'analisi dettagliata in Enneccerus e Nipperdey 1959/60, vol. 1, §§ 30-60: 196-426. Kelsen assume l'autorizzazione come modalità fondamentale delle norme giuridiche, una prospettiva che sfida direttamente la posizione dominante che identifica l'obbligo come modalità di base. Sui vari aspetti di questa lunga questione, si veda Alex, 2013: 235-45.

<sup>29</sup> Öhlinger 1976: 96.

<sup>30</sup> Merkl è generalmente considerate come il più dotato e il più originale fra i colleghi di Kelsen in quella che fu poi conosciuta, negli anni Venti del Novecento, come la Scuola Viennese di teoria del diritto. Nato a Vienna il 23 marzo 1890, Merkl intraprese i suoi studi giuridici nell'autunno del 1908, cominciando a studiare, allo stesso tempo, anche filosofia. Fra i suoi maestri, Edmund Bernatzik (1854-1919) e Hans Kelsen si rivelarono i più importanti per il suo percorso intellettuale. Infatti, come scrive Merkl nella sua autobiografia, egli rimase così colpito da Kelsen che decise di unirsi al suo circolo dopo aver completato gli studi universitari, cosa che poi effettivamente fece. E, puntando alla carriera universitaria, ottenne la sua *Habilitation* nel Maggio 1919 con una monografia intitolata *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich* (Vienna e Leipzig, Franz Deuticke). Parallelamente alle sue imprese accademiche, Merkl lavorò in vari uffici giudiziari e amministrativi e prestò servizio, all'inizio di Novembre del 1918, presso la *Staatskanzlei* di Karl Renner, il cancelliere del primo dopoguerra. Merkl fu nominato professore di diritto presso l'Università di Vienna nel 1921, una posizione che mantenne

Merkel, la gerarchia è l'altra dimensione. Una *Stufenbau*, nella terminologia di Merkel, è letteralmente "una costruzione a più livelli", e questa costruzione verticale conduce direttamente alla nozione di gerarchia. La migliore rappresentazione contemporanea della gerarchia nel diritto è forse la dottrina delle fonti del diritto<sup>31</sup>. Nella traduzione giuridico-filosofica, l'idea di gerarchia è comune sin dall'ordinamento medievale di diritto divino, diritto naturale, e diritto positivo<sup>32</sup>. Nella *jurisprudence* analitica del secolo scorso, la più importante rappresentazione della gerarchia è la dottrina della *Stufenbau* di Merkel<sup>33</sup>.

La *Stufenbau*, comprensiva di livelli o gradini, fissa le norme "condizionanti" (*bedingende*) che si trovano ai vari livelli, e che sono norme autorizzatrici *norme autorizzatrici*. Qui, la concezione di Kelsen delle norme giuridiche come determinate dal sistema giuridico è chiara – o, per la precisione – è concettualmente, ma non teoricamente, chiara. Mi spiego meglio: la dottrina dell'autorizzazione emerge *sub silentio* attraverso la ricezione, da parte di Kelsen, della dottrina della *Stufenbau* di Merkel. Forse, il ruolo dell'autorizzazione nella dottrina della *Stufenbau* sembra così ovvio da non richiedere speciali attenzioni. Ad ogni modo, ai tempi d'oro della teoria della *Stufenbau*, non era stata prestata troppa attenzione alla nozione di autorizzazione.

Un importante sviluppo della fine degli anni Trenta racconta un'altra storia. Kelsen passa gradualmente alla modalità dell'autorizzazione rispetto alla norma sanzio-

---

finché non fu rimosso dal regime nazista nell'Aprile del 1938 (il cosiddetto *Anschluß* aveva avuto luogo un mese prima). Nell'ottobre del 1941, Merkel fu nominato professore di diritto presso l'Università di Tubinga, e, nel periodo immediatamente successivo al secondo dopoguerra, il rinnovo della sua nomina a Tubinga fu reso possibile dalle autorità occupanti francesi, che dichiararono Merkel 'non macchiato da colpe' (*unbelastet*). Merkel rimase in Germania sino al 1950, quando accettò l'offerta di ritornare a Vienna come professore di diritto. Morì a Vienna il 22 agosto 1970. I primi articoli di Merkel, scritti durante la Prima Guerra Mondiale, includono aspre critiche ai decreti di emergenza emanati dal Kaiser. I suoi lavori di teoria del diritto, che cominciano nel 1916 con *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, contengono l'esposizione della dottrina della *Stufenbau* di Merkel, che raggiunge l'apice nel suo scritto del 1931, intitolato *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*. (Per ulteriori riferimenti agli scritti teorici di Merkel si vedano anche le note 33, 35, 46, 47, 67, 95). Una collezione in tre volumi, in cui ciascun volume è diviso in due parti (indicate qui sotto con i simboli I/1, I/2, ecc.), raccoglie tutti gli articoli di Merkel: Merkel 1993-2009. Molti dei suoi saggi più importanti sono raccolti anche in Klecatsky et alii 1968. Per l'autobiografia menzionata sopra si veda invece Merkel 1952: xxi-xlv. Su Merkel in generale, si vedano Grussmann 1989; Walter 1990; Olechowski, Ehs e Staudigl-Ciechowicz 2014: 509-12 e ss. Si vedano anche i riferimenti della nota 38.

<sup>31</sup> Sulla visione non molto entusiasta di Kelsen rispetto alla nozione di fonti del diritto, cfr. Kelsen 1960a, § 35(e): 238-9.

<sup>32</sup> Si veda, a titolo d'esempio, Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, Questioni 91-95.

<sup>33</sup> Si confronti, soprattutto, Merkel 1923: 210-23 (e, per il materiale di contorno che include la discussione di Merkel dei precursori, 181-209), e Merkel 1931, in Merkel 1993, I/1: 437-92, e in Klecatsky et al 1968: 1311-61. Tra i precursori della teoria della *Stufenbau* di Merkel, Bierling è particolarmente importante; cfr. Bierling 1894/1917, vol. 1, § 6: 107-17; §§ 17-19: 286-350. Si veda, in generale, Funke 2009: 102-4.

natoria, e richiama l'attenzione su questo passaggio in un lungo articolo<sup>34</sup>. La norma sanzionatoria non è più concepita come un obbligo formulato ipoteticamente, ma come un'autorizzazione, con l'obbligo relegato allo status di concetto derivato. Questo apre la strada a successivi sviluppi, degli anni Cinquanta, nel nome di una teoria generale delle norme, che Kelsen presenta, seppur in maniera frammentaria, nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*. Il mio attuale interesse, comunque, concerne la dottrina della *Stufenbau* così come appare nel lavoro di Merkl e di Kelsen.

Considerando solo le sue opere pubblicate, Merkl introduce per la prima volta gli elementi della teoria della *Stufenbau* in un articolo intitolato *Das Recht im Licht seiner Anwendung*, che compare in cinque parti, la prima nel 1916, l'ultima nel 1919<sup>35</sup>. La prima presentazione abbastanza sistematica della teoria compare nel 1923, nel trattato di Merkl intitolato *Die Lehre von der Rechtskraft*<sup>36</sup>. La seconda formulazione sistematica compare in un articolo del 1931, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*<sup>37</sup>, che è di gran lunga il più conosciuto fra gli scritti di Merkl<sup>38</sup>, nonché la sua formulazione più estesa della teoria della *Stufenbau*. Tuttavia, così come per le elaborazioni precedenti, Merkl considera anche questo lavoro come preliminare, considerazione che è suggerita, fra l'altro, dal titolo stesso. In una nota a piè di pagina alla fine dell'articolo del 1931, Merkl dichiara che «è in preparazione» una monografia sulla dottrina della *Stufenbau*<sup>39</sup>. Purtroppo, tale monografia non venne mai alla luce.

Kelsen adottò la *Stufenbau* di Merkl in tutto e per tutto, esponendo per la pri-

<sup>34</sup> Si veda, più avanti, la nota 73.

<sup>35</sup> Merkl 1916-1919, vol. 8 (1916): 584-92; vol. 9 (1917): 162-76, 394-8, 443-50; vol. 11 (1919): 290-8 ristampato in Merkl 1993-2009, I/1: 85-146, e in Klecatsky et al, vol. I: 1167-1201; quest'ultima ristampa manca della prima parte dell'articolo (apparsa nel 1916) e dell'ultima parte (apparsa nel 1919). Il titolo dell'articolo, così com'è stato assegnato sopra, è ormai standard. Tuttavia, Merkl comincia con un titolo diverso; le sezioni del 1916 e la prima del 1917 recano come titolo *Das Recht im Spiegel seiner Auslegung*. Già nel 1915, Merkl prefigurava alcuni aspetti della sua dottrina della *Stufenbau* in una sua lezione, sebbene senza ricorrere al linguaggio dello "Stufen". Si confronti Merkl 1993-2009, I/1: 341, n.8; Borowski 2005: 124-5.

<sup>36</sup> Cfr. Merkl 1923.

<sup>37</sup> Cfr. Merkl 1931. Intorno ai profili sotto cui i "Prolegomena" di Merkl divergono dalle esposizioni precedenti, si veda Borowski 2005:129-30.

<sup>38</sup> Gli scritti rappresentativi che analizzano la dottrina della *Stufenbau* nella letteratura secondaria possono essere divisi in tre gruppi: gli scritti rappresentativi dei contemporanei di Merkl; la letteratura che esisteva già al tempo del dopoguerra; infine, un gruppo di importanti studi recenti. Per il primo gruppo, cfr. Sander 1924: 16-31; Nawiasky 1927: 488-96; Voegelin 1930/31: 58-89; Weyr 1936: 139-50. Per il secondo gruppo, cfr. Walter 1964; Rupp 1965: 11-13, 50-4, 104-6, 128-33, 148-51, 183-4, 193-8; Vogel 1965: 241-69; Öhlinger 1975; Behrend 1977. Per il terzo gruppo, cfr. Schilln 1994; Jestaedt 1999: 298-306, 313-20 e ss.; Dias 2005: 155-69; Koller 2005: 106-21; Borowski 2005: 122-59; Wiederin 2011: 81-134.

<sup>39</sup> Si veda Merkl 1931: 294, nota 1, anche in Merkl 1993-2009, I/1: 492, nota 8, e in Klecatsky et al 1968, Vol. II: 1361, nota 8.

ma volta la relativa teoria in un articolo del 1924<sup>40</sup>, e poi di nuovo nel suo trattato maggiore del 1925, *Allgemeine Staatslehre*<sup>41</sup>. Da quel momento, la dottrina della *Stufenbau* divenne prominente in tutti i trattati maggiori di Kelsen, sino alla fine del periodo classico<sup>42</sup>. Inoltre, Kelsen, già nel 1923, riconosce il suo debito nei confronti di Merkl per questo aspetto:

È ad Adolf Julius Merkl che spetta il merito di aver riconosciuto e quindi caratterizzato il sistema giuridico come un sistema *genetico* di norme giuridiche che procede da un livello di concretizzazione a un altro, dalla costituzione alla legge, dalla legge alla disciplina amministrativa, dalla disciplina amministrativa ad altri livelli intermedi, giù fino all'atto giuridico individuale di applicazione<sup>43</sup>.

Parte integrante della dottrina della *Stufenbau* di Merkl è la concezione dinamica del diritto, l'idea che "il diritto regoli la propria creazione". Questa concezione è simile alla dottrina pura del diritto di Kelsen:

In ragione del carattere dinamico del diritto, una norma è valida perché e nella misura in cui è stata creata in un certo modo, vale a dire, un modo stabilito da un'altra norma; e questa seconda norma, allora, fornisce la base della validità della prima norma. La relazione tra la norma che determina la creazione di un'altra norma, e la norma creata secondo questa determinazione, può essere visualizzata immaginando un ordine che pone le norme su livelli più alti e più bassi. La norma che determina la creazione è quella superiore; la norma creata secondo questa determinazione è quella inferiore<sup>44</sup>.

Si può esporre la concezione dinamica del diritto, così come intesa da Merkl e Kelsen, guardando all'ambiguità sistematica del termine "promulgazione". Dalla

<sup>40</sup> Kelsen 1923/4: 374-408, anche in Klecatsky et al 1986, Vol. II: 1625-60. Si deve concedere che vi sono degli accenni sull'adozione da parte di Kelsen della dottrina della *Stufenbau* di Merkl anche prima; si veda, a titolo d'esempio, Kelsen 1920a, § 29 (118-19, nota 2), dove si fa riferimento agli articoli di Merkl *Anwendung* e *Rechtsantlitz*, e al paragrafo § 54 (263, nota 1); Kelsen 1920b: 68, con riferimenti a *Anwendung*; e Kelsen 1922: 94, nota 1, dove si fa riferimento agli articoli di Merkl *Anwendung*, *Rechtsantlitz*, e *Rechtseinheit* (su quest'ultimo saggio di Merkl, si veda la nota 95).

<sup>41</sup> Kelsen 1925: 229-255.

<sup>42</sup> Si veda Kelsen 1934, § 31: 73-89; Kelsen 1945: 123-62; Kelsen 1960a, § 35: 228-87.

<sup>43</sup> Kelsen 1999: 13 (corsivo nell'originale); Kelsen 1911: v-xxii, xv. È interessante il fatto che, nel testo citato, Kelsen richiami l'attenzione su un "sistema *genetico* di norme giuridiche", vale a dire, sulla creazione di norme giuridiche mediante norme di livello superiore. In un lavoro recente, Pablo E. Navarro e Jorge L. Rodríguez distinguono due approcci, vale a dire, un approccio in cui il sistema giuridico guarda a relazioni genetiche, come nei lavori di Merkl e Kelsen, e un sistema che guarda alle relazioni deduttive fra norme giuridiche. Il paradigma del primo approccio è la dottrina della *Stufenbau* introdotta da Merkl, e la forma più nota del secondo è probabilmente rappresentata da Alchourrón e Bulgyn 1971. Cfr. Navarro e Rodríguez 2014: 143-9, 232-40.

<sup>44</sup> Kelsen 1934, §31(a): 74.

prospettiva della norma che appartiene al livello superiore, la promulgazione della norma di livello inferiore – poniamo, un regolamento amministrativo – è *applicazione del diritto*<sup>45</sup>. In altre parole, la norma di livello superiore è *applicata*. Dal punto di vista della norma che appartiene al livello inferiore, invece, la promulgazione del regolamento amministrativo è *creazione di diritto*. L'esercizio del potere conferito dalla norma di livello più alto serve a *creare* una nuova norma.

L'effetto di questa concezione dinamica è quello di relativizzare la differenza tra applicazione e creazione del diritto, e, quindi, di relativizzare la posizione di diversi tipi di diritto – diritto costituzionale, diritto di produzione legislativa, diritto amministrativo, e così via. La legislazione, il portabandiera della teoria giuspositivista *fin de siècle* in Europa, perde la sua posizione privilegiata<sup>46</sup>. È Merkl – scrive Kelsen – l'autore che «combatte il pregiudizio – ancora ben radicato nei miei *Hauptprobleme* – che il diritto risiede solo nelle leggi generali»<sup>47</sup>.

Nella sua costruzione della dottrina della *Stufenbau*, Merkl comincia con una questione concettuale. Qual è – egli si chiede – il numero minimo di livelli richiesti nella gerarchia affinché la costruzione valga come sistema giuridico? Nel perseguire tale questione, Merkl non è interessato alle varie forme o processi “contingenti” del diritto che risultavano prevalenti ai suoi tempi, legislazione e amministrazione. Piuttosto, il suo obiettivo era quello di scoprire la base concettuale soggiacente del diritto, prescindendo del tutto dalle sue forme o processi contingenti<sup>48</sup>.

Per rispondere all'interrogativo, Merkl introduce la figura del capo villaggio (*Häuptling*), il quale, come leader e unico giudice, esercita pura discrezionalità nel comandare le persone a lui sottomesse, punire coloro che commettono torti, e così

<sup>45</sup> Cfr. Merkl 1931: 282, anche in Merkl 1993-2009, I/1: 476, e in Klecatsky et al 1968, Vol. 2: 1347.

<sup>46</sup> Per un'acuta critica della tendenza, molto diffusa al tempo di Merkl, di presentare il diritto come se si esaurisse nell'idea di legge formale (*Gesetzespositivismus*), cfr. Merkl 1993-2009, I/1: 99, anche in Klecatsky et al 1968, Vol.1: 1170; Merkl 1918: 425-7, ristampato in Merkl 1993-2009, I/1: 227-35, e in Klecatsky et al 1968, Vol. 1: 1091-98; Merkl 1923: 196-7, 201-2, 203, 213-14.

<sup>47</sup> Kelsen 1999: 14; Kelsen 1911: xv. È interessante notare che Merkl, un anno prima che Kelsen scrivesse queste righe, aveva realmente assolto Kelsen proprio da quest'errore: negli *Hauptprobleme* Kelsen non scrive come se il diritto risiedesse “solo nelle leggi generali”, perché, così argomenta Merkl, Kelsen sconfessa la nozione sbagliata di “monopolio della legge (intesa in senso formale)” (*Gesetzesmonopol*) mostrando il ruolo dell'esecutivo e, in questo modo, richiamando l'attenzione sul diritto amministrativo. Cfr. Merkl 1922: 338 n, anche in Merkl 1993-2009, I/: 318 n, e in Klecatsky et al 1986, Vol. 2: 1616 n. Cfr. anche Merkl 1923: 200.

<sup>48</sup> La figura più importante che si colloca all'altro capo dello spettro è forse Lon L. Fuller, che, in *The Morality of Law* (pubblicato per la prima volta nel 1964 e poi ripubblicato, in edizione rivista, nel 1969) e in una serie di articoli notevoli, argomenta che la prospettiva più fruttuosa per l'esame della natura del diritto è quella delle procedure giuridiche – legislazione, decisione giudiziale, mediazione, e così via. Di per sé sole, le norme (o regole) giuridiche, così argomenta, sono semplicemente troppo astratte per rivelare molto intorno alla natura del diritto. Un'analisi complessiva dei vari processi di cui parla Fuller si trova in Fuller 2001.

via<sup>49</sup>. Se questa costruzione deve valere come sistema giuridico, continua Merkl, essa dovrà esibire non soltanto il livello dei comandi del Capo villaggio, ma anche un secondo livello:

Il sistema giuridico è necessariamente rappresentato come una gerarchia di fenomeni giuridici, e questa gerarchia necessariamente include almeno due livelli, laddove almeno una forma di diritto “condizionante” è giustapposta a una forma di diritto “condizionata”<sup>50</sup>.

La forma “condizionante” si trova al livello più alto e comprende le *norme autorizzatrici*; la forma di diritto “condizionata” si colloca al livello più basso e comprende le direttive. Le ricerche condotte da Merkl su questa linea conducono a una forma di «doppia istituzionalizzazione»<sup>51</sup>, resa ben nota, sebbene in una veste leggermente diversa, dalla «unione di norme primarie di obbligo con...norme secondarie» proposta da H.L.A. Hart<sup>52</sup>, che quindi «converte il regime di norme primarie in ciò che è indubbiamente un sistema giuridico».

Merkl parla di una costituzione al livello più alto, persino nel più semplice sistema giuridico – poniamo, quello del *regis voluntas suprema lex*<sup>53</sup> – in termini di una “norma-fonte” (*Ursprungsnorm*). Qui, l’ambiguità della nozione di “norma-fonte” resta una macchia da eliminare. Nei lavori precedenti, Merkl e Kelsen offrono due diverse letture della “norma-fonte”. Essa può essere considerata come comprensiva delle norme costituzionali in un senso perfettamente lecito. Oppure, può essere considerata come una rappresentazione della norma fondamentale, a sua volta caratterizzata sotto forma di autorizzazione<sup>54</sup>.

Questa seconda lettura della “norma-fonte”, la cosiddetta costituzione logico-giuridica o norma fondamentale kelseniana, è problematica<sup>55</sup>. Uno dei problemi che la affliggono è generale; un altro è peculiare della Scuola Viennese di teoria del diritto. Il problema generale si radica, molto semplicemente, nel fatto che la norma fondamentale di Kelsen è notoriamente oscura. Quei teorici del diritto che potrebbero nutrire un interesse nell’explorare la teoria della *Stufenbau* di Merkl prenderebbero la porta d’uscita se pensassero che la teoria di Merkl li obbligherebbe ad accettare la norma fondamentale di Kelsen.

<sup>49</sup> Cfr. Merkl 1923, 209-10 n.1. Cfr. anche Kelsen 1925, § 33(d): 232-3; Öhlinger 1975: 12-13. È difficile farsi sfuggire la somiglianza con il Rex di *The Concept of Law* di Hart. Cfr. Hart 1963, Cap. IV.

<sup>50</sup> Merkl 1993-2009: 320, anche in Klecatsky et al, Vol. 2: 1618. Sulla possibilità che lo schema a due livelli possa bastare, si veda Behrend 1977: 25-7; Paulson 1990: 95-101; Borowski 2005: 137-8.

<sup>51</sup> Riprendo l’espressione da Bohannan 1965: 34-7.

<sup>52</sup> Hart 1963.

<sup>53</sup> Si veda Merkl 1931: 252, anche in Merkl 1993-2009, I/1: 437, e in Klecatsky et al, Vo. 2: 1311.

<sup>54</sup> Tra le quattro o cinque forme notevolmente diverse della norma fondamentale di Kelsen quella dell’autorizzazione è sicuramente quella si incontra più di frequente; cfr. Paulson 2014: 47-57.

<sup>55</sup> Cfr., a titolo d’esempio, Kelsen 1922, § 17: 94.

L'altro problema riguarda soltanto quelli che, soprattutto nella Scuola di Vienna, avevano sottoscritto la tesi della norma fondamentale. Per dirla con Kelsen, la norma fondamentale non è una norma di diritto positivo; piuttosto, è un "pensiero" o una norma presupposta, situata al di fuori del sistema delle norme promulgate<sup>56</sup>. Nello schema a due livelli, allora, il livello superiore non è assolutamente parte del diritto positivo, e ciò rappresenta indubbiamente una distorsione della teoria di Merkl.

C'è un'alternativa perfettamente percorribile. Merkl, nei suoi primi lavori, non impiega la nozione di norma-fonte per riferirsi alla norma fondamentale, un "pensiero" o norma presupposta, e anche Kelsen, nei suoi primi lavori, non usa sempre detta nozione in questo modo. Invero, entrambi i teorici fanno riferimento all'ambiguità della "norma fonte", con le sue diverse letture<sup>57</sup>. Seguendo Merkl e Kelsen nei loro primi lavori, utilizzerò la "norma fonte" nello schema a due livelli di Merkl per indicare la costituzione di diritto positivo. A questo proposito, il mio interesse non riguarda il fondamento ultimo del sistema giuridico, ma piuttosto un singolo aspetto della sua struttura, vale a dire la funzione "condizionante" o autorizzativa del livello superiore dello schema in questione.

Ovviamente, Merkl non suggerisce che lo schema a due livelli potrebbe servire come descrizione di un sistema giuridico moderno. Oltre questo "minimo concettuale", una *Stufenbau* che si proponga di catturare la struttura gerarchica di un sistema giuridico moderno deve esibire vari livelli condizionanti e condizionati, o *Stufen*, che riempiono la *Stufenbau*. Se introduciamo una norma fonte, intesa come norma fondamentale, nello schema, allora le norme costituzionali sono sia condizionanti sia condizionate, e lo stesso accadrebbe, in ogni caso, con le norme legislative a un gradino più basso con le norme di diritto amministrativo<sup>58</sup> e, a un gradino ancora più basso, interno al diritto amministrativo, con le norme sanzionatorie<sup>59</sup>.

Fin qui, nell'esame della dottrina della *Stufenbau* abbiamo navigato in acque tranquille. Il problema posto dalla norma fonte al vertice della *Stufenbau* si risolve da solo: la costituzione di diritto positivo – per quanto semplice possa essere nella costruzione a due livelli – ha il suo posto nella struttura gerarchica, e ciò riflette il livello superiore, "condizionante", nella costruzione a due livelli.

Un problema diverso, molto più difficile, sorge, per così dire, all'altro capo della

<sup>56</sup> Per le prime formulazioni, si veda, a titolo d'esempio, Kelsen 1920, § 5: 25-6; § 24: 97 n.; § 26: 117.

<sup>57</sup> Kelsen scrive: «[I]n un articolo del 1914, ho presentato chiaramente il concetto di *norma fondamentale* come presupposizione atta a stabilire l'unità del [sistema] giuridico – seppure senza la distinzione, sviluppata soltanto in seguito, tra norma fondamentale intesa come costituzione nel senso logico-giuridico e norma fondamentale come costituzione nei termini del diritto positivo.» Kelsen 1999: 13 (enfasi nell'originale), Kelsen 1911: xv. Si veda anche Merkl 1923; 209-10, n.1.

<sup>58</sup> Cfr. Merkl 1923: 218.

<sup>59</sup> Cfr. Merkl 1993-2009, I/1: 233-4, anche in Klecatsky et al 1963, Vol.1: 1097.

*Stufenbau*, alla sua base. Mi riferisco al problema dello statuto logico dell'atto coercitivo, la sanzione giuridica imposta attraverso l'esercizio del potere che la norma sanzionatoria conferisce. Ovviamente, l'atto coercitivo non è una norma.

Trattare l'atto coercitivo come il complemento della costituzione o della norma-fonte sembra, a prima vista, una mossa ragionevole. Così come la norma all'apice della *Stufenbau* – la costituzione o la norma-fonte intesa come norma fondamentale – è condizionante ma non condizionata, allo stesso modo l'atto coercitivo al livello più basso della *Stufenbau* è condizionato ma non condizionante. Insieme, essi rappresentano gli elementi asimmetrici della dottrina della *Stufenbau*. Come scrive Merkl:

Solo il primo e l'ultimo membro di questo duplice processo rappresentano, proprio per la loro stessa natura, semplicemente e rispettivamente creazione ed applicazione del diritto. [...] Il fenomeno giuridico che non è condizione di alcun ulteriore fenomeno giuridico, applica certamente diritto, ma non lo crea, e, quindi, non può essere qualificato come una *norma giuridica*<sup>60</sup>.

In breve, Merkl riconosce la presenza di un'asimmetria al livello di base della *Stufenbau* così come all'apice della stessa. In maniera analoga, per Kelsen:

L'ultima fase del processo di creazione del diritto, che inizia con l'adozione di una costituzione, è la realizzazione dell'atto coercitivo come conseguenza di un atto il-legale [...]. [M]entre la presupposizione della norma fondamentale ha il carattere di un atto di pura creazione normativa [...] l'atto coercitivo ha carattere di mera applicazione<sup>61</sup>.

Proprio perché questi due processi nella struttura gerarchica – creazione e applicazione del diritto – non possono, come scrive Merkl, essere “congruenti” fino in fondo, la costituzione o norma-fonte che si colloca all'apice e l'atto coercitivo, che si pone invece alla base, servono a chiudere il cerchio quando la congruenza termina. E ciò serve, per così dire, come una garanzia per trattare un elemento asimmetrico – l'atto coercitivo – come autentica parte della dottrina della *Stufenbau*. Merkl ne parla in questi termini:

Il processo di applicazione del diritto corre parallelo al processo di *creazione del diritto*, nella misura in cui ogni atto normativo di applicazione serve anche a creare una nuova norma giuridica (o un complesso di norme giuridiche). La completa congruenza dei campi della creazione e applicazione del diritto è, per ciò stesso, preclusa, poiché vi debbono essere casi di applicazione del diritto che non sono, allo stesso

<sup>60</sup> Merkl 1923: 218 (corsivo nell'originale).

<sup>61</sup> Kelsen 1934, § 31(e)(f): 82-3.

tempo, casi di creazione di diritto. Tutti gli atti dello stato – specificamente: quelli che danno esecuzione a giudizi civili e quelli che irrogano sanzioni penali – atti che si presumono essere puramente fattuali, ma che sono in realtà giuridicamente rilevanti (*rechtserheblich*), anche se non sono più atti di creazione di diritto, ebbene, si deve concedere che tutti questi sono atti di applicazione, ma non sono più atti di creazione<sup>62</sup>.

Eppure, qui c'è un problema, come scrive Martin Borowski a proposito della *Stufenbau*:

[Le] norme generali sono ulteriormente concretizzate nella promulgazione delle norme individuali da parte dell'amministrazione e del potere giudiziario. L'applicazione di queste norme individuali conduce, alla fine, all'atto coercitivo, l'irrogazione di una sanzione. Qui si potrebbe enfatizzare che l'atto coercitivo, a differenza di tutti gli altri fenomeni menzionati sopra [che riguardano la *Stufenbau*], non è una norma; è un fatto<sup>63</sup>.

La preoccupazione di fondo, in questo caso, è la fedeltà alla distinzione netta tra fattuale e normativo, fra *Sein* e *Sollen*. Includere elementi fattuali nella *Stufenbau* si scontrerebbe proprio con tale distinzione.

Qual è allora la portata della nozione di normativo, così come la intendono Merkl e Kelsen? Una tattica potrebbe consistere nel fare appello al Re Mida:

Proprio come ogni cosa che il Re Mida toccava si trasformava in oro, ogni cosa a cui il diritto si riferisce diventa diritto, vale a dire, qualcosa che esiste giuridicamente<sup>64</sup>.

Si potrebbe argomentare, ad esempio, così: quegli aspetti di un giudizio a cui il diritto si riferisce in termini di “fatti” sono essi stessi diritto<sup>65</sup>, ed un esempio lampante per illustrare questo punto si ha quando il risultato del giudizio si dimostra palesemente errato, come nel caso di una condanna a morte di colui che pareva essere il colpevole, ma che, in un secondo tempo, si è rivelato innocente.

La tesi del Re Mida, affermando che persino l'atto coercitivo è diritto e, per questo, normativo, offre – così vuole l'argomento – una replica alla tesi secondo cui l'atto coercitivo andrebbe considerato come fattuale. Un approccio diverso assume come punto di partenza la posizione opposta, mutuata da un'analogia con la

<sup>62</sup> Merkl 1931: 282 (corsivo nell'originale) nonché 269-70; cfr. anche Merkl 1993-2009, I/1: 477, nonché 459-61, e in Klecatsky et al 1968, Vol. 2: 1348, nonché 1331-2.

<sup>63</sup> Borowski 2014: 82 (nota a piè di pagina omessa). Si veda anche Borowski 2005: 135-6; Wiederin 2011: 86. L'articolo più risalente ad aver sollevato la questione è Nawiasky 1927: 489.

<sup>64</sup> Kelsen 1945: 161.

<sup>65</sup> Per una ragguardevole discussione della questione da un punto di vista kelseniano, cfr. Silving 1947: 642-67.

condizione di efficacia di Kelsen, intesa come condizione per la validità del sistema giuridico. La condizione d'efficacia ha una natura fattuale, ma è comunque richiesta come condizione di validità per il sistema giuridico<sup>66</sup>. Allo stesso modo, assumere che l'atto coercitivo abbia natura fattuale conduce a un punto di maggiore importanza, vale a dire, l'assunzione che esso integri, per così dire, la *Stufenbau* in qualità di suo fondamento "condizionato".

Nessuna delle due soluzioni è soddisfacente. Appellarsi al tocco del Re Mida – poco più di un *cliché* – sembra chiaramente una petizione di principio, e non è nemmeno promettente prendere le mosse dalla supposta analogia con l'efficacia. Sebbene si possa argomentare che, nelle teorie del diritto di Merkl e Kelsen, l'efficacia del sistema giuridico sia un fattore ricavato propriamente dal mondo naturale, ciò non conduce a un atto coercitivo situato all'interno della *Stufenbau*. In breve, l'ultima parola sul problema posto da Borowski non è stata ancora detta.

Un ulteriore problema che sorge in connessione con la dottrina della *Stufenbau* si presenta sotto forma di dilemma. Una forma di diritto, poniamo, la legislazione, è subordinata a una diversa forma di diritto, diciamo, una norma della costituzione. Questo è vero quando la seconda opera come "condizione" della prima. In altre parole, la norma di rango superiore è intesa in termini di condizioni necessarie; ciò è come dire che il non soddisfacimento di questa o quella condizione comporta, *ceteris paribus*, che l'impresa che ci si è proposti, la promulgazione di una norma, fallisca<sup>67</sup>. Tuttavia, è ben possibile – e in alcuni sistemi giuridici attuali succede proprio così<sup>68</sup> – che tali condizioni derivino non solo dalla norma superiore, ma anche dalle norme che si trovano proprio allo stesso livello della norma che è stata promulgata.

Se le cose stanno in questi termini, allora un sostenitore della dottrina della *Stufenbau* di Merkl si trova a fronteggiare un dilemma. Aderire strettamente alla caratterizzazione della promulgazione di una norma in termini di condizioni necessarie significa che tutto il peso dell'argomento è sopportato dalle condizioni necessarie, e, quindi, non solo dalla/e norma/e di rango superiore nella *Stufenbau*. In alternativa, insistere nell'appellarsi soltanto alla/e norma/e superiore/i applicabili della *Stufenbau* escluderebbe dall'attenzione le condizioni applicabili che non si trovano a quel livello. Nessuno dei due corni del dilemma è soddisfacente.

<sup>66</sup> Cfr. Kelsen 1934, § 30(a): 69; Kelsen 1960a, § 6(c): 48, § 28(a): 122, § 41(a): 293. L'espressione "validità del sistema giuridico" tipica dei contesti anglofoni, ma è di uso corrente negli scritti di Kelsen e, più in generale, nell'ambito della scienza giuridica europea.

<sup>67</sup> L'aggiunta di una clausola *ceteris paribus* è, in questo caso, fondamentale, poiché i sistemi giuridici, specie nell'ambito del diritto pubblico, possono "allentare" le condizioni di promulgazione per ragioni di *public policy*. Questa strategia è familiare: cfr., a titolo d'esempio, Hart 1994: 31-2. Nel contesto austriaco, tale pratica è conosciuta come *Fehlerkalkül*, calcolo degli errori. Si veda Merkl 1925: 452-65, anche in Merkl 1993-2009, I/1: 369-84, e in Klecatsky et al 1968, Vol. 1: 195-208. Cfr. inoltre Kelsen 1960a, § 35(j)(k): 271-82.

<sup>68</sup> Per una discussione e degli esempi ripresi dal diritto austriaco, cfr. Walter 1964: 62-5; Öhlinger 1975: 16-18; Koller 2005: 111. Per una replica, si veda invece Wiederin 2011: 92-100.

Qual è l'importanza del dilemma? È difficile pensare alla *Stufenbau* come a un'autentica teoria del diritto positivo. Certamente tale costruzione resta un'ideale, e il suo valore risiede nell'aver effettivamente catturato uno schema di gerarchia che esiste nei sistemi giuridici nazionali. Così ne parla Kelsen, con una retrospettiva sul contributo di Merkl:

Fu inizialmente attraverso la teoria dei livelli di Merkl (*Stufentheorie*) che acquisimmo una comprensione della struttura interna di un sistema giuridico<sup>69</sup>.

Questo è peraltro solo un lato della medaglia. L'altro lato è che il valore della teoria della *Stufenbau* come ideale non dev'essere sopravvalutato. Se la nozione di *livello* è centrale, allora, tornando indietro sino a *Marbury vs. Madison* (1803), il punto fondamentale fu sollevato da John Marshall e da un gruppo di commentatori: il livello superiore del diritto costituzionale rispetto al diritto legislativo e amministrativo è ciò che conferisce al diritto costituzionale il suo status di diritto di una specie diversa. Ciò rende possibile il controllo di costituzionalità, che, a sua volta, mira a rendere il diritto costituzionale efficace. Senza questa concezione del diritto costituzionale, appellarsi a una cosa chiamata "costituzione" rappresenta poco più che una malcelata invocazione a valori, spesso formulati nel linguaggio del diritto naturale. Quindi, se la nozione di livello è di fondamentale importanza, ciò va tributato a molte figure del diciannovesimo secolo, del tutto ignare della Scuola Vienese di teoria del diritto – come Marshall e i suoi commentatori<sup>70</sup>, o gli autori della *Paulskirchenverfassung* del 1849, ciascuno nel suo periodo storico di appartenenza<sup>71</sup>.

## 2. Autorizzazione, Atto Secondo: la modalità della norma sanzionatoria

Come accennato, Kelsen, nei suoi primi lavori, non affronta la questione della modalità della norma sanzionatoria. Egli procede – per lo più *sub silentio* – come se l'obbligo dei funzionari di applicare una sanzione fosse una risposta al problema della modalità della norma sanzionatoria formulata in maniera ipotetica. Qui Kelsen non è in contrasto con Karl Binding. Tuttavia, verso la fine degli anni Trenta, tutto cambia. Kelsen giunge a una visione completamente diversa, affermando che la norma sanzionatoria si presenta nella modalità dell'autorizzazione. A partire da questa nozione, negli anni Quaranta e Cinquanta egli procede ad argomentare che

<sup>69</sup> Kelsen 1959/60: 313. Per come interpreto qui Kelsen, questo è il punto fondamentale riguardo il significato della dottrina della *Stufenbau*, vale a dire, quello che all'interno della dottrina pura del diritto gioca il ruolo fondamentale. Si veda l'elegante e comprensiva ricostruzione dell'importanza della dottrina in Wiederin 2011: 84-7.

<sup>70</sup> Si veda *Marbury vs. Madison*, in 5 U.S., Cranch 1 (1803): 137-80.

<sup>71</sup> Cfr., ad esempio, Faller 1974: 827-55; Kühne 1985.

l'obbligo va propriamente inteso come derivato, in quanto discende dalla combinazione di *norme autorizzatrici* situate a livelli adiacenti del sistema giuridico gerarchicamente strutturato.

I commentatori di Kelsen, senza percepire il carattere radicale della sua nuova posizione nell'ambito della teoria delle norme, parlano sempre di funzionari cui viene prescritto di imporre sanzioni<sup>72</sup> – ciò che è senz'altro accurato per quanto riguarda la teoria di Kelsen sino alla fine degli anni Trenta. Il suo drastico cambio di rotta verso l'autorizzazione in quel momento rimase sconosciuto a tutti noi sino alla fine degli anni Ottanta, quando venne pubblicato il suo articolo sulle norme di competenza, scritto alla fine degli anni Trenta in risposta a Georges Scelle<sup>73</sup>. Il fatto che questa tesi si trovasse davvero, sin dal principio, nella *General Theory of Law and State* e nella Seconda Edizione della *Reine Rechtslehre* non può essere negato, ma finché non apparve la replica di Kelsen a Scelle, i lettori di Kelsen non la stavano cercando, e quindi non la trovarono.

Due sviluppi marcano la svolta dell'autorizzazione come modalità della norma sanzionatoria. In primo luogo, nel suo studio sulla teoria del diritto pubblico internazionale di Scelle, Kelsen introduce la norma sanzionatoria formulata sotto forma di giudizio ipotetico come una norma autorizzatrice, e la usa per caratterizzare la nozione di obbligo, che diventa una funzione della competenza [*competence*] di imporre sanzioni. In particolar modo, c'è una possibilità

di fondare il concetto di obbligo giuridico [...] sul concetto di competenza, una possibilità di ricondurre l'obbligo giuridico alla competenza. In altre parole, se l'obbligo giuridico di un individuo a comportarsi in un certo modo è riconosciuto come dato solo se, nell'eventualità di un comportamento opposto, un altro individuo è autorizzato dal sistema giuridico a imporre una sanzione sul primo individuo, e, inoltre, se l'*empowerment* ad imporre una sanzione vale come "competenza", allora l'obbligo giuridico di un individuo poggia sulla competenza di applicare la sanzione di un altro individuo<sup>74</sup>.

In secondo luogo, nella *General Theory of Law and State*, Kelsen allinea la sua concezione del "dovere" all'introduzione dell'autorizzazione come modalità della norma sanzionatoria. Detto altrimenti, Kelsen ora intende il "dovere" come un'espressione simile a una variabile che spazia sulle familiari modalità dell'obbligo, del permesso positivo e dell'autorizzazione, dove queste sono ora considerate norme giuridiche dipendenti. Kelsen sviluppa ulteriormente questa visione nella *General*

<sup>72</sup> Mi permetto di rinviare alla nota 13.

<sup>73</sup> Kelsen 1987: 1-108. La pubblicazione nasce da un manoscritto della metà degli anni Trenta. Una traduzione francese, anch'essa della metà degli anni Trenta, è stata pubblicata con il titolo di *Droit et competence. Remarques critiques sur la théorie du droit international de Georges Scelle*. La traduzione, curata da Charles Leben, è apparsa in Kelsen 2005: 63-161.

<sup>74</sup> Kelsen 1987: 75, e, in generale, 61-108, che corrisponde a Kelsen 2005: 130 e, in generale, 118-61.

*Theory of Law and State* (1945) e, in particolar modo, nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960).

Nella *General Theory of Law and State*, Kelsen scrive che la norma primaria rivolta ai funzionari, formulata come giudizio ipotetico, è «l'unica norma genuina». Sebbene venga introdotta una norma secondaria rivolta al soggetto giuridico, ai fini della «rappresentazione del diritto», Kelsen nota che questa norma secondaria è «certamente superflua in una esposizione esatta» del diritto. Questo modo di esprimersi appartiene a un frammento di un precedente discorso di Kelsen, che si trova negli *Hauptprobleme*, dove si presenta la norma sanzionatoria come l'unico tipo di norma. Fin qui, il messaggio di Kelsen è mutuato dal suo precedente lavoro. Kelsen considera la norma primaria come l'unica norma giuridica genuina, etichettando la norma secondaria, a rigore, come superflua.

Il cambiamento che emerge nella *General Theory of Law and State* riguarda la lettura di Kelsen del “dovere” nella norma primaria<sup>75</sup>. Negli *Hauptprobleme*, “dovere” – traduzione del verbo *sollen* impiegato da Kelsen – è usato dallo stesso Kelsen per esprimere un obbligo. Vale a dire, il “dovere”, nella norma primaria di Kelsen formulata come giudizio ipotetico, è inteso come qualcosa che impone un obbligo condizionale al funzionario<sup>76</sup>. Nella *General Theory of Law and State*, Kelsen difende una prospettiva diversa, sostenendo, seppur con minore chiarezza, che il “dovere” non deve necessariamente coincidere con il concetto di obbligo giuridico. Piuttosto, il “dovere” della norma primaria funziona come un segnaposto, analogo a un'espressione variabile. Quello che potrebbe essere chiamato “dovere” generico copre le espressioni modali che governano le norme giuridiche dipendenti, ossia, “potere”, “avere la facoltà” e – nel senso più specifico di “dovere”, in opposizione al suo senso generico – il “dovere” di un comando. Nei casi più rappresentativi, il “dovere” generico, il dovere della norma primaria, indica che date certe condizioni può essere imposta una sanzione, o, in altri termini, che un funzionario è autorizzato a imporre una sanzione<sup>77</sup>.

Che dire del caso in cui vi sia anche un obbligo di imporre una sanzione? Kelsen risponde così:

Sotto [la presente] definizione di dovere giuridico, la norma giuridica che obbliga il soggetto ad astenersi dal delitto collegando ad esso una sanzione, non stipula alcun obbligo giuridico di eseguire la sanzione, o di “applicare” la norma in questione. Il giudice – o, per usare un'espressione più generale, l'organo di applicazione – può essere giuridicamente obbligato a mettere in atto la sanzione – nello stesso senso in cui il soggetto è obbligato ad astenersi dal delitto, a “obbedire” alla norma giuridica –

<sup>75</sup> L'autorizzazione come norma giuridica indipendente è la norma che autorizza la promulgazione. Mi occuperò di questa tesi nella sezione 4, dove distinguerò le due specie di *norme autorizzatrici*.

<sup>76</sup> Kelsen 1945: 61.

<sup>77</sup> Kelsen 1945: 59-60.

solo se vi è un'altra norma che associa un'ulteriore sanzione alla mancata esecuzione della prima sanzione<sup>78</sup>.

Kelsen sottolinea che ciò non comporta alcun regresso<sup>79</sup>. In altre parole, in un sistema di diritto positivo, ci sarà un livello supremo nella struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico dove solo l'autorizzazione a imporre una sanzione è possibile. La presenza, a questo livello supremo, di un obbligo di imporre una sanzione presupporrebbe infatti un livello ancora più alto della gerarchia<sup>80</sup>.

Questi dettagli della teoria dell'autorizzazione di Kelsen non risultano del tutto chiari nella *General Theory of Law and State*<sup>81</sup>, ma egli la riprende e sviluppa ulteriormente nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*.

[S]e viene commesso un delitto previsto dal sistema giuridico, allora la sanzione prevista da quel sistema giuridico dev'essere imposta; qui il termine "dovere" copre sia il caso in cui [il funzionario] è solo autorizzato [...] a imporre la sanzione sia il caso in cui [gli] è comandato di farlo<sup>82</sup>.

Quand'è richiesta la modalità dell'autorizzazione, e quando la modalità del comando? Kelsen offre una risposta netta:

L'imposizione di una sanzione è comandata, è il contenuto di un obbligo giuridico, solo se la sua omissione è assunta come condizione per una sanzione. In caso contrario, si può considerare che [il funzionario] abbia soltanto l'autorizzazione di imporre la sanzione, e non che ciò gli sia comandato<sup>83</sup>.

Laddove la mancata imposizione di una sanzione da parte del funzionario è essa stessa intesa come condizione per una sanzione, "condizione" non è altro che un'abbreviazione dell'antecedente della norma sanzionatoria completa, formulata come un giudizio ipotetico, che autorizza un funzionario di livello ancora superiore a imporre una sanzione al funzionario inadempiente.

Per chiudere il cerchio, ritornando al quesito programmatico degli *Hauptprobleme* intorno alla "forma linguistica ideale" della norma giuridica, sembra corretto affermare che Kelsen raggiunge l'obbiettivo dichiarato. La norma sanzionatoria,

<sup>78</sup> Kelsen 1945: 59 (segni di citazione presenti nell'originale).

<sup>79</sup> Il seguente argomento – Kelsen 1960a, § 28(b): 124-5 note, vale come replica di Kelsen ad Alf Ross (Ross 1946: 75). Ross accusava Kelsen di regresso all'infinito.

<sup>80</sup> Kelsen 1945: 60.

<sup>81</sup> Kelsen 1945: 59-60.

<sup>82</sup> Kelsen 1960a, § 18: 82-3. Nell'omissis, Kelsen aggiunge «o positivamente permessi», come se le autorizzazioni e i permessi positivi fossero la stessa cosa. Per una correzione di questo frequente errore, cfr. Enneccerus, Nipperdey, 1959/1960, vol. 1: 201; Raz 1972: 79-102, anche in Kelsen 1998: 82, 454; Bulygin 1992: 205-7, ora anche in Bulygin 2015: 275-6.

<sup>83</sup> Kelsen 1960a, § 5(a): 26.

ipoteticamente formulata, indirizzata al funzionario, è l'unico tipo di norma nelle prime opere di Kelsen, e, soltanto dopo, alla metà del periodo classico, egli risponde al problema relativo alla sua modalità, in questo modo: la modalità della norma sanzionatoria è un'autorizzazione.

Inoltre, concepire la forma linguistica ideale della norma giuridica in questi termini offre una base per distinguere il diritto dalla morale. L'autorizzazione, intesa come modalità della norma sanzionatoria, ha un carattere decisamente giuridico, a differenza della modalità deontica dell'imperativo legale, che quest'ultimo condivide con gli imperativi della morale. Dove risulta effettivamente appropriato parlare di un obbligo, cioè nel caso dell'obbligo del funzionario di imporre una sanzione, questo viene spiegato combinando *norme autorizzatrici* collocate a livelli adiacenti nella struttura gerarchica del sistema giuridico. Così concepito, l'obbligo è una nozione derivata, intesa in termini concettuali, senza un ulteriore appello al diritto naturale in sede di spiegazione.

### 3. Un interesse crescente per la teoria della norma: il ruolo di Georg Henrik von Wright

È risaputo che le origini della logica deontica possono essere ricondotte a Gottfried Wilhelm von Leibniz<sup>84</sup> e a Jeremy Bentham<sup>85</sup>. Tuttavia, la fioritura di questa disciplina è un fenomeno del ventesimo secolo, esemplificato innanzitutto dall'opera del filosofo e logico Georg Henrik von Wright (1916-2003). Così come Leibniz, von Wright passa dai concetti modali alle loro controparti in logica deontica<sup>86</sup>, tuttavia egli prende le mosse dai quantificatori.

Un giorno, all'inizio del 1949, mentre stavo camminando lungo la riva del Cam, la seguente analogia mi colpì: nello stesso modo in cui i quantificatori "alcuni", "nessuno" e "tutti" sono collegati l'uno all'altro, così anche le modalità "possibile", "impossibile" e "necessario" sono collegate. Un attimo di riflessione è stato sufficiente per avere ben chiaro che i due gruppi di concetti condividono anche le loro caratteristiche distributive rispetto alla congiunzione e alla disgiunzione [...]. Nel frattempo, la scoperta di alcune nuove analogie ha allargato la mia prospettiva [...] Una di queste nuove analogie collegava, da un lato, le modalità e, dall'altro, le nozioni di "dovere", "potere", e "non dovere"<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Leibniz 1999: 2758-60, 2761-2. Sulla logica delle norme di Leibniz, si veda l'illuminante discussione in Lenzen 2005: 358-62.

<sup>85</sup> Bentham 2010. Il volume è l'edizione completamente rivista da Schofield di Bentham 1970. Si veda anche Moreso 2014: 71-80.

<sup>86</sup> Si veda anche Celano 1999: 150-60.

<sup>87</sup> Von Wright 1989: 28 (corsivo omissso). Cfr. anche von Wright 1963: 17; von Wright 1999: 28.

Il termine “deontico”, continua von Wright, gli era stato suggerito da C. D. Broad<sup>88</sup>. Basandosi sull’analogia fra le modalità, von Wright scrive un saggio sulla nuova logica, il meritatamente famoso articolo intitolato *Deontic Logic*, pubblicato per la prima volta nel 1951 su *Mind*<sup>89</sup>.

Apparentemente influenzato dall’articolo di von Wright<sup>90</sup>, Kelsen annuncia in un articolo del 1953 che era stato lui, Kelsen, quello che, “per così dire”, aveva scoperto per primo la logica delle norme<sup>91</sup>. Kelsen liquida come “fallacie illogiche” e “trucchi logici” l’argomento *a contrario* e «la deduzione di norme da un concetto previamente definito». Allo stesso modo, rifiuta la «pseudo-logica della *Begriffsjurisprudenz*» e la derivazione di norme dalla «natura della cosa, un’illusione della dottrina del diritto naturale». Nell’articolo del 1953, Kelsen oppone la propria visione a questi passaggi a vuoto e false partenze:

La logica che la *Dottrina pura del diritto* ha scoperto per prima è per così dire, una *logica generale delle norme*, ossia, una logica del “dovere”, o delle proposizioni in termini di “dovere”, una logica di cognizione che è diretta alle norme e non alla realtà naturale. Se si può affatto parlare di una logica giuridica o di un pensiero giuridico, lo si può fare solo a patto d’intendere, con quest’espressione, i principi di una logica generale delle norme, che trovano anche applicazione nel campo della cognizione giuridica<sup>92</sup>.

Forse, la pretesa di Kelsen di aver scoperto “una logica generale delle norme” è semplicemente una manifestazione del suo entusiasmo per questa disciplina<sup>93</sup>. Eppure, l’espressione qualificante “per così dire” è preoccupante. Nella citazione, Kelsen si riferisce non solo alla logica generale delle norme – la cui fonte, nel testo di Kelsen, è chiaramente von Wright<sup>94</sup> – ma anche alla cognizione giuridica. Lo sforzo di Kelsen, soprattutto nei suoi primissimi lavori, di difendere le applicazioni dirette della logica al diritto era ammantato del linguaggio dei principi logici o quasi logici che disciplinano la cognizione giuridica. Per esempio, in un lungo articolo del 1914, scriveva:

<sup>88</sup> Cfr. Broad 1950: 62.

<sup>89</sup> Von Wright 1957: 58-74.

<sup>90</sup> Sull’impatto dell’articolo su Kelsen, cfr. von Wright 1985: 263-4, 265, ristampato in Kelsen 1998: 365-6, 367-8, e von Wright 1999: 20.

<sup>91</sup> Cfr. *infra* la citazione di cui alla nota 92.

<sup>92</sup> Kelsen 1953b: 149-50 (corsivo nell’originale), ora anche in Klecatsky et al 1968, Vol. 1: 617.

<sup>93</sup> Cfr. von Wright 1999: 20, dove von Wright accenna all’entusiasmo di Kelsen per la logica deontica. Riguardo alla presunta scoperta di Kelsen, von Wright, da vero gentiluomo, rileva che Kelsen «fu un po’ troppo egocentrico [...] nell’attribuire [la] scoperta [di una logica generale delle norme] alla Dottrina pura del diritto». Von Wright 1999: 368. Per un ulteriore approfondimento, cfr. Mazzaresse 1989: 104-7.

<sup>94</sup> Cfr. von Wright 1999: 20.

Il principio logico generale secondo cui un giudizio A è incompatibile con il giudizio non-A è diverso dal principio logico caratteristico della cognizione delle norme, poiché non si dà il caso che, alternativamente, o la norma A *oppure* la norma non-A possa essere *valida*, allo stesso modo in cui il giudizio logico A *oppure* il giudizio logico non-A è *vero*. Piuttosto, si dà il caso che solo la norma più recente fra le due sia valida, posto che le norme in questione appartengano a uno stesso sistema giuridico<sup>95</sup>.

Qui Kelsen parla di «un principio logico caratteristico della cognizione di norme» e, forse, considera il contributo di von Wright, seppur erroneamente, come un ulteriore sviluppo delle dottrine che lui stesso aveva prodotto molto prima, nel nome della cognizione giuridica<sup>96</sup>.

Comunque sia, la citazione dell'articolo del 1953 può essere considerata a tutti gli effetti come la prima accettazione esplicita da parte di Kelsen di quella che noi conosciamo come logica delle norme. L'interesse crescente di Kelsen verso aspetti della teoria delle norme – se non addirittura verso la logica delle norme, in senso stretto – si ritrova nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, il trattato a cui aveva intensamente lavorato sul finire degli anni Cinquanta<sup>97</sup>.

Una panoramica del lavoro di Kelsen durante gli anni Cinquanta offre l'occasione per rivisitare il primo dei motivi che Kelsen aveva introdotto negli *Hauptprobleme*, espresso nel passaggio iniziale riportato nell'introduzione del presente lavoro, che si riferiva alla forma linguistica ideale della norma giuridica. Una panoramica offre anche l'occasione per esaminare la teoria dell'individuazione di Kelsen, il terzo dei motivi presenti nel passaggio citato all'inizio del presente studio accanto a quelli della “forma linguistica ideale” e del “diritto oggettivo”.

<sup>95</sup> Kelsen 1914: 207 (corsivo nell'originale), ora anche in Kelsen 2008, Vol. 3: 364. In questo saggio risalente agli inizi della sua carriera, Kelsen discutibilmente concepisce la regola della *lex posterior* come un principio logico. Merkl corregge immediatamente il tiro: «[I]l principio “lex posterior derogat legi priori” è valido solo sulla base di una norma di diritto positivo e non, allora, come si è solitamente inteso, vale a dire, come un assioma logico-giuridico» (Merkl 1927: 211). Si veda, più estesamente, Merkl 1918: 68-88, ora anche in Merkl 1993-2009, I/1: 179-96, e in Klecatsky et al 1986, Vol. 2: 1124-39. Per un elenco completo delle affermazioni– e delle varie posizioni – di Kelsen sul principio della *lex posterior*, cfr. Kammerhofer 2013: 238.

<sup>96</sup> Questa potrebbe sembrare al lettore un'attribuzione di una visione eccessivamente *naïve* a Kelsen. Tuttavia, è bene rammentare che Kelsen era uno studioso della filosofia del diciannovesimo secolo, con poche letture, più avanti negli anni, della filosofia analitica intesa in senso molto ampio – ad esempio di autori come J. L. Austin, Richard Hare, Jørgen Jørgensen, Hans Reichenbach. Per dare un'idea del background intellettuale di Kelsen, sarebbe sufficiente guardare ai testi di Heinrich Rickert, Max Scheler, Christian Sigwart, o Wilhelm Windelband; queste e altre figure della fine del diciannovesimo secolo ricevono costantemente la stessa attenzione dei protagonisti della filosofia analitica del ventesimo secolo nella *General Theory of Norms*, pubblicata postuma.

<sup>97</sup> Com'è risaputo, l'interesse di Kelsen per la teoria della norma persiste: rappresenta infatti il nucleo del suo interesse filosofico-giuridico nell'ultimo periodo. Cfr. Kelsen 1979.

#### 4. L'evoluzione della teoria della norma negli anni Cinquanta: una panoramica

L'evoluzione della teoria della norma di Kelsen negli anni Cinquanta può essere inquadrata da due punti di vista completamente diversi. Dal primo punto di vista, i problemi della teoria delle norme che hanno tenuto occupato Kelsen in questo periodo sono problemi posti dalle norme deontiche – un punto che può essere illustrato guardando al lavoro di Kelsen sul problema dei conflitti tra norme giuridiche. Come accennato nella precedente sezione, l'interesse di Kelsen per le norme deontiche deriva almeno in parte dall'influenza di von Wright. Quindi, assumere che la lunga difesa di Kelsen della norma sanzionatoria come l'unico tipo di norma non sopravviva alla fine del suo periodo classico non sarebbe, da questo primo punto di vista, un'assunzione irragionevole. Dopo tutto, le norme deontiche e la norma sanzionatoria di Kelsen, intesa come norma autorizzatrice, sembrano rappresentare degli aspetti totalmente diversi, e in questa fase le norme deontiche sono in prima linea.

Ciononostante, l'assunzione sarebbe sbagliata, e ciò diviene più chiaro adottando il secondo punto di vista, che richiama l'attenzione sulle rubriche sistematiche nell'evoluzione della teoria delle norme di Kelsen negli anni Cinquanta; queste – come suggerito nella terza sezione del presente lavoro – indicano l'incorporazione, da parte di Kelsen, delle norme deontiche in uno schema governato dalla norma sanzionatoria intesa come norma autorizzatrice. Il mio obiettivo, in quest'ultima sezione, è spiegare come debba essere intesa quest'incorporazione di Kelsen. Comincerò con una presentazione dell'opera di Kelsen nell'ambito di norme deontiche – in particolare, dalla sua attenzione nei confronti dei conflitti fra norme giuridiche – che illustra la misura in cui ne enfatizza il ruolo.

4.1. *Conflitti tra norme giuridiche.* Un esempio utile per occuparsi delle questioni relative al lavoro di Kelsen sui conflitti normativi<sup>98</sup> è il conflitto in cui il comando di fare  $x$  è unito al comando di astenersi dal fare  $x$ , assumendo che le norme 1 e 2 siano rivolte nello stesso momento allo stesso individuo.

1. La norma<sub>1</sub> comanda ad A al tempo  $t_1$ : “Fai  $x$ !”
2. La norma<sub>2</sub> comanda ad A al tempo  $t_1$ : “Astieniti dal fare  $x$ !”

Questo conflitto tra norme è totale, vale a dire, l'adempimento della norma<sub>1</sub> dà luogo alla violazione della norma<sub>2</sub>, e l'adempimento della norma<sub>2</sub> dà luogo a una violazione della norma<sub>1</sub>.

Questo conflitto normativo è una *contraddizione*? Da una prospettiva informale, si potrebbe rispondere ovviamente in maniera affermativa. Tuttavia, formalmente, l'interrogativo apre la strada a un problema quasi irresolubile, conosciuto in lettera-

<sup>98</sup> Cfr. Kelsen 1959; Kelsen 1960a, § 16, 76-7: § 34(e), 210.

tura come “Dilemma di Jørgensen”: esso prende il suo nome da Jørgen Jørgensen, che cercò di risolverlo.<sup>99</sup> Il primo corno del Dilemma di Jørgensen è l’idea che, in logica formale, l’applicazione del principio di non contraddizione e dal principio di inferenza presuppongano l’attribuzione di valori di verità agli enunciati in questione. L’applicazione di questi principi è quindi spiegata facendo appello ai valori di verità – nel caso del principio di non contraddizione, appellandosi alla verità di uno degli enunciati contraddittori e alla falsità dell’altro, e, nel caso del principio d’inferenza, appellandosi alla verità delle premesse. In un argomento valido (*sound*), la verità delle premesse, accompagnata da una corretta applicazione del principio di inferenza, esclude una conclusione falsa. Fin qui tutto bene. I grattacapi iniziano appena si prendono in considerazione le norme. Il principio di inferenza e il principio di non-contraddizione, presupponendo l’attribuzione di valori di verità, non si applicano alle norme, poiché le norme non sono né vere né false. Jørgensen formula il suo argomento ricorrendo agli imperativi.

”Fa silenzio!” – è vero o falso? Una questione senza senso. “Fai il tuo dovere!” – è vero o falso? Impossibile rispondere<sup>100</sup>.

Il risultato – uno dei corni del Dilemma di Jørgensen – è che, ammettendo l’impossibilità di assegnare valori di verità alle norme, non c’è logica di norme.

E l’altro corno del Dilemma di Jørgensen? Assumiamo una logica di norme in teoria e in pratica. Vale a dire, riconosciamo chiaramente norme incompatibili (“contraddittorie”) e formuliamo inferenze normative.

Certamente, Jørgensen non si accontenta del dubbio che questo dilemma rappresenta. La soluzione del problema che propone consiste nell’introdurre un elemento indicativo nell’analisi dei conflitti di norme, rendendo così possibile una spiegazione del conflitto fra norme nei termini delle loro controparti indicative. Seguendo Walter Dubislav, il quale suggerisce che «per ciascun enunciato imperativo [cioè, per ciascuna norma], vi è un enunciato indicativo corrispondente»,<sup>101</sup> Jørgensen scrive:

Un enunciato imperativo ha un significato se e solo se l’enunciato indicativo corrispondente, che potrebbe essere da esso derivato, e che descrive il suo contenuto, è

<sup>99</sup> Jørgensen, 1937/8: 288-96. Il problema fu denominato per la prima volta Dilemma di Jørgensen da Alf Ross nel suo articolo *Imperatives and Logic* (1941: 55-6).

<sup>100</sup> Jørgensen, 1937/8: 289.

<sup>101</sup> Jørgensen, 1937/8: 290, parafrasando Walter Dubislav, 1937: 339-42. I problemi terminologici in questo campo sono ben noti. Nel testo di Dubislav e anche in quello di Jørgensen il contesto chiarisce che *norma* è la lettura corretta del loro “enunciato imperativo”; alla norma non possono essere attribuiti valori di verità e quindi richiede un’analisi che sia parassitaria rispetto a quella dell’enunciato indicativo corrispondente.

significativo [...] [E] l'enunciato indicativo derivato può essere trattato allo stesso modo delle normali proposizioni, secondo le regole della logica ordinaria, che non si applica agli enunciati imperativi. Quindi possiamo costruire negazioni, disgiunzioni, congiunzioni, implicazioni, equivalenze e le altre funzioni di verità degli enunciati indicativi derivati e, quindi, applicare *indirettamente* le regole della logica agli enunciati imperativi, così che le implicazioni di questi ultimi possano essere rese esplicite.<sup>102</sup>

La chiave per la soluzione di Jørgensen è l'applicazione indiretta dei principi della logica agli imperativi, vale a dire, alle norme. I principi della logica si applicano direttamente agli enunciati indicativi che corrispondono alle norme in questione, e si applicano indirettamente alle norme stesse. Quindi, la logica si applica alle norme indirettamente, o per analogia.

È possibile trovare in letteratura diversi approcci basati su questa analogia. Per esempio, Bernard Williams introduce controparti indicative delle norme in conflitto nel modo seguente<sup>103</sup>:

- 1a. A sta facendo x.
- 2a. Non si dà il caso che A stia facendo x.

Uno degli enunciati indicativi è vero e l'altro – dato che questi enunciati sono contraddittori – è di conseguenza falso. La stessa cosa, quindi, si ritiene che valga, seppur indirettamente, per le norme corrispondenti del conflitto normativo totale. Una norma è valida e l'altra è invalida.

Tuttavia, non è questo l'approccio di Kelsen. Kelsen aveva introdotto le proposizioni normative all'inizio degli anni Quaranta<sup>104</sup>, e vi ritorna proprio in questa sede. È possibile, sebbene non necessario, identificare proposizioni normative che corrispondano, nella loro forma sintattica, alle norme che, nel gergo di Kelsen, esse "descrivono"<sup>105</sup>. Per distinguere la norma stessa dall'enunciato che verte sulla norma, la proposizione normativa di Kelsen, si ricorre alla forza illocutoria, che marca la differenza fra le due. Il ben noto esempio del parcheggio, proposto da Georg

<sup>102</sup> Jørgensen, 1937/8: 291-2 (enfasi mia).

<sup>103</sup> Cfr. anche Williams, 1966: 1-22, rist. in Williams, 1973, 187-206.

<sup>104</sup> Kelsen introduce per la prima volta la proposizione normativa (*Rechtssätze*) intesa in senso tecnico nel suo saggio del 1941, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, e le proposizioni normative sono oggetto di attenzione anche in Kelsen 1945, 45 ss., sebbene sotto il nome di "rules of law", una traduzione infelice. Le proposizioni normative compaiono, etichettate correttamente, nella versione in lingua francese del 1953 della prima edizione della *Reine Rechtslehre* (del 1934). Si rinvia alla nota 7 per maggiori dettagli.

<sup>105</sup> O, più precisamente, le rispettive disposizioni: ma questo dettaglio non dev'essere necessariamente preso in considerazione in questa sede.

Henrik von Wright, può essere usato per illustrare il punto<sup>106</sup>. Presso un cantiere, un poliziotto sbraita al motociclista “Qui non si parcheggia!” (e possiamo assumere che il poliziotto sia stato autorizzato a emanare tale norma). Il poliziotto emana tale norma. Poco dopo, un comune pedone passa davanti al sito di costruzione e strilla “Qui non si parcheggia!” a un motociclista che sta provando a parcheggiare. Il pedone ha menzionato, riferito, una norma, ma ovviamente, non c’è dubbio sul fatto che egli non abbia emanato la norma.

Seguendo questa possibilità – in cui proposizione normativa e norma hanno proprio la stessa forma – la proposizione normativa che corrisponde alle norme 1 e 2 sopra enunciate, vale a dire, “Fai X!” e “Astieniti dal fare X!”, può essere introdotta nel seguente modo:

- 1b. Fai X!
- 2b. Astieniti dal fare X!

Kelsen, in base alla concezione difesa alla fine degli anni Cinquanta, sostiene che il conflitto normativo totale si risolve argomentando *per analogiam*<sup>107</sup>. In altre parole, Kelsen cerca di risolvere il problema posto dal conflitto normativo totale facendo appello a enunciati normativi – nella sua terminologia, le proposizioni normative – corrispondenti a norme<sup>108</sup>. Le norme del conflitto normativo totale sono contraddittorie perché la congiunzione delle proposizioni normative corrispondenti rappresenta una contraddizione logica.

Un approccio completamente diverso alle norme in conflitto totale consiste nell’assumere che esse siano norme sanzionatorie intese come norme autorizzatrici. In quest’ultimo caso, non sorge alcun conflitto normativo. La norma<sub>1</sub> e la norma<sub>2</sub> – le norme in conflitto in 1 e 2 sopra – valgono come *oggetto d’analisi*, e le nozioni analizzanti possono essere ricavate dalle norme sanzionatorie corrispondenti, che sono autorizzazioni promulgate nei confronti di funzionari. Per esempio:

- 1c. La norma<sub>1</sub> ordina A al tempo<sub>1</sub>: “Fai x!” che equivale a dire che, se il destinatario non obbedisce, un funzionario è *autorizzato* a imporre una certa sanzione.
- 2c. La norma<sub>2</sub> ordina A al tempo<sub>1</sub>: “Astieniti dal fare x!” che equivale a dire che, se il destinatario non obbedisce, un funzionario è *autorizzato* a imporre una certa sanzione.

<sup>106</sup> Cfr. von Wright, 1963: 104-5.

<sup>107</sup> Cfr. Kelsen 1960a, § 16: 76-7. Sui conflitti fra norme giuridiche in generale, cfr., ad esempio, Wiederin 1990: 311-33; Schilling 1994, §§ 7-8: 371-458. È ben noto come Kelsen abbandonò, nel 1960, la soluzione dei conflitti normativi presentata in questo testo, inaugurando la sua cosiddetta *Spätlehre*. Cfr., in particolare, Kelsen 1960b: 44. Sulla prospettiva scettica nei confronti dei conflitti normativi abbracciata da Kelsen nell’ultimo periodo, cfr. Celano 1998: 343-61.

<sup>108</sup> Cfr. Guastini 2001: 103-16.

Se le norme di un conflitto normativo totale sono rielaborate in questi termini, lo stato di cose derivante è chiaramente anomalo, ma non sembra trattarsi di un'antinomia. Kelsen, in effetti, prende nota di questo approccio, ma solo *en passant*<sup>109</sup>.

In sintesi, quando ci si rivolge a Kelsen per il problema dei conflitti tra norme giuridiche, la rielaborazione delle norme deontiche come *norme autorizzatrici* rivolte a funzionari diventa poco più di un fenomeno secondario. Gli argomenti interessanti si trovano nell'ambito delle norme deontiche. Tuttavia, questo non significa che Kelsen abbia abbandonato la sua precedente concezione della norma sanzionatoria come unico tipo di norma, con l'autorizzazione quale sua modalità. Al contrario, nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, Kelsen riunisce le norme deontiche e le norme sanzionatorie intese come norme autorizzatrici. Lungi dal soppiantare la teoria delle norme sanzionatorie con quella delle norme autorizzatrici, l'opera di Kelsen degli anni Cinquanta sulle norme deontiche ne amplifica il ruolo.

4.2. *Due spiegazioni, strettamente collegate, delle norme sanzionatorie come norme autorizzatrici.* Due spiegazioni sono illustrative nella ricostruzione dell'evoluzione della teoria delle norme di Kelsen. In primo luogo, vi è una triplice distinzione concernente lo status delle norme giuridiche: dipendenti, indipendenti o complete<sup>110</sup>. Entro questa triplice distinzione, vi è un'altra triplice distinzione, che considera tre specie di norme giuridiche dipendenti: ordine, prescrizione positiva, e autorizzazione<sup>111</sup>. Le norme autorizzatrici compaiono qui come norme dipendenti rivolte all'emanazione di norme – la promulgazione da parte del parlamento di norme giuridiche generali, così come, nel diritto privato, il potere individuale di dare impulso a un procedimento legale presentando una domanda<sup>112</sup>. All'opposto, la norma sanzionatoria intesa come norma autorizzatrice rappresenta una norma giuridica indipendente o, se formulata elencando tutte le sue condizioni, una norma giuridica completa<sup>113</sup>. Questa costruzione è catturata dalla seconda spiegazione: la teoria kelseniana dell'individuazione.

4.3. *Lo status della norma giuridica.* L'espressione "status" è qui usata per affrontare la questione della dipendenza o meno della norma. Le norme giuridiche

<sup>109</sup> Cfr. Kelsen 1960b, § 5(a): 22, § 33(d): 187.

<sup>110</sup> Cfr. la terminologia corrispondente propria della lingua tedesca, che ho introdotto al penultimo paragrafo della § 1. Parte di questa terminologia appartiene a un uso tradizionale consolidato. Cfr., ad esempio, Bierling 1894/1917, Vol. 1, §§ 4-5: 71-106.

<sup>111</sup> Si veda a titolo d'esempio Kelsen 1960a, § 4(b): 4-5; § 4(c): 9-10; § 6(d): 52. Kelsen menziona le norme derogatorie nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* come un tipo di norma dipendente, cfr. Kelsen 1960a, § 6(e): 57; tuttavia, come tema di ricerca, le norme derogatorie appartengono all'ultimo periodo; cfr., in particolare, Kelsen 1945, Cap. 27: 106-14.

<sup>112</sup> Tra i vari riferimenti possibili, si veda a titolo d'esempio Kelsen 1960a, § 31: 164; § 33(a): 172-3.

<sup>113</sup> Si veda l'esempio di norma giuridica completa proposto da Merkl, citato, più avanti, alla nota 132.

dipendenti<sup>114</sup> sono tali in virtù della loro impossibilità di stare da sole. All'opposto, le norme giuridiche indipendenti possono stare da sole, e questo vale *a fortiori* per il caso delle norme giuridiche complete, che rappresentato immagini speculari, seppur in miniatura, della struttura gerarchica del sistema giuridico. L'esempio comune di norma giuridica dipendente è quello del comando, che richiede che il destinatario del comando compia – o si astenga dal compiere – un certo atto. Se non si adempie al comando, ciò che ne risulta è un illecito, che, dal canto suo, attiva la norma sanzionatoria – più precisamente, l'autorizzazione a imporre una sanzione.

La norma giuridica indipendente è rappresentata dalla norma sanzionatoria standard di Kelsen, rivolta al funzionario. Essa afferma: “Se ha luogo la condizione C, l'ufficiale pubblico deve imporre una certa sanzione”<sup>115</sup>. Il “dovere” generico va interpretato come un'autorizzazione, e, in linea con quest'assunzione, Kelsen è attento, in alcune delle sue affermazioni sulla norma giuridica indipendente, a notare che il “dovere” non deve essere inteso necessariamente come espressione dell'idea che la norma sanzionatoria prescriva una sanzione. Nello specifico, una norma giuridica indipendente non deve essere intesa come prescrittiva di una sanzione. In altri termini, la norma giuridica indipendente autorizza il funzionario, ma non impone un obbligo a meno che la mancata applicazione della sanzione da parte del funzionario comporti un'ulteriore sanzione, alla cui imposizione è autorizzato un funzionario di livello ancora più alto.

La norma giuridica dipendente e la norma giuridica indipendente, scrive Kelsen, sono «essenzialmente connesse»<sup>116</sup>. Ad esempio, la norma giuridica dipendente paradigmatica, il comando, può essere considerata una norma giuridica solo se è essenzialmente connessa a una norma giuridica indipendente, la norma sanzionatoria. Va tuttavia concesso che la natura esatta di questa connessione non è molto chiara, dal momento che Kelsen descrive in modi differenti la relazione tra il comando, inteso come norma giuridica dipendente, e la norma sanzionatoria, intesa come norma giuridica indipendente. Per esempio, secondo Kelsen, (i) il mancato adempimento del comando serve come *condizione* per la norma sanzionatoria ipoteticamente formulata<sup>117</sup>, o (ii) la sanzione, intesa come atto coercitivo specificato dalla norma giuridica indipendente, *costituisce* l'obbligo imposto dal comando<sup>118</sup>, o, ancora, (iii) l'obbligo imposto dal comando significa semplicemente che laddove non avvenga l'adempimento al comando, la sanzione specificata dalla norma giuridica indipendente dovrà essere imposta<sup>119</sup>.

<sup>114</sup> Si veda Kelsen 1960a, § 6(d)(e): 52, 55-9.

<sup>115</sup> Questa specifica formulazione, con la mia aggiunta del “dovere” generico, è ripresa da Celano 1999: 205-6.

<sup>116</sup> Kelsen 1960a, § 6(d): 52.

<sup>117</sup> Kelsen 1960a, § 6(e): 56.

<sup>118</sup> Kelsen 1960a, § 29(a): 132.

<sup>119</sup> Kelsen 1960a, § 29(a): 132.

Data la “connessione essenziale” tra il comando inteso come norma giuridica dipendente e la norma sanzionatoria, intesa come norma giuridica indipendente, che cosa succede all’affermazione teorica di Kelsen, avanzata sia negli *Hauptprobleme* sia nella *General Theory of Law and State*, secondo cui il comando sarebbe “superfluo” in una ricostruzione del diritto? La questione è tutt’altro che anacronistica: l’affermazione di superfluità da parte di Kelsen compare anche nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, dove egli scrive:

[La] norma “Non devi commettere omicidio” è superflua se c’è già la norma giuridica valida “Chiunque commetta omicidio dev’essere punito”<sup>120</sup>.

Forse è impossibile far quadrare il comando come norma giuridica dipendente con l’affermazione della sua superfluità avanzata per lungo tempo da Kelsen, ma la questione importante, qui, è che la norma giuridica dipendente effettivamente contribuisce a facilitare la rappresentazione del diritto<sup>121</sup>. Le due spiegazioni nella teoria della norma di Kelsen ancora in evoluzione, così come da lui presentate nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, possono essere intese come una parte del suo sforzo di offrire, dal punto di vista della scienza giuridica, una perspicua rappresentazione del diritto. L’imperativo, o il comando, non è più il cattivo della favola, così come avevo suggerito prima, perché la scienza giuridica gli ha conferito uno status, seppur di tipo derivato. Inoltre, tale status deriva interamente da una fonte concettuale, la congiunzione delle norme autorizzatrici ai livelli adiacenti della *Stufenbau*. È dunque ribadita la pretesa di Kelsen di seguire gli stretti vincoli del diritto oggettivo.

4.4. *Individuazione: le prospettive di Bentham e Kelsen, e la norma giuridica completa di Kelsen.* Bentham, a cui dobbiamo una dottrina dell’individuazione in teoria del diritto, scrive:

Cos’è una legge? Quali sono le parti di una legge? Si deve osservare che l’oggetto di tali questioni attiene alla *logica*, all’*ideale*, alla *sfera intellettuale*, non a quella *fisica*: la legge e non il testo legislativo. Un’indagine diretta a quest’ultimo tipo di oggetto, non potrebbe né sollevare difficoltà, né offrire risposte<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> Kelsen 1960a, § 6(e): 56.

<sup>121</sup> Kelsen 1945: 61.

<sup>122</sup> Bentham 1970: 301, dal paragrafo 2 della “Concluding Note” di Bentham (pubblicata nelle precedenti edizioni dei *Principles* come nota a più di pagina) (corsivo nell’originale). Questo testo è una porzione dello – ma non è contenuta nello – straordinario trattato di Bentham sulla *jurisprudence*, qui citato alla nota 85. È altresì d’interesse per la nozione di natura del diritto: Bentham 1977, Cap. I: 3-117. Un’utile guida generale a Bentham – che contiene, peraltro, una ricognizione altrettanto utile della più recente letteratura secondaria, scritta da uno dei principali studiosi di Bentham (e attualmente editore dei *The Collected Works of Jeremy Bentham*) – è Schofield, 2009.

L'indagine di Bentham non si rivolge né ai fini dettagli delle disposizioni di legge, così come viste dalla prospettiva del legislatore, né alla normale distinzione dei testi di legge, così come intesa da Raz, in «leggi ordinarie, sezioni, sotto-sezioni, regolamenti, legislazione secondaria», e simili<sup>123</sup>. Il fine perseguito da Bentham è, piuttosto, «l'*ideale*, la *sfera intellettuale*». Le leggi, in altre parole, sono “unità concettuali”, mentre i testi legislativi consistono meramente di materiali riuniti «per ragioni puramente contingenti»<sup>124</sup>.

Quando si mira alla chiarezza concettuale, l'idea di legge intesa come “unità intellettuale” dev'essere preferita, per dirla con H.L.A. Hart, «all'idea di testo legislativo, giacché un singolo testo legislativo potrebbe contenere solo una porzione di una legge, o parti di diverse leggi»<sup>125</sup>. Mutuando questo lessico da Bentham e da Hart, si potrebbe dire che il compito del filosofo del diritto è quello di estrarre le leggi dai materiali giuridici allo stato grezzo. Così come spiegato chiaramente da Kelsen negli *Hauptprobleme*, ciò che questa costruzione richiede spesso non si trova in «un unico testo legislativo, dovendo essere assemblato da diversi [testi di legge]»<sup>126</sup>.

Un programma di individuazione acquista realmente senso solo se il filosofo del diritto ha un'idea corretta di ciò che ricerca nel materiale grezzo del diritto. E questo ci riporta indietro, per chiudere il cerchio, al punto di partenza di Bentham: «Cos'è una legge? Quali sono le parti di una legge?» Nello stesso modo, ci riporta indietro al punto di partenza di Kelsen: qual è «la forma linguistica *ideale* della norma giuridica?» È risaputo che Bentham difende una teoria imperativista della legge, in cui concetti centrali sono quelli di sovranità e comando.

«Una legge può essere definita come una combinazione di segni dichiarativi di una volizione concepita o adottata dal *sovrano* di uno stato, concernente la condotta da osservare in un certo *caso*, da una certa persona o classi di persone, che, nel caso di specie, sono, o ci si aspetta che siano, soggette al suo potere»<sup>127</sup>.

Bentham si sforza di trovare un criterio di individuazione arrivando a diverse classi di atti. Per ciascuna legge, vi è una classe di atti. Se, a un certo punto, l'atto in questione – il furto, per esempio – fosse sempre punito con la pena di morte<sup>128</sup>, allora ci sarebbe una singola classe di atti conosciuta come furto e una legge ad essa corrispondente. In aggiunta, il legislatore potrebbe introdurre diversi gradi di

<sup>123</sup> Raz 1970: 71.

<sup>124</sup> James 1973: 361.

<sup>125</sup> Hart 1971: 60, anche in Hart 1982: 111.

<sup>126</sup> Si veda la citazione di cui alla nota 1 del presente testo.

<sup>127</sup> Bentham 2010, Cap. 3, § 30: 24 (*enfasi* nell'originale), Bentham 1970, Cap. 1, § 1: 1 (*enfasi* nell'originale).

<sup>128</sup> Ho ripreso l'esempio da James 1973: 376.

responsabilità penale per diverse specie di furto (furto di lieve entità, rapina a mano armata, e così via) con il risultato che, poniamo, tre diverse specie di quello che ora emerge come il genere del “furto” vanno a formare parte del diritto vigente. In definitiva, vi sarebbero tre classi di atti, riflessi in *tre leggi*<sup>129</sup>.

Il programma d’individuazione ideato da Kelsen si pone in contrasto con quello di Bentham. Sono due i fattori che marcano le principali differenze. In primo luogo, i punti focali di Bentham includono il soggetto giuridico, che può occupare una qualsiasi delle quattro posizioni raffigurate nel noto quadrato di opposizione<sup>130</sup>; in secondo luogo, le sanzioni, che per Bentham possono essere informali. Al contrario, Kelsen non lascia alcuno spazio al soggetto giuridico nel suo schema per l’individuazione della norma; inoltre, la sua nozione di sanzione, lungi dall’essere informale, è sempre giuridicamente istituzionalizzata ed è sempre esplicita. Questo è un riflesso dell’idea kelseniana che presenta la coercizione come una proprietà essenziale del diritto<sup>131</sup>. Nel programma per l’individuazione della norma ideato da Kelsen, lo status della sanzione è sempre lo stesso: quando si verificano le condizioni appropriate, *dev’essere* imposta la sanzione.

Alla luce di quanto abbiamo visto finora, è giunto finalmente il momento di dare uno sguardo a una norma giuridica completa: più precisamente, all’esempio di norma giuridica completa di Adolf Julius Merkl, ripreso dal diritto austriaco, che è un po’ più dettagliato degli esempi solitamente elaborati da Kelsen<sup>132</sup>:

«[a] Se un organo chiamato dalla Costituzione Federale a dare iniziativa al processo legislativo ha formulato una proposta nell’Assemblea Nazionale volta a disporre che i venditori di certi prodotti debbano pagare una tassa che ammonta a una certa percentuale dei proventi della vendita, e, inoltre, [b] se l’Assemblea Nazionale, dapprima in sede di commissione, e poi in sessione plenaria, seguendo la procedura specificamente prescritta dalle regole parlamentari sulla deliberazione, ha approvato la proposta in questione, e, ancora, [c] se questa legge è stata inviata all’Assemblea Federale, senza che questa abbia sollevato alcuna obiezione entro il termine di otto settimane, o, alternativamente, se questa abbia deciso prima della scadenza di non sollevare obiezione, e, ancora, [d] se il Presidente della Federazione ha firmato la legge, e il Cancelliere della Federazione, insieme al Ministro delle Finanze della Federazione, hanno controfirmato, e, inoltre, [e] se il Cancelliere della Federazione ha pubblicato e controfirmato la legge nella Gazzetta Ufficiale Federale, e, ancora,

<sup>129</sup> Si veda James 1973: 375-6.

<sup>130</sup> Si veda Hart 1971: 62, anche in Hart 1982: 114.

<sup>131</sup> Si veda ad esempio Kelsen 1925, § 19(d): 99-100; Kelsen 1928, § 2: 9. Si veda anche Merkl 1931: 260-1, anche in Merkl 1993/2009, I/1: 447-8, e in Klecatsky et al 1968, Vol. 2: 1320-10. Una discussione recente sulla coercizione nel diritto è offerta da Schauer 2015; Schauer non condivide l’idea di Kelsen che la coercizione sia una proprietà essenziale del diritto. Sul punto, si veda anche Spaak 2016, 182-214. Per la prospettiva di Kelsen si veda, più avanti, il testo di cui alla nota 134.

<sup>132</sup> Si veda a titolo d’esempio, Kelsen 1960a, § 6(e): 57-8.

[f] se, se dopo l'entrata in vigore di questa legge, il funzionario del fisco designato nel testo di legge ha prescritto, nell'ambito di una certa procedura, il pagamento di una certa tassa da parte di una certa persona, e, infine, [g] se questa persona non ha pagato la somma prescritta entro la scadenza prescritta, allora la sanzione tributaria dovrà essere irrogata alla persona in questione»<sup>133</sup>.

La norma giuridica completa può essere intesa come un'immagine speculare della *Stufenbau*, la struttura gerarchica del sistema giuridico, sebbene si tratti di un'immagine speculare in miniatura. La norma giuridica completa, muovendosi verso il basso lungo la struttura gerarchica, culmina in una singola norma giuridica indipendente la cui formulazione si trova al punto [g] dell'esempio di Merkl. Il comando – che nella teoria della norma di Kelsen è una norma giuridica dipendente che conduce alla, ed è analizzata nei termini della, norma giuridica indipendente di cui al punto [g] – si trova al punto [f].

Uno sguardo più ravvicinato al lessico impiegato da Merkl nel suo esempio è illuminante. In [b], la procedura stabilita nei regolamenti parlamentari è “prescritta” (*vorgeschrieben*), nel senso che è “stipulata”. Qui, dobbiamo prendere le mosse dalla nozione di autorizzazione; questo equivale a dire che il mancato adempimento della procedura da parte dell'Assemblea Nazionale, potrebbe significare che l'Assemblea Nazionale non è riuscita a fare ciò che è stata autorizzata a fare, cioè approvare delle leggi. Ma questo inadempimento non è legato ad alcuna sanzione.

All'opposto, in [f], il pagamento di una certa tassa è “prescritto” nel senso di “ordinato”. In questo caso, la differenza è che l'inadempimento nel pagare le tasse è la condizione per l'imposizione della sanzione, e la norma giuridica indipendente in [g] dice precisamente questo. Qui è sottintesa l'idea di Kelsen che il “dovere” generico nella norma giuridica indipendente marca un'autorizzazione ad imporre la sanzione, a meno che, come spiegato prima, la mancata imposizione di questa sanzione sia essa stessa la condizione per un'altra norma giuridica indipendente che autorizza un funzionario di livello più alto a imporre una sanzione al primo funzionario, nel cui caso il “dovere” iniziale va letto propriamente come una prescrizione in senso stretto.

Anche le altre clausole nella norma giuridica completa esprimono autorizzazioni. Per esempio, in [a], affermare che un organo è chiamato dalla Costituzione Federale a dare impulso al processo legislativo equivale a dire che l'organo è autorizzato dalla Costituzione a farlo. Lo stesso vale per le altre clausole. Nessuna di queste norme autorizzatrici è isolata. Sono norme giuridiche dipendenti nella gerarchia della norma completa, culminanti in una norma giuridica indipendente che autorizza un funzionario a imporre una sanzione.

Sorge immediatamente la seguente questione: perché mai l'autorizzazione a

<sup>133</sup> Merkl 1931: 274, anche in Merkl 1993/2009, I/1: 465-6, e in Klecatsky at al 1968, vol. 2: 1337.

promulgare le leggi – la quale è, essa stessa, una norma – non può stare da sola? La risposta di Kelsen lo conduce agli elementi fondamentali della sua filosofia del diritto. Una norma giuridica è indipendente e, allo stesso modo, una norma giuridica è completa solo se la sua dimensione coercitiva – l'atto coercitivo specificato dalla norma giuridica indipendente – è manifesto<sup>134</sup>. Dal momento che la norma giuridica completa include alla base una norma giuridica indipendente, si verifica la condizione posta da Kelsen. Invece, dal momento che l'autorizzazione a promulgare norme non soddisfa, da sola, la condizione posta da Kelsen, deve essere relegata allo status di norma giuridica dipendente, un mero frammento che<sup>135</sup>, nei termini di Kelsen, è "essenzialmente connesso" alla norma giuridica indipendente.

L'altro contesto in cui l'autorizzazione sorge come norma giuridica dipendente è quello dell'autorizzazione individuale a iniziare un procedimento giudiziario. Kelsen scrive che se il mancato adempimento da parte di A di un obbligo nei confronti di B porta all'impulso a un procedimento legale da parte di B nei confronti di A, questo vale come esercizio di un potere giuridico di B e, più precisamente, di un'autorizzazione di B. Ciò equivale a dire – continua Kelsen – che B gioca la sua parte nella realizzazione della decisione giudiziale successiva, la creazione di una norma giuridica individuale<sup>136</sup>. Qui, l'interrogativo concerne la natura di questa norma giuridica individuale. Assumendo, a titolo esemplificativo, che B risulti vincitore nel procedimento, l'azione civile culminerà in una sentenza contro A, e l'esecuzione della sentenza rappresenta l'atto coercitivo specificato nella norma giuridica indipendente. L'autorizzazione di B è essenzialmente connessa alla norma giuridica indipendente – riflessa, in questo caso, nella norma giuridica individuale che determina l'imposizione di una sanzione, l'esecuzione di una sentenza contro A.

## Bibliografia

- Alchourrón, C.E., Bulygin, E. (1971). *Normative Systems*, Vienna-New York, Springer.
- Alexy, R. (2013). *Hans Kelsen's Concept of the "Ought"*, «Jurisprudence», 4, 235-45.

<sup>134</sup> «[L'] essenza della norma giuridica è rispecchiata dal suo carattere coercitivo»: cfr. Kelsen 1922, § 15: 87. E ancora: «se il diritto è un ordinamento coercitivo, allora ogni norma *giuridica* è una norma che determina l'imposizione di una forma di coercizione» (Kelsen 1925, § 10(a): 47, corsivo nell'originale). E ancora: si potrebbe dire che «"non si deve rubare", "si deve restituire un prestito", e così via», ma, prosegue Kelsen, «bisogna tenere in mente [...] che la connessione con l'atto coercitivo, essenziale per il carattere giuridico di una norma, resta inespressa» (Kelsen 1934 § 14(b): 30).

<sup>135</sup> Kelsen 1922, § 15: 89.

<sup>136</sup> Cfr. Kelsen 1960a, § 33(a): 172.

- Behrend, J. (1977). *Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkels und Hans Kelsens*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Bentham, J. (1970). *Of Laws in General*, J.H. Burns, H.L.A. Hart (eds.), London, Athlone Press.
- (2010). *On the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*, P. Schofield (ed.), Oxford, Clarendon Press.
- Bierling, E. R. (1894/1917). *Juristische Prinzipienlehre*, Tübingen, Mohr.
- Binding, K. (1871/1922). *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, Engelmann, Meiner.
- (1914). *Normen*. (Seconda edizione). Leipzig, Meiner.
- (1980). *Die Normen und ihre Übertretung. Vol. I. Seconda Edizione*, Leipzig, Engelmann.
- Bohannon, P. (1965). *The Differing Realms of the Law*, «American Anthropologist», 67, 33-42.
- Borowski, M. (2005). *Die Lehre vom Stufenbau der Rechts nach Adolf Julius Merkl*, in Paulson, S.L., Stolleis, M. (eds.) *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, 122-59.
- (2014). *Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre*, «Ratio Juris», 27, 79-93.
- Broad, C.D. (1950). *Imperatives, Categorical and Hypothetical*, «The Philosopher», 2, 62-75.
- Bulygin, E. (1990). *An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law*, «Ratio Juris», 3, 29-45. Ristampato in Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford, Clarendon, 1998, 297-315.
- (1992). *On Norms of Competence*, «Law and Philosophy», 11, 201-16. Ristampato in Bulygin, E. *Essays*, Stanley L. Paulson et al. (eds.), Oxford, Oxford U.P., 272-83.
- Celano, B. (1998). *Norm Conflicts: Kelsen's View in the Late Period and a Rejoinder*, in Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 343-61.
- (1999). *La teoria del diritto di Hans Kelsen*. Bologna, Il Mulino.
- Chiassoni, P. (2013). *Wiener Realism*, in Duarte d'Almeida, L., et al. (eds.), *Kelsen Revisited*, Oxford, Hart, 131-62.
- Dernburg, H. (1884/7). *System des Römischen Rechts, der Pandekten*, P. Sokolowski (ed.), Berlin, Müller, 1911.

- Dias Nogueira, G. (2005). *Rechtspositivismus und Rechtstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Dreier, H. (1990). *Rechtslehre. Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 196-203.
- Dubislaw, W. (1937). *Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze*, «Theoria», 3, 330-42.
- Ennecerus, L., Nipperdey, H.C. (1959/60). *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, Mohr.
- Faller, H. J. (1974). *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Frankfurter Reichsverfassung vom 28. März 1849*, in Leibholz, G., et al. (eds.), *Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung. Festschrift für Willi Geiger*, Tübingen, Mohr, 827-55.
- Fuller, L.L. (1969). *The Morality of Law*, New Haven, Yale U.P.
- (2001). *The Principles of Social Order*, K.I. Winston (ed.), Oxford, Hart.
- Funke, A. (2009). *Allgemeine Rechtslehre als Lehre von den juristischen Grundbegriffen: Ernst Rudolf Bierling (1841-1919)*, in Lege, J. (ed.), *Greifswald – Spiegel der deutschen Rechtswissenschaft 1815-1945*, Tübingen, Mohr Siebeck, 93-110.
- Grussmann, W.-D. (1989). *Adolf Julius Merkl – Leben und Werk*, Wien, Manz.
- Guastini, R. (2001). “*Sollsätze*”. *An Exercise in Hard Legal Positivism*, in Chiassoni, P. (ed.), *The Legal Ought*. Torino, Giappichelli, 103-16.
- Hart, H.L.A. (2013). *The Concept of Law*, III ed., Oxford, Clarendon Press.
- (1971). *Bentham’s Of Laws in General*, «Rechtstheorie», 2, 55-66. Ristampato in Hart, H.L.A., *Essays on Bentham*. Oxford, Clarendon Press, 1982, 105-26.
- Heidemann, C. (1997). *Die Norm als Tatsache*, Baden-Baden, Nomos.
- Hoyer, A. (1997). *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, Berlin, Duncker & Humblot.
- Jestaedt, M. (1999). *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- James, H. (1973). *Bentham on the Individuation of Laws*, «Northern Ireland Law Quarterly», 24, 357-82.
- Jørgensen, J. (1937/8). Imperatives and Logic, «Erkenntnis», 7, 288-96.
- Kammerhofer, J. (2013). *Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts*, in Jabloner, C., et al. (eds.), *Gedenkschrift Robert Walter*, Wien, Manz, 237-56.
- Kaufmann, A. (1954). *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, Schwartz.

- Kelsen, H. (1911). *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, J.C.B. Mohr. Ristampato in Jestaedt, M. (ed.), *Hans Kelsen Werke*, Tübingen, Mohr Siebeck, Vol. 2, 2008, 49-878.
- (1914). *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*, «Archiv des öffentlichen Rechts», 32, 202-45, 390-438. Ristampato in Jestaedt, M. (ed.) (2008). *Hans Kelsen Werke*, Tübingen, Mohr Siebeck, Vol. 3, 2008, 49-878, 359-425; tr. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, ETS, 1991.
- (1920a). *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, Mohr.
- (1920b). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 47, 50-85.
- (1922). *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, Mohr.
- (1923/4). *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, «Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie», 17, 374-408. Ristampato in Klecatsky, H., et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, 1625-60.
- (1925). *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Springer. Traduzione italiana: *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, A. Carrino (ed.), Torino, Giappichelli, 2004.
- (1928). *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, Charlottenburg, Pan-Verlag Heise.
- (1929). *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 5, 30-88. Ristampato in Klecatsky, H., et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, 1813-71; tr. ingl. *Kelsen on the Nature and Development of Constitutional Adjudication*, in Vinx, L. (ed.), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge U.P., 2015, 22-79.
- (1931). *Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung*, «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 66, 449-521. Ristampato in Leser, N. (ed.), *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, Wien, Wiener Volksbuchhandlung, 1967, 69-136.
- (1934). *Reine Rechtslehre*. I ed., Leipzig, Wien, Deuticke.
- (1941). *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, «Harvard Law Review», 55, 44-70. Ristampata (con alcune omissioni) in Kelsen, H., *What is Justice?*, Berkeley (Cal.), University of California Press, 266-87.

- (1945). *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P.
- (1953a). *Théorie pure du droit*; tr. franc. a cura di H. Thévenaz, Boudry-Neuchâtel, Éditions de la Baconnière.
- (1953b). *Was ist die Reine Rechtslehre?*, in AA.VV., *Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti* [non sono indicati i curatori], Zurich, Polygraphischer Verlag, 143-62, Ristampato in Hans Klecatsky, H., et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, 611-29.
- (1959). Manoscritto del 15 Maggio 1959, in Kelsen, H., Klug, U., *Rechtsnormen und logische Analyse*, Wien, Deuticke, 1981, 14-29.
- (1959/60). *Adolf Merkl zu seinem siebzigsten Geburtstag am 23. März 1960*, «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», 10, 313-23.
- (1960a). *Reine Rechtslehre*, II ed., Wien, Deuticke.
- (1960b). Manoscritto del 4 Luglio 1960, in Kelsen, H., Klug, U., *Rechtsnormen und logische Analyse*. Wien, Deuticke, 1981, 14-29 e 42-50.
- (1979). *General Theory of Norms*, trad. ingl. a cura di M. Hartney, Oxford, Clarendon, 1991.
- (1987). *Recht und Kompetenz. Kritische Bemerkungen zur Völkerrechtstheorie Georges Scelles*, in Kelsen, H., *Auseinandersetzungen zur Reinen Rechtslehre. Kritische Bemerkungen zu Georges Scelle und Michel Virally*, K. Ringhofer, R. Walter (eds.), Wien, Springer, 1-108.
- (1998). *Foreword to the Second Printing of Main Problems in the Theory of Public Law (1923)*, in Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.), *Normativity and Norms*, Oxford, Clarendon, 1999, 3-21.
- (2005). *Controverses sur la Théorie pure du droit*. Paris, Editions Panthéon-Assas, 63-161.
- Koller, P. (2005). *Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in Paulson, S.L., Stolleis, M. (eds.), *Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 106-121.
- Kubeš, V. (1980). *Das neueste Werk Hans Kelsens über die allgemeine Theorie der Normen und die Zukunft der Reinen Rechtslehre*, «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht», 31, 155-99.
- Kühne, J.-D. (1985). *Die Reichsverfassung der Paulskirche*, Frankfurt, Metzner
- Leibniz, G.W. von (1999). *Modalia et elementa juris naturalis, erste Fassung, zweite Fassung*, in Id., *Philosophische Schriften*, vol. 4, pt. C, Forschungsstelle der Universität Münster (ed.), Berlin, Akademie Verlag.

- Lenzen, W. (2005). *Leibniz on Alethic and Deontic Modal Logic*, in Berlioz, D., Nef, F. (eds.), *Leibniz et les puissances du langage*, Paris, Librairie philosophique Vrin, 341-62.
- Mazzarese, T. (1989). *Logica deontica e linguaggio giuridico*, Padova, Cedam.
- Merkel, A.J. (1916/1919). *Das Recht im Licht seiner Anwendung*, «Deutsche Richterzeitung», 8 (1916), 584-92, vol. 9 (1917), 162-76, 394-8, 443-50, vol. 11 (1919), 290-8. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 85-146, e in Klecatsky, H. et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, 1167-1201.
- 1918. *Die Rechtseinheit des österreichischen Staates*, «Archiv des öffentlichen Rechts», 37 (1918), 56-121, 68-88. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 169-225, e in Klecatsky, H. et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2 Hans Klecatsky et al. (eds.), Wien, Europa Verlag, 1968, 1115-65.
- 1918b. *Das doppelte Rechtsantlitz*, «Juristische Blätter», 47, 425-65. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 227-52, e in Klecatsky, H. et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, 1091-98.
- (1922). *Gesetzesrecht und Richterrecht*, «Prager Juristische Zeitschrift», 2, 337-44. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 317-27, e in Klecatsky, H. et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, 1615-24.
- (1923). *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig, Wien, Deuticke.
- (1925). *Justizirrtum und Rechtswahrheit*, «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 45, 452-65. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 369-84, e in Klecatsky, H. et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 1, Wien, Europa Verlag, 1968, 195-208.
- (1927). *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Berlin, Springer.
- (1931). *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*, in Verdross, A. (ed.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag*, Wien, Springer, 252-94. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.), Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, 437-92, e in Klecatsky, H., et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule* (2 volumi). Vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, 1311-61.

- (1952). *Adolf Merkel*, in Grass, N. (ed.), *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften*, Innsbruck, Wagner, 137-59. Ristampato in Merkel, A.J., *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.) Berlin, Duncker & Humblot, 1993-2009, I/1, xxi-xlv.
- (1993/2009). *Gesammelte Schriften*, D. Mayer-Maly et al. (eds.) Berlin, Duncker & Humblot.
- Moreso, J.J. (2012). *Bentham's Deontic Logic*, «Analisi e diritto 2012», 237-45. Ristampato in Tusseau, G., *The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham*, London, Routledge, 2014, 71-80.
- Navarro, P.E. (2015). *Normative Systems and Legal Positivism*, in Bulygin, E., *Essays in Legal Philosophy*, S.L. Paulson et al. (eds.), Oxford, Oxford U.P., 1-21.
- Navarro P.E., Rodríguez, J. (2014). *Deontic Logic and Legal Systems*, Cambridge, Cambridge U.P.
- Nawiasky, H. (1927). *Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Stufenbau des Rechtes*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», 6, 488-96.
- Öhlinger, T. (1975). *Der Stufenbau der Rechtsordnung*, Wien, Manz.
- (1976). *Zum rechtstheoretischen und rechtspolitischen Gehalt der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung*, in Mokre, J., Weinberger, O. (eds.), *Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*, Wien, Springer, 79-96.
- Olechowski, T., Ehs, T., Staudigl-Ciechowicz, K. (2014). *Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918-1938*, Göttingen, V&R Unipress.
- Paulson, S. L. (1990). *Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre*, in R. Walter (ed.), *Adolf J. Merkel. Werk und Wirksamkeit*, Wien, Manz, 93-105.
- (1998). *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory? Reflections on a Periodization*, «Oxford Journal of Legal Studies», 18, 153-66.
- (1999). *Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory*, «Oxford Journal of Legal Studies», 19, 351-64.
- (2014). *Il problema della giustificazione nella filosofia del diritto di Hans Kelsen*, trad. it. a cura di G. Luchena, Torino, Giappichelli.
- (2017). *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, «Modern Law Review», 80, 860-94.
- Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.) (1998). *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon.
- Raz, J. (1980). *The Concept of a Legal System II ed.*, Oxford, Clarendon.

- (1972). *Voluntary Obligations and Normative Powers*, *Proceedings of the Aristotelian Society*, suppl. vol. 46, 79-102, ristampato in Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, 451-70.
- Ross, A. (1941). *Imperatives and Logic*, «Theoria», 7, 53-71.
- (1946). *Towards a Realistic Jurisprudence*, trad. ingl. a cura di A.I. Fausbøll, Copenhagen, Munksgaard.
- Rupp, H.H. (1991). *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, II ed. Tübingen, Mohr.
- Sander, F. (1924). *Merkls Rechtslehre*, «Wissenschaftliche Vierteljahrsschrift zur Prager Juristischen Zeitschrift», 4, 16-31.
- Schauer, F. (2015). *The Law as Force*, Cambridge (Mass.), Harvard U.P.
- Schilling, T. (1994). *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen*, Berlin, Spitz.
- Schofield, P. (2009). *Bentham*, London, Continuum.
- Silving, H. (1947). *Law and Fact in the Light of the Pure Theory of Law*, in Sayre, P. (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophy*, New York, Oxford U.P., 642-67.
- Spaak, T. (2016). *Schauer's Anti-Essentialism*, «Ratio Juris», 29, 182-214.
- Thon, A. (1906). *Die Normenadressat*, «Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts», 50, 1-54.
- Verdross, A. (1930). *Die Rechtstheorie Hans Kelsens*, «Juristische Blätter», 59, 421-3. Ristampato in Hans Klecatsky, H., et al. (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Vol. 2, Wien, Europa Verlag, 1968, 1301-09.
- Voegelin, E. (1930/31). *Die Einheit des Rechts und das soziale Sinngebilde Staat*, «Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts», 5, 58-89.
- Vogel, K. (1965). *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, Frankfurt, Metzner.
- von Wright, G.H. (1951). *Deontic Logic*, «Mind», 60, 1-15, ristampato in von Wright, G.H., *Logical Studies*, London, Routledge & Kegan Paul, 1957, 58-74.
- (1963). *Norm and Action*. London, Routledge & Kegan Paul.
- (1985). *Is and Ought*, in Bulygin, E., et al. (eds.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Dordrecht, Reidel, 263-81, ristampato in Paulson, S.L., Litschewski Paulson, B. (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon, 1998, 365-82.

- (1989). *Intellectual Biography*, in Schlipp, P.A., Hahn, L.E. (eds.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, La Salle (Ill.), Open Court, 1-55.
- (1999). *Deontic Logic. A Personal View*, «Ratio Juris», 12, 26-38.
- (1999). *Value, Norm, and Action in My Philosophical Writings*, in Meggle, G., Wojcik, A. (eds.), *Actions, Norms, Values*, Berlin, de Gruyter, 11-33.
- Walter, R. (1964). *Der Aufbau der Rechtsordnung*, Graz, Leykam e Wien, Manz, 1974.
- (1990). *Adolf J. Merkl – Persönlichkeit und wissenschaftliches Werk*, in Walter, R. (ed.), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, Wien, Manz.
- Weyr, F. (1936). *Der Stufenbau der Rechtsordnung (die Hierarchie der Rechtsnormen) und der allgemeine Begriff des Rechtsverfahren*, in Kubeš, V., Weinberger, O. (eds.), *Die Brünner rechtstheoretische Schule*, Wien, Manz, 1980, 139-50.
- Wiederin, E. (1990). *Was ist und welche Konsequenzen hat ein Normkonflikt?*, «Rechtstheorie», 21, 311-33.
- (2011). *Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's*, in Griller, S., Rill, H.P. (eds.), *Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung*, Wien, Springer, 81-134.
- Williams, B.A.O. (1966). *Consistency and Realism*, «Proceedings of the Aristotelian Society», suppl. vol. 40, 1-22, ristampato in Williams, B.A.O., *Problems of the Self*, Cambridge, Cambridge U.P., 1973, 187-206.
- Zitelmann, E. (1879). *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, Duncker & Humblot.

Edizioni ETS  
Palazzo Roncioni - Lungarno Mediceo, 16, I-56127 Pisa  
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com  
Finito di stampare nel mese di giugno 2019

