

Teoria e politica della dottrina pura del diritto. Su alcune critiche di Ferrajoli a Kelsen

Giulio Itzcovich *

Sommario

Allo scopo di difendere Kelsen dalle critiche avanzate da Ferrajoli nel libro *La logica del diritto*, il saggio si propone di chiarire la “politica del diritto” alla base di alcune caratteristiche scelte epistemologiche e teoriche di Kelsen: il postulato dell’unità della conoscenza giuridica, la teoria della norma giuridica come condizionale ipotetico avente a oggetto l’uso della forza, la teoria della clausola alternativa tacita, lo scetticismo interpretativo. Queste tesi della dottrina pura permettono a Kelsen di argomentare alcune conclusioni interessanti sul compito della scienza giuridica, sulle opportunità e i rischi della giustizia costituzionale e sul ruolo del potere giudiziario. A differenza di quanto sostenuto da Ferrajoli, nessun di queste tesi è auto-contraddittoria o incompatibile con il positivismo giuridico.

Parole chiave: Kelsen. Ferrajoli. Politica del diritto. Unità della conoscenza giuridica. Giustizia costituzionale.

Abstract

In order to defend Kelsen from the criticisms advanced by Ferrajoli in his book *La logica del diritto*, the essay intends to clarify the “politics of law” underlying some basic epistemological and theoretical choices of Kelsen: the postulate of the unity of the legal knowledge, the theory of legal norms as hypothetical-conditional prescriptions on the use of force, the “tacit alternative clause” theory, and interpretive scepticism. These theses of the pure theory of law allow Kelsen to argue for some interesting conclusions on the mission of legal science, on the opportunities and risks of constitutionality review, and on the role of the judiciary. Contrary to what Ferrajoli maintains, none of these theses is either self-contradictory or incompatible with legal positivism.

Keywords: Kelsen. Ferrajoli. Legal policy. Unity of legal knowledge. Constitutional review.

* Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Brescia, Via San Faustino, 41, 25121, Brescia, Italia, giulio.itzcovich@unibs.it

1. Kelsen e Ferrajoli

Chiunque conosca l'opera di Ferrajoli sa quanto forte sia il suo legame con Kelsen. Di Kelsen Ferrajoli condivide il positivismo giuridico (non esiste il diritto naturale, tutto il diritto è creato dagli uomini), lo scetticismo etico (non esiste una morale oggettivamente valida), il normativismo (il diritto si compone di norme la cui validità dipende solo dal fatto di essere poste dalle autorità competenti nel rispetto delle norme sulla produzione). Temi centrali della teoria di Ferrajoli sono in rapporto con le tesi kelseniane, come l'idea del passaggio dallo stato legislativo allo stato costituzionale – in cui, mediante la costituzione rigida, il diritto regola il proprio “dover essere” conforme a costituzione – e come la distinzione tra validità formale e validità sostanziale delle leggi, con conseguente possibilità di un “diritto illegittimo”; come sottolinea Ferrajoli, queste idee, pur non attribuibili a Kelsen, recepiscono la sua concezione nomodinamica della produzione del diritto (la tesi secondo cui il diritto regola la propria trasformazione) e la teoria della struttura a gradi dell'ordinamento. Esse riflettono, inoltre, l'esistenza in molti ordinamenti di un sistema di controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi, che a sua volta è il grande contributo di Kelsen alla nascita dello stato costituzionale di diritto, la sua più importante realizzazione di politica del diritto e ingegneria istituzionale.

Anche dal punto di vista del metodo e degli intendimenti generali della teoria, la vicinanza con Kelsen è notevole. C'è anzitutto il fatto, importante ma ovvio, che Ferrajoli è impegnato nel progetto kelseniano di una teoria “pura” del diritto, cioè di una teoria formale o strutturale: una teoria che «si limita all'analisi dei concetti teorico-giuridici e delle loro relazioni sintattiche», nettamente distinta dalla dottrina giuridica, dalla filosofia politica normativa e dalla sociologia del diritto; una teoria che non dice «nulla intorno ai contingenti contenuti del diritto», alla sua giustizia ed effettività, e le cui tesi pretendono perciò di essere «ideologicamente neutrali»¹. Ma la vicinanza con Kelsen risulta anche dal fatto – meno ovvio e anzi a prima vista paradossale – che la pretesa di neutralità della teoria convive con, o addirittura sembra implicata da, una comune ispirazione politica e culturale di fondo: una presa di posizione “neo-illuminista”, liberale (nel senso di garantista), democratica (in particolare favorevole alla democrazia rappresentativa), promotrice delle realizzazioni dello stato sociale e del rafforzamento del diritto internazionale.

Questi orientamenti politico-culturali si esprimono in circostanze sociali e isti-

¹ Ferrajoli 2007: 19. Cfr. ad es. Kelsen 1952a: 47: «La dottrina pura è una teoria del diritto positivo. Del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico. È teoria generale del diritto, non interpretazione di norme giuridiche particolari, statali o internazionali [...]. Essa, come teoria, vuole conoscere esclusivamente ed unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa è e come è il diritto; non però alla domanda: come deve essere o come si deve produrre il diritto. È scienza del diritto, non già politica del diritto»; passo riprodotto senza modificazioni in Kelsen 1966a: 9.

tuzionali differenti e hanno quindi conseguenze diverse sul modo in cui i due autori costruiscono la propria teoria del diritto. Prendiamo, ad esempio, il compito assegnato alla scienza giuridica². In Kelsen una presa di posizione a favore del costituzionalismo liberaldemocratico è alla base dell'ostilità verso la dottrina tradizionale della monarchia costituzionale, le cui distinzioni concettuali mal fondate, ipostatizzazioni e metafore organiciste, gli appaiono solidali con una concezione autoritaria dello stato. Secondo Kelsen, la dottrina giuridica (la "giurisprudenza normativa") dovrebbe evitare di perseguire obiettivi politici travestiti da verità scientifiche e limitarsi a descrivere il contenuto di norme giuridiche valide³. In Ferrajoli la medesima ispirazione di fondo si traduce nell'idea opposta secondo cui, soprattutto dopo l'avvento dello stato costituzionale di diritto, la dottrina giuridica deve assumere un ruolo «critico e progettuale»⁴: deve essere fedele alla costituzione e denunciare la violazione e la mancata attuazione delle sue norme. Per Ferrajoli la dottrina giuridica – a differenza della teoria del diritto – non deve e non può essere neutrale, né tantomeno puramente descrittiva⁵.

Insomma, le conclusioni dei due autori sul ruolo della dottrina giuridica sono opposte, ma nascono da una comune presa di posizione a favore del costituzionalismo liberaldemocratico, espressa in contesti politici e istituzionali differenti⁶.

Dico questo perché, se non si ha chiaro quanto stretto sia il rapporto tra le teorie di Ferrajoli e Kelsen, si rischia di non capire che genere di libro sia *La logica del diritto* di Ferrajoli. Non un libro contro Kelsen, anche se la sua critica a Kelsen può sembrare, più che serrata, annichilente e globale: a prima vista, poco o niente resta in piedi della teoria kelseniana⁷. Il sottotitolo del libro, *Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, è persino impreciso, perché le aporie che Ferrajoli ritrova in Kelsen sono molto più numerose: ogni aporia ha conseguenze ulteriormente aporetiche, dando origine a una molteplicità di proposizioni teoriche false, contraddittorie,

² Sulla teoria kelseniana della scienza giuridica, vedi Chiassoni 2012, che sottolinea la vicinanza di Kelsen al realismo giuridico già a partire dai *Lineamenti* del 1934.

³ Kelsen 1928: vii: «la scienza giuridica non può né deve – né direttamente, né indirettamente – creare diritto; deve limitarsi a conoscere il diritto creato dai legislatori, dagli amministratori, e dai giudici. Questa rinuncia, incontestabilmente dolorosa per il giurista, perché contraria al comprensibile interesse del suo ceto, è un postulato essenziale del positivismo giuridico, che, opponendosi consapevolmente ad ogni dottrina del diritto naturale, esplicita o inconfessata, respinge risolutamente il dogma che la dottrina sia una fonte del diritto»; Kelsen 2000: 5: il «punto di vista della scienza» è «libero da qualsiasi giudizio di valore morale o politico»; Kelsen 1966a: 90: «la scienza del diritto può soltanto descrivere il diritto, senza poter prescrivere alcunché». Per il concetto di «giurisprudenza normativa» vedi Kelsen 1952b: 180 ss. e 2000: 166 s. (la giurisprudenza normativa come «scienza empirica»).

⁴ Ferrajoli 2016: 206.

⁵ Su questo vedi le critiche di Ferrajoli a Kelsen nel capitolo sulla «illusione [kelseniana] di una scienza giuridica puramente descrittiva» (Ferrajoli 2016: 179 ss.).

⁶ Sull'importanza del contesto istituzionale, Itzcovich 2017.

⁷ Come nota Barberis 2017.

semplicitiche e poco utili⁸. Ma la critica non è liquidatoria, perché proviene da un teorico del diritto kelseniano che vuole perfezionare Kelsen, correggerne gli errori per conservarne e svilupparne la teoria. Non è una critica estrinseca, quale potrebbe essere – immagino – una critica di Ferrajoli a Carl Schmitt, Santi Romano o Ronald Dworkin. È condotta a partire da presupposti teorici, metodologici ed etico-politici in larga parte comuni ed è dettagliata, puntuale, basata su una lettura ravvicinata e conoscenza eccellente dell'opera di Kelsen. Inoltre, si tratta di una critica che vuole mantenere alcune idee di Kelsen – il progetto di una teoria formale del diritto, la teoria della struttura a gradi dell'ordinamento – e confutarne altre, allo scopo di difendere la sua più importante realizzazione istituzionale: la creazione di un controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi.

In fondo, il vero avversario di Ferrajoli non è tanto Kelsen quanto il neocostituzionalismo⁹ e – ne *La logica del diritto* soprattutto – il realismo giuridico. Quest'ultimo per Ferrajoli è incapace di pensare la novità rappresentata dalla costituzione rigida e garantita, se non addirittura pericoloso per la tenuta dello stato costituzionale. Con una battuta: *La logica del diritto* non è un libro contro Kelsen ma, almeno nelle intenzioni dell'autore, un libro che, attraverso Kelsen, va oltre Kelsen, rivendicando i risultati teorici e pratici più importanti dell'opera kelseniana e correggendone le “aporie”.

2. Ossessione per l'unità della conoscenza giuridica e critica dei dualismi

Le aporie rintracciate da Ferrajoli in buona sostanza consistono nelle tendenze al realismo giuridico del Kelsen americano e dell'ultimo Kelsen scettico e “irrazionalista”¹⁰. Ma non è chiaro se si tratti di vere “aporie”, cioè, secondo la definizione di Ferrajoli, di tesi erronee, incoerenti, imprecise e poco utili per la teoria del diritto¹¹. Nelle pagine che seguono vorrei mostrare che alcune delle pretese

⁸ Vedi ad es. il cap. V, «Ambivalenze sintattiche: atti e norme, persone e ordinamenti», in cui molte teorie kelseniane sono sottoposte a critica, o il cap. X sulla concezione solo formale della democrazia, che secondo Ferrajoli è affetta da tre aporie.

⁹ Che Ferrajoli chiama “costituzionalismo principalista” (Ferrajoli 2000 e 2013: 95 ss.).

¹⁰ Per una critica, in larga misura coincidente con quella di Ferrajoli, agli esiti “irrazionalistici” dell'ultimo Kelsen, vedi Weinberger 1986. Per la periodizzazione della teoria del diritto di Kelsen, vedi Losano 1985; Chiassoni 2009: 306 ss.; Paulson 1990; vedi poi il dibattito tra Paulson e Heidemann (Paulson 1998; Heidemann 1999; Paulson 1999). Una presentazione chiara e sintetica in Barberis 1993: 156 ss.

¹¹ Per “aporia” Ferrajoli intende «proposizioni ellittiche, o tesi inconsistenti, o contraddizioni, o incongruenze, o difetti di analisi concettuale, o tesi inadeguate rispetto alle finalità esplicative della teoria» (Ferrajoli 2016: vi). Le dieci aporie, che corrispondono ai capitoli del libro, sono le seguenti: 1) l'idea che tutte le norme abbiano una forma logica ipotetica; 2) la centralità della sanzione; 3) l'estraneità di Kelsen alla teoria dei diritti fondamentali; 4) la confusione fra validità ed esistenza;

aporie non sono interne alla teoria di Kelsen, ma risultano da scelte consapevoli, di natura metodologica, teorica e normativa, che distinguono Kelsen da Ferrajoli e che mi paiono difendibili. Inoltre, mi sembra che la critica di Ferrajoli fraintenda alcune motivazioni di fondo della teoria pura – in particolare, il ruolo dell'unità della conoscenza giuridica nella teoria di Kelsen – e sia quindi, sotto questo aspetto, poco generosa con Kelsen. Mi interessa spiegare subito questo punto, a mio parere essenziale quantomeno in prospettiva meta-teorica, di storia della cultura giuridica.

Iniziamo dal dire che le dieci aporie individuate da *La logica del diritto*, sebbene più numerose – come già accennato – perché ognuna ne produce ulteriori, sono anche fra loro strettamente collegate, al punto da sembrare tutte o quasi riconducibili a un errore di fondo: la «ossessione kelseniana per l'idea di unità del sistema»¹². Secondo Ferrajoli, una scelta meta-teorica a favore dell'unità del sistema avrebbe prodotto una teoria del diritto fortemente riduzionista, dagli esiti scettici; il desiderio di ridurre tutto a unità avrebbe spinto Kelsen a rinunciare a distinzioni concettuali che per Ferrajoli sono indispensabili per pensare lo stato costituzionale di diritto.

In particolare, secondo Ferrajoli la teoria kelseniana della norma giuridica sarebbe troppo semplice e avrebbe impedito a Kelsen di capire ciò che oggi è evidente a tutti: l'importanza dei diritti fondamentali nella prassi giuridica dello stato costituzionale. Come riassume Barberis, Kelsen sarebbe rimasto un teorico dello stato legislativo di diritto, uno stato senza una costituzione rigida, garantita e contenente una dichiarazione dei diritti¹³. Inoltre Kelsen, sviluppando la sua teoria verso esiti sempre più scettici e irrazionalisti, fino a una forma radicale di realismo giuridico, si sarebbe reso incapace di cogliere la specificità della funzione giurisdizionale rispetto a quella legislativa e, quindi, di comprendere la natura della giustizia costituzionale. La tesi della clausola alternativa tacita e lo scetticismo interpretativo – di cui dirò più avanti – e, nell'opera più tarda, la tesi della inapplicabilità della logica al diritto e la sostanziale identificazione di validità ed efficacia, equivalgono a una «inadeguata valorizzazione» di quel «paradigma costituzionale» che pure Kelsen

5) l'ambivalenza fra norma-atto e norma-significato; 6) l'abbandono, nell'ultimo Kelsen, della dimensione statica degli ordinamenti; 7) sempre nell'ultimo Kelsen, la tesi dell'inapplicabilità della logica al diritto; 8) l'illusione dell'avalutatività; 9) la concezione della giurisdizione come fonte del diritto, incompatibile con il primato democratico assegnato alla legislazione; 10) la visione solo formale della democrazia.

¹² Ferrajoli 2016: 110: «ossessione kelseniana per l'unità del sistema, anche a costo di continue forzature concettuali e della rinuncia anti-analitica a fondamentali distinzioni: non solo a quella fra persone fisiche e persone giuridiche, ma anche alle distinzioni fra diritto oggettivo e soggettivo, tra diritto privato e pubblico, tra creazione e applicazione del diritto, tra produzione e interpretazione di norme, tra diritto statale e diritto internazionale, tra diritto e stato, e soprattutto alle diverse forme logiche dei diversi tipi di norme, forzosamente ricondotte all'unica forma di una relazione ipotetica tra un antecedente e una sanzione».

¹³ Barberis 2017.

aveva «teorizzato e più di ogni altro [...] contribuito a promuovere»¹⁴.

Nei prossimi paragrafi dirò qualcosa nel merito di queste critiche. Ora importa un'altra questione: davvero queste supposte o reali criticità della teoria kelseniana – l'incapacità di comprendere i diritti fondamentali e la giustizia costituzionale – dipendono dal suo postulato di unità della conoscenza giuridica? Questa conclusione mi sembra basata, se non su un fraintendimento, su una lettura poco caritatevole dell'opera di Kelsen e delle sue motivazioni. Ma per chiarire il punto è necessario capire che cosa sia e come funzioni questa ossessione kelseniana per l'unità.

Effettivamente, come tutti sanno, Kelsen è un critico formidabile dei “dualismi” della scienza giuridica tradizionale, di cui rifiuta le distinzioni tra diritto positivo e diritto naturale, tra diritto e stato, tra diritto interno e internazionale, tra diritto pubblico e privato, tra diritto soggettivo e oggettivo, tra diritti personali e reali, tra persona fisica e giuridica, tra legislazione ed esecuzione, tra giurisdizione e amministrazione, tra nullità e annullabilità, nonché tra norme imperative e permissive¹⁵ – e sicuramente ne dimentico qualcuna. E nella sua opera non si contano le affermazioni circa la categorica necessità di unità della conoscenza giuridica.

Di tali affermazioni voglio riportarne qui una, solenne e quasi mistica, eppure proveniente dal Kelsen della *Dottrina pura* del 1960, quindi da un autore già in parte allontanatosi della matrice neo-kantiana e “continentale” della sua prima produzione. La riporto perché mi sembra offrire una chiave di lettura interessante di questa misteriosa esigenza di unità alla base della teoria kelseniana.

La dottrina pura del diritto elimina questo dualismo [tra diritto in senso oggettivo e diritto soggettivo] [...] Con ciò si elimina ogni atteggiamento soggettivistico nei riguardi del diritto, al cui servizio è il concetto di diritto in senso soggettivo: concezione avvocatesca, che considera il diritto solamente dal punto di vista degli interessi di parte, cioè soltanto riguardo a ciò che esso significa per il singolo, in qual misura gli giova (cioè può servire ai suoi interessi) ovvero gli nuoce (cioè gli minaccia un male). È l'atteggiamento tipico della giurisprudenza romanistica [...]. L'atteggiamento della dottrina pura del diritto è invece del tutto oggettivistico e universalistico. Essa considera fundamentalmente l'intero diritto nella sua validità oggettiva e cerca di concepire ogni singolo fenomeno soltanto in collegamento sistematico con tutti gli altri: cerca di afferrare, in ogni parte del diritto, la funzione della totalità. In questo senso è una concezione veramente organica¹⁶.

Il passo è interessante perché sollecita a chiedersi come mai l'atteggiamento del-

¹⁴ Ferrajoli 2016: 227.

¹⁵ Su quest'ultimo punto, vedi Kelsen 2000: 77. Kelsen in seguito sembra cambiare opinione e ammettere l'esistenza di norme permissive, che comunque considera “non autonome”, frammenti di norma (Kelsen 1966a: 69 s., 77). Su questo vedi Poggi 2004: 17 ss.

¹⁶ Kelsen 1966a: 215 s.

la dottrina tradizionale sia, agli occhi di Kelsen, «soggettivistico» e «avvocatesc[o]». Kelsen non lo spiega e si limita a un riferimento, un po' enigmatico, al fatto che la dottrina tradizionale sarebbe affezionata al concetto di diritto soggettivo perché adotta il «punto di vista degli interessi di parte». Certo Kelsen non si sta riferendo alla prospettiva del *bad man* di Holmes, come pure a prima vista potrebbe sembrare¹⁷. Visto che parla di «giurisprudenza romanistica», è chiaro che sta pensando agli autori su cui aveva lavorato e con cui aveva polemizzato nei suoi anni europei: la giurisprudenza “tradizionale”, appunto, spesso evocata e attaccata nella sua opera, degli importatori del metodo pandettistico e della giurisprudenza dei concetti negli studi di diritto pubblico e di teoria generale dello stato¹⁸.

Che cosa rimprovera Kelsen a quella dottrina, anzi, che cosa le ha sempre rimproverato? Il suo atteggiamento “avvocatesco”, soggettivistico, opportunistico; il fatto che essa contrabbandi scelte politiche per verità scientifiche, costruendo distinzioni arbitrarie, “primitive”, frutto di ingenuo sincretismo metodologico: distinzioni sofistiche che servono solo a far avanzare gli interessi di una parte, generalmente la parte del più forte. Per Kelsen, infatti, la dottrina tradizionale guarda allo stato come a una entità distinta dal diritto per difendere posizioni di potere politico in buona sostanza incompatibili con lo stato di diritto e con l'ideale democratico. Questo, mi sembra, è il nocciolo etico-politico, la fondamentale “relazione al valore”, della critica kelseniana ai numerosi dualismi della scienza giuridica.

Naturalmente si tratta di una conclusione che non può essere sostenuta solo a partire dall'esegesi di un passo, peraltro oscuro, della *Dottrina pura*. È necessario guardare all'intera opera di Kelsen per cogliere come la sua supposta “ossessione” per l'unità del sistema sia la premessa (epistemologica) della critica (teorica) ai dualismi della giurisprudenza tradizionale, la quale a sua volta coincide con la fondamentale prestazione in senso lato politica, demistificatoria, della dottrina pura in rapporto alla cultura giuridico-istituzionale dell'epoca.

Ricordiamo allora che Kelsen critica la distinzione fra diritto e stato quale «superstizione animistica» di cui denuncia la funzione ideologica¹⁹: rappresentare lo stato come persona diversa dal diritto «affinché il diritto possa giustificare lo stato che produce il diritto e gli si sottopone»²⁰, celebrare la finzione di una volontà generale o di un interesse collettivo distinti dalla volontà e dagli interessi degli individui, confermare l'autorità degli organi dello stato e accrescere l'obbedienza degli indi-

¹⁷ Holmes 1897: 459: «Se vuoi conoscere il diritto e nient'altro, devi considerarlo come l'uomo cattivo, interessato solo alle conseguenze concrete che tale conoscenza gli consente di prevedere».

¹⁸ Vedi Losano 1981: 37: Kelsen «abbandona la concezione di diritto soggettivo ereditata dalla dottrina romanistica (che, a causa della sua origine pratica, vedeva il diritto soprattutto del punto di vista dell'azione processuale, cioè come pretesa) e [...] considera il fondamento della pretesa stessa, cioè il dovere giuridico dell'altra parte, sanzionato dall'ordinamento giuridico».

¹⁹ Kelsen 2000: 195.

²⁰ Kelsen 1952a: 139.

vidui, spingerli a «vivere e se necessario morire per il tutto»²¹. Oltre a essere «una contraddizione in senso logico-sistematico», incompatibile con l'esigenza di unità della conoscenza giuridica, agli occhi di Kelsen il dualismo fra diritto e stato ha una evidente utilità politico-opportunistica: è alla base dell'«abuso politico-giuridico» che consiste nel giustificare la violazione del diritto positivo mediante «postulati puramente politici» quali la ragion di stato, l'interesse o la volontà dello stato, il benessere collettivo e simili²².

Ricordiamo, ancora, che Kelsen critica la distinzione fra diritto statale e diritto internazionale perché logicamente contraddittoria sebbene utile da un punto di vista pratico: grazie a tale distinzione, la dottrina tradizionale può, alla bisogna, negare l'obbligatorietà del diritto internazionale e assumere una posizione del tutto coincidente con il monismo statalista²³. Il dualismo traveste da proposizione scientifica la scelta, in ultima istanza etico-politica, di adottare la prospettiva dell'ordinamento statale per la soluzione delle questioni giuridiche di volta in volta controverse. Come sostenuto da Josef Kunz, allievo di Kelsen e autorevole esponente della Scuola di Vienna, «il motto di molti giusinternazionalisti non [è] la questione giuridica *Quid iuris?*, ma la massima puramente etica o politica *Right or wrong, my country*»²⁴. Per Kelsen e la sua scuola, la dottrina tradizionale, oscillando opportunisticamente tra punto di vista internazionale e punto di vista statale, ma di fatto propendendo per quest'ultimo, vuole mascherare la propria scelta etico-politica a favore della prospettiva statale e con ciò si mostra inadeguata all'ideale di obiettività della conoscenza giuridica.

Ricordiamo, poi, che Kelsen critica la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato considerandoli solo due modi diversi di produzione del diritto, mediante legislazione o mediante contratto: «la dottrina pura del diritto, dal suo punto di vista universalistico, sempre rivolto alla totalità dell'ordinamento giuridico inteso nel senso della cosiddetta volontà dello stato, vede un atto dello stato tanto nel negozio giuridico privato quanto nell'ordine dell'autorità»²⁵. Ma si tratta solo di una ossessione per l'unità del sistema? A ben vedere – e Kelsen su questo è esplicito – questa proposizione significa che c'è politica, c'è potere, anche nei contratti e nei matrimoni, nel diritto commerciale e nel diritto di famiglia: «il diritto privato, prodotto per mezzo del contratto, non è meno teatro del potere politico di quanto lo sia il diritto

²¹ Otto von Gierke, citato da Kelsen 2000: 190.

²² Kelsen 1973: 75.

²³ Kelsen 1989: 202, 220, *passim*: Triepel accoglie la teoria del riconoscimento («il diritto internazionale deve essere riconosciuto da uno Stato perché possa valere per esso»), e ciò suggerisce che l'accettazione del diritto statale come sistema di norme supremo «costituisce il motivo – pur inconsapevole – dei tentativi certo falliti di una costruzione dualistica». Su queste critiche kelseniane al dualismo tra diritto interno e diritto internazionale vedi Von Bernstorff 2010: 54 ss., 70 ss.

²⁴ J.L. Kunz, citato da Von Bernstorff 2010: 54.

²⁵ Kelsen 1966a: 314.

pubblico prodotto dalla legislazione e dall'amministrazione»²⁶. Per la stessa ragione Kelsen critica la distinzione tra diritti personali e diritti reali, ricordando che anche il diritto a una cosa è, a ben vedere, un diritto rivolto verso altre persone. Con buona pace di Locke, il potere che abbiamo sui frutti del nostro lavoro è una relazione sociale: contenuti e limiti del diritto di proprietà sono una questione politica.

Nella critica kelseniana alla distinzione tra diritto e stato e tra diritto pubblico e diritto privato è evidente che la questione non è solo teorica, un portato della misteriosa esigenza di unità della conoscenza giuridica, ma anche pratica.

Si tratta, anzitutto, di rifiutare ogni tentativo di naturalizzare, sottraendole alla storia e alla politica, relazioni sociali che sono il prodotto di decisioni e comportamenti umani. Non a caso il primo fondamentale dualismo rifiutato da Kelsen è la distinzione tra diritto positivo e diritto naturale, che concepisce come distinzione tra l'unico diritto esistente – il diritto positivo – e i giudizi di valore soggettivi, gli ideali di giustizia, le ideologie politiche, aventi a oggetto il diritto e volti a modificarlo o a conservarlo in modo surrettizio e opportunistico²⁷. Il diritto, tutto il diritto, è prodotto dagli uomini e perciò è illusoria la pretesa del giusnaturalismo di trovare norme di giustizia assolutamente valide, perché provenienti da Dio, dalla natura o dalla ragione²⁸.

Nella critica kelseniana ai dualismi tra diritto e stato e tra diritto pubblico e privato si tratta, inoltre, di ostacolare un illegalismo di gruppi dirigenti che, condividendo una certa concezione dello stato e degli interessi dello stato, sono inclini a porre tale concezione al di sopra del diritto positivo, in ciò trovando un comodo alleato nella dottrina tradizionale. Di nuovo Kelsen è del tutto esplicito: se una decisione del capo dello stato o del governo è incompatibile con il diritto positivo, allora la dottrina giuridica e la giurisprudenza non potranno considerarla come un "atto dello stato", giustificato dalla natura dello stato, dall'interesse dello stato, ecc.;

²⁶ Kelsen 1966a: 315. Come il diritto privato non è il regno della libertà, il diritto pubblico può non essere solo il regno dell'autorità: come c'è potere nel contratto, così può esserci libertà nella legislazione, laddove gli individui partecipino mediante procedure democratiche alla formazione delle regole cui sono sottoposti: Kelsen 1966b e 1966c.

²⁷ Kelsen 1975: 67 ss., 105 ss. Secondo Kelsen, storicamente il giusnaturalismo ha avuto una valenza soprattutto conservatrice degli «ordinamenti giuridici vigenti» e delle loro «fondamentali istituzioni politiche ed economiche» (Kelsen 1975: 133), e tuttavia la teoria del diritto naturale di per sé è del tutto indeterminata e può essere, a seconda degli interessi e delle circostanze, conservatrice o riformatrice: «applicando i metodi della teoria giusnaturalistica al problema della giustizia, si può dimostrare tutto, e quindi nulla» (Kelsen 1975: 106). Il giusnaturalismo presenta uno spiccato «carattere dualistico» perché, a differenza del positivismo giuridico, conosce un «diritto ideale» accanto al «diritto reale, statuito dagli uomini» (Kelsen 1975: 69).

²⁸ L'indeterminatezza e l'opportunismo della teoria del diritto naturale convive con la pretesa di giustificare in modo obiettivo giudizi di validità assoluta; per contro, il relativismo proprio del positivismo giuridico «ci abbandona a noi stessi» e così «ci rende consapevoli che sta a noi risolvere il quesito» sulla giustizia (Kelsen 1975: 122).

«l'origine di quel dualismo logicamente impossibile che oppone il diritto pubblico al cosiddetto diritto privato» consiste nel «gioco di prestigio di costruire il diritto a partire dal non-diritto e un atto giuridico a partire da un atto di nudo potere»²⁹.

Gli esempi forse potrebbero continuare, ma il punto è chiaro. Nell'opera di Kelsen, la scelta a favore dell'unità del sistema non è una opzione meta-teorica difficilmente spiegabile – una ossessione – ma uno strumento di lotta politica e culturale. “Lotta politica e culturale” va inteso in senso conforme alla teoria kelseniana, cioè non come presa di posizione politica determinata, di per sé incompatibile con la pretesa purezza della teoria, ma come progetto di una grammatica giuridica purificata, libera dai miti dell'autoritarismo, del nazionalismo, del liberalismo economico e del bolscevismo, travestiti da verità scientifiche; elaborazione di un sistema di concetti che consenta di rendere esplicite e trasparenti le prese di posizione politiche della legislazione e della giurisprudenza³⁰.

Prese di posizione politiche della legislazione, della giurisprudenza, dei pratici del diritto, giudici e avvocati, sono inevitabili. Al di là del rapporto più o meno importante con l'epistemologia neo-kantiana e dell'enfasi, ispirata da positivismo filosofico, sull'obiettività della conoscenza scientifica, a me sembra che la pretesa apoliticità della dottrina pura del diritto, la sua pretesa di essere scienza del diritto libera da pregiudizi e agende politiche, voglia dire soprattutto questo: la politica è inevitabile, ma non può pretendere di essere scienza; la politica non deve travestirsi da scienza e non deve essere occultata dalla scienza giuridica, il cui compito è se mai svelarla, renderla pubblica e controllabile.

3. Struttura delle norme giuridiche e positivismo giuridico

La vocazione politica e culturale della teoria kelseniana può essere colta anche con riguardo ad alcuni suoi aspetti più tecnici, come la concezione della norma giuridica, al centro di molte critiche di Ferrajoli.

Ricordo brevemente di che si tratta. Per Kelsen il diritto si compone di norme generali e particolari, e le norme giuridiche generali hanno tutte la medesima struttura “Se I (illecito), allora deve essere S (sanzione)”: sono proposizioni ipotetiche aventi a oggetto l'uso della coercizione da parte degli organi dell'applicazione del diritto, che ricollegano al compimento di una determinata azione il dovere (o l'autorizzazione) di eseguire la sanzione³¹. Non esistono obblighi giuridici non sanzio-

²⁹ Kelsen 1973: 77.

³⁰ Per Kelsen si tratta di una “politica della verità” intollerabile per le dittature: «una teoria pura del diritto è inopportuna oggi, quando in paesi grandi e importanti, sotto il dominio di dittature di partito, i rappresentanti più autorevoli della scienza giuridica non conoscono altro scopo che servire il potere politico del momento» (Kelsen 1937: 240).

³¹ Kelsen 2000: 18 ss., 45 ss.; Kelsen 1966a: 45 ss., 63 ss. Per evitare il regresso all'infinito (il

nati, *leges minus quam perfectae*, “obbligazioni naturali”³². Di fronte a enunciati del discorso del legislatore che non prevedano sanzioni, delle due l’una: o si tratta di formulazioni giuridicamente irrilevanti («la frase che il diritto viene da Dio, o che la legge è giusta o che realizza l’interesse di tutto il popolo»³³), o si tratta di norme “non autonome”, cioè di norme che «hanno vigore solo se in rapporto con una norma che statuisca un atto coercitivo»³⁴. Le definizioni legislative, le norme abrogatrici, le norme che attribuiscono diritti e poteri, le norme sui procedimenti, ecc., non sono che frammenti di norme i quali, combinati con altri frammenti, vanno a comporre norme propriamente dette, che prevedono l’applicazione della coercizione in caso di compimento di un illecito.

I primi tre capitoli di *La logica del diritto* sono dedicati a confutare queste tesi. Secondo Ferrajoli, esse sono alla base di numerose aporie della dottrina pura, perché fanno venir meno la normatività della costituzione e dei diritti fondamentali. In base ad esse, se non vi è un obbligo corrispondente a un diritto costituzionale o se non è possibile sanzionare la violazione di tale obbligo, se cioè mancano garanzie sostanziali e procedurali dei diritti costituzionali³⁵, allora la costituzione non esprime autentiche norme giuridiche e i diritti costituzionali non sono veri diritti. Ma secondo Ferrajoli non c’è ragione di credere che tutte le norme giuridiche abbiano la medesima forma logica, che tale forma sia quella di un imperativo ipotetico e che tale imperativo preveda l’obbligo di eseguire una sanzione: la concezione kelseniana della norma giuridica è vittima della sua ossessione per l’unità, del suo spiccato riduzionismo. Per Ferrajoli le norme hanno non una ma quattro differenti forme logiche: oltre alle norme ipotetiche ci sono le norme tetiche (“È vietato fumare”, “Tutti hanno diritto a x”), oltre alle deontiche ci sono le costitutive (“La capacità giuridica si acquista al momento della nascita”). Quindi un’azione può essere vietata anche quando il diritto non la punisce – ad esempio, in diritto internazionale,

dovere di applicare una sanzione è a sua volta un dovere giuridico? è sanzionato?), Kelsen deve ammettere che «la definizione di diritto come ordinamento coercitivo può essere conservata anche se la norma stessa che statuisce un atto coercitivo non è a sua volta in stretto rapporto con una norma che ricollegli una sanzione al non comminare o al non eseguire l’atto coercitivo in un caso concreto; cioè anche se l’atto, il cui senso soggettivo è la statuizione generale dell’atto coercitivo, è da considerarsi giuridicamente (cioè oggettivamente) non come prescritto, ma soltanto come autorizzato o positivamente permesso» (Kelsen 1966a: 64). Sulla struttura della norma giuridica in Kelsen, vedi in generale Celano 1999: 166 ss.; Paulson 1988.

³² Vedi Kelsen 1966a: 65, sulla dottrina civilistica delle “obbligazioni naturali” – doveri morali e sociali, il cui adempimento spontaneo non può essere considerato come ingiusto arricchimento o pagamento di indebito.

³³ Kelsen 1966a: 66.

³⁴ Kelsen 1966a: 68 ss., 71: le norme non autonome «hanno vigore solo se in rapporto con una norma che statuisca un atto coercitivo».

³⁵ Vedi le definizioni di “garanzie primarie” (o sostanziali) e “secondarie” (o strumentali, processuali, giurisdizionali) di Ferrajoli 2007: 668 ss.

muovere guerra – e i diritti soggettivi possono esistere anche se non sono attuati e mancano obblighi corrispondenti. Affinché un diritto esista è sufficiente che il legislatore lo proclami: per Ferrajoli questa affermazione è l'unica compatibile con il positivismo giuridico, e la sua negazione da parte di Kelsen implica – scrive – che «intere classi di diritti» vengono «espulse dall'ordinamento ad opera della teoria». La teoria kelseniana della norma giuridica equivarrebbe alla «vanificazione di una parte rilevante del diritto positivo perché non garantito da sanzioni»³⁶.

A me sembra che le critiche di Ferrajoli non siano convincenti. La concezione kelseniana della norma giuridica ha meriti e difetti, può essere accolta o rifiutata, ma in ogni caso è importante comprenderne le ragioni, che non si riducono all'ossessione kelseniana per l'unità, e le conseguenze, che non consistono né nell'espulsione dall'ordinamento di norme giuridiche valide, né nella creazione di una teoria troppo semplificata e riduzionista, incapace di dar conto del funzionamento dei diritti fondamentali e della giustizia costituzionale.

Iniziamo da quest'ultimo punto. Anzitutto, è ovvio che la concezione kelseniana della norma giuridica non impedisce a giuristi inclini all'analisi dei concetti di distinguere vari tipi di norme non autonome: definirle, classificarle, chiarirne i rapporti. L'affermazione secondo cui tutte le norme giuridiche hanno la medesima struttura non significa certo che il diritto sia un insieme semplice e indifferenziato, e che non sia possibile o utile analizzare i suoi componenti atomici (frammenti di norme) oltre che molecolari (norme); né significa che le norme non autonome siano irrilevanti per la prassi e inesistenti per la teoria. Che le norme giuridiche generali siano imperativi ipotetici aventi a oggetto l'esecuzione della sanzione significa solo che il diritto è un ordinamento normativo coercitivo e che in ciò si distingue dalla morale e dalla religione: per Kelsen, il diritto è una «specifica tecnica di organizzazione sociale» che «cerca di produrre il comportamento desiderato da parte degli individui mediante la previsione di misure di coercizione»³⁷.

Naturalmente è possibile obiettare che il diritto fa altre cose oltre a motivare comportamenti mediante la previsione di sanzioni. Risolve le controversie tra i privati, offre loro gli strumenti per cooperare e regolare i propri affari, organizza servizi e distribuisce beni³⁸; distingue tra lecito e illecito per comunicare aspettative stabili, resistenti alla delusione³⁹. A volte il diritto sembra adempiere queste o altre

³⁶ Ferrajoli 2016: 40. Vedi anche Ferrajoli 2016: 29: «In contraddizione con il postulato del positivismo giuridico secondo cui sono norme giuridiche tutte e solo le norme prodotte da chi è abilitato a produrle, secondo Kelsen le norme che vietano comportamenti senza che di questi siano previste sanzioni sarebbero, benché poste, irrilevanti o peggio inesistenti».

³⁷ Kelsen 2000: 5 e 40; vedi anche Kelsen 2000: 45: «Se la "coercizione" [...] è un elemento essenziale del diritto, in tal caso le norme che costituiscono un ordinamento giuridico devono essere norme che stabiliscono un atto coercitivo, cioè una sanzione».

³⁸ Raz 2009.

³⁹ Luhmann 1977: 35 ss.; 2012: 109 ss.

funzioni senza prevedere l'esercizio della forza in caso di violazione. Ma per Kelsen la sanzione è indispensabile per distinguere il diritto da ordinamenti della condotta umana, come la morale sociale, che non prevedono sanzioni socialmente organizzate. Se ammettessimo l'esistenza di norme senza sanzioni socialmente organizzate, cioè diverse dalla mera disapprovazione o violenza privata, e perciò definissimo il diritto solo come ordinamento conforme alla norma fondamentale, anziché come ordinamento coercitivo, allora – sostiene Kelsen – verrebbe meno la possibilità di distinguere il diritto dalla morale sociale: «Se la consuetudine è una fattispecie che produce norme giuridiche in base alla costituzione, allora l'intera morale, in quanto le sue norme sorgano effettivamente per consuetudine, costituisce parte integrante dell'ordinamento giuridico»⁴⁰. Per Kelsen il criterio di appartenenza delle norme al diritto non può essere solo dinamico – essere prodotte in conformità alle norme sulla produzione – ma deve essere anche contenutistico – prevedere l'applicazione della sanzione in caso di violazione – perché altrimenti, laddove la consuetudine fosse prevista come fonte del diritto, anche l'obbligo di salutare i conoscenti per strada sarebbe giuridico; ogni consuetudine sarebbe giuridicamente obbligatoria, anche se non sanzionata, quale pratica generalmente seguita da individui che si sentono vincolati da una norma.

La critica di Ferrajoli a Kelsen dovrebbe replicare a questo argomento, che invece non è preso in considerazione. Ferrajoli individua la sola ragione alla base della teoria kelseniana nella sua ossessione per l'unità, ma il punto, almeno per Kelsen, è un altro: è la natura coercitiva dell'ordinamento giuridico, non la sua unità.

Inoltre, la critica di Ferrajoli si appunta su alcune conseguenze indesiderabili della concezione kelseniana delle norme: l'espulsione dal diritto degli obblighi privi di sanzione, nonché dei diritti privi di obblighi, che sarebbe incompatibile – sostiene – con il “principio di positività”, cioè con il postulato del positivismo giuridico secondo cui «sono norme giuridiche tutte e solo le norme prodotte da chi è abilitato a produrle»⁴¹.

Ma questa critica non può essere accolta. Non è possibile sostenere – e neanche Ferrajoli, a ben vedere, lo sostiene – che l'elaborazione dei concetti di una teoria generale del diritto sia sottoposta a un “principio di positività” in virtù del quale il lessico della teoria dovrebbe essere immediatamente sovrapponibile, come un calco, a quello del legislatore. Bisogna infatti distinguere i contenuti del diritto po-

⁴⁰ Kelsen 1966a: 67.

⁴¹ Ferrajoli 2016: 28. Vedi anche Ferrajoli 2007: 914: «Questo fuorviante appiattimento dei diritti sulle garanzie è il prezzo pagato da Kelsen alla sua concezione imperativistica del diritto, basata sulla centralità della sanzione. Si tratta tuttavia di un prezzo [...] che contraddice le premesse normativistiche e giuspositivistiche della stessa teoria. Ne deriva infatti che diritti formalmente posti [...] sarebbero non-diritti, non-norme, solo perché privi di garanzie [...]; che insomma la teoria [...] finirebbe per condizionare la positività (ovvero l'esistenza) delle norme alla soddisfazione di un arbitrario principio teorico».

sitivo dai concetti di cui ci serviamo per descriverlo o, detto diversamente, bisogna distinguere il diritto dalla scienza giuridica. Quest'ultima non è nella diretta disponibilità del legislatore. È compito della scienza giuridica (dottrina e teoria) elaborare gli strumenti migliori per la conoscenza del diritto. Non a caso i giuristi a volte affermano che il legislatore “si è espresso male”, senza che ciò di per sé implichi l'abbandono del giuspositivismo.

La teoria del diritto, come Kelsen afferma ripetutamente, non legifera – «la scienza del diritto può soltanto *descrivere* il diritto, senza poter *prescrivere* alcunché»⁴² – e quindi non può espellere norme dall'ordinamento giuridico⁴³. Analogamente, come la teoria del diritto non legifera, il legislatore non teorizza e non può confutare o dimostrare una teoria del diritto qualsivoglia: «una norma è espressione di volontà, non di conoscenza»⁴⁴. Il diritto non può rendere giuridicamente obbligatoria una determinata teoria del diritto o definizione teorica: «*Caesar non supra grammaticos*»⁴⁵.

Ecco perché non può essere accolta l'affermazione di Ferrajoli secondo cui la teoria della norma giuridica di Kelsen eliminerebbe dall'ordinamento intere classi di norme. Le tesi kelseniane non sono in contraddizione con il positivismo giuridico perché risultano da una definizione stipulativa di “norma”; sono verità analitiche, che riguardano il modo in cui decidiamo di descrivere il diritto positivo, la terminologia e l'apparato concettuale che impieghiamo, non i suoi contenuti.

Lo stesso Ferrajoli, del resto, ammette che le definizioni stipulative della teoria sono svincolate dal “principio di positività”⁴⁶. Ma che cos'è la teoria kelseniana della norma giuridica se non una definizione stipulativa di “norma”? Ferrajoli non può difendere una tesi diversa – e il suo richiamo alle presunte conseguenze illiberali della teoria kelseniana perciò non si giustifica – perché la sua definizione formale di “diritti fondamentali” sarebbe incompatibile con un principio di positività strettamente inteso. Secondo tale definizione, molto nota e discussa⁴⁷, sono fondamentali quei diritti, di qualsiasi contenuto e rango, che spettano universalmente a tutti gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, cittadini o capaci di agire. Ma è evidente che nel diritto italiano vi sono diritti che nessuno qualificherebbe come fondamentali e che pure rientrano in questa definizione (il diritto-dovere di guidare

⁴² Kelsen 1966a: 90.

⁴³ La stessa scelta tra monismo internazionalista e monismo statalista è, secondo Kelsen, priva di conseguenze sul contenuto del diritto internazionale: Kelsen 1966a: 375.

⁴⁴ Kelsen 1939: 20.

⁴⁵ Il motto latino (derivato da Svetonio, *De grammaticis*, 22) è richiamato da Kelsen 1939: 21.

⁴⁶ Ferrajoli 2016: 200: le «assunzioni primitive» e le «definizioni stipulative dei concetti teorici» non sono «ancorati [...] al diritto positivo vigente quale è formulato dalle norme prodotte dagli organi abilitato a produrlo».

⁴⁷ Vedi Ferrajoli 2001.

sulla parte destra della carreggiata)⁴⁸ e vi sono diritti generalmente considerati fondamentali che non vi rientrano (come il diritto dei rifugiati al non respingimento).

Ogni teoria del diritto esercita un certo grado di violenza sul linguaggio giuridico corrente, se vuole formulare osservazioni sul diritto diverse da quelle prodotte dalla dottrina giuridica e dalla giurisprudenza: mostrare aspetti del diritto che non possono essere apprezzati entro i confini delle discipline positive, attraverso la stipulazione di un insieme di concetti in parte autonomo dalle definizioni legislative e dottrinali circolanti⁴⁹. Anche la dottrina pura, del resto, non rinuncia e non può rinunciare a tutti i “dualismi”. Fondamentali sono quelli tra essere e dover essere, tra causalità e imputazione, tra diritto e natura, tra diritto e morale, tra scienza giuridica e politica, tra scienze della natura e scienze dello spirito (o scienze sociali), nonché, almeno sino all’opera più tarda, tra validità ed efficacia delle norme⁵⁰. Come ogni teoria, la dottrina pura di Kelsen deve produrre concetti, tracciare distinzioni, senza i quali non potrebbe produrre alcuna descrizione del diritto, e nella formulazione di tali concetti essa si mantiene in parte autonoma dal discorso del legislatore, della giurisprudenza e della dottrina giuridica.

4. Politiche kelseniane del diritto

Torniamo a Kelsen e alla sua definizione di norma giuridica, criticata da Ferrajoli. Quali aspetti della pratica giuridica essa ci consente di apprezzare, quali osservazioni ci consente di formulare? Molto semplicemente si tratta di questo, credo: se in una costituzione è riconosciuto – poniamo – il diritto alla felicità, al lavoro, a una retribuzione sufficiente, o anche il diritto alla libera manifestazione del pensiero, e questo diritto non è in alcun modo attuato e protetto dal legislatore e dalla giurisprudenza – non è utilizzato, come frammento di norma, per giustificare o per criticare l’esercizio dei poteri coercitivi dello stato – allora in “kelsenese” diremo che tale diritto semplicemente non esiste: si tratta di una mera dichiarazione politica, priva di qualsiasi rilevanza giuridica. Oppure, detto altrimenti e sempre in “kelsenese” stretto, diremo che il diritto esiste, ma come contenuto di una norma costituzionale assurda (la c.d. clausola alternativa tacita),

⁴⁸ Pino 2018.

⁴⁹ Nel caso della definizione ferrajoliana di diritti fondamentali, ad esempio, si tratta di istituire un nesso tra protezione dei diritti e realizzazione dell’uguaglianza: poiché necessariamente (per definizione) sono attribuiti “a tutti”, i diritti fondamentali costituiscono la base, inalienabile per gli individui e intangibile per il legislatore, dell’uguaglianza giuridica e della dimensione “sostanziale” della democrazia. Vedi Ferrajoli 2001: 5 ss.; 2007: 786; 2013: 77, *passim*.

⁵⁰ Nella *Teoria generale delle norme* la distinzione tra validità ed efficacia è mantenuta, ma l’efficacia diventa condizione di validità non solo dell’ordinamento nel suo complesso, ma anche delle singole norme: Kelsen 1985: 7, 174 s., 217.

che implicitamente autorizza la propria violazione: “Tutti hanno diritto alla libertà di espressione, a meno che le autorità non decidano diversamente”⁵¹. Per Kelsen una scienza del diritto che voglia limitarsi a conoscere il proprio oggetto potrà scegliere tra queste formulazioni differenti ma tutto sommato coincidenti: ciò che esse intendono dire è che si tratta, in buona sostanza, di un diritto “di carta”⁵², di mera retorica politica. Concluderemo perciò che la teoria del diritto di Kelsen ha “espulso” il diritto in questione, violando il principio di positività? Certamente no: il diritto, semmai, è stato espulso dal legislatore, che non l’ha attuato, e dalla giurisprudenza, che non l’ha protetto. La scienza giuridica kelseniana si limita a descrivere questo stato di cose, senza preoccuparsi di nascondere le responsabilità delle autorità politiche e giurisdizionali.

Si vede quindi come la teoria kelseniana della norma giuridica esprima appieno gli intenti demistificatori della dottrina pura, il suo rifiuto di abbellire il diritto esistente e di occultare le responsabilità degli organi della produzione e applicazione del diritto. Inoltre, la teoria kelseniana della norma giuridica offre un terreno ospitale ad almeno due politiche del diritto perseguite da Kelsen – due politiche del diritto ulteriori rispetto a quelle che ho individuato a proposito della misteriosa esigenza di unità del sistema, alla base della sua critica dei concetti della dottrina tradizionale (*supra*, § 2.). Non intendo sostenere che la teoria della norma giuridica di Kelsen di per sé produca determinate conseguenze normative, essendo perciò incompatibile con il postulato della purezza, ma che essa offre un lessico utilizzabile per perseguire in modo esplicito e consapevole almeno due politiche del diritto, e che queste politiche del diritto furono di fatto perseguite da Kelsen.

La prima consiste nell’offrire argomenti a favore dell’istituzione di un controllo sulla costituzionalità delle leggi. Ciò emerge chiaramente dai saggi sulla giustizia costituzionale e sul federalismo degli anni ’20 e ’30 del Novecento. In essi Kelsen scrive che, se ai giudici non è attribuita la competenza a controllare la conformità della legge a costituzione, ciò «ha come conseguenza che le disposizioni costituzionali sulla formazione delle leggi non solo perdono una importante garanzia di efficacia ma perdono addirittura di significato»; le norme costituzionali – in particolare quelle che disciplinano il procedimento legislativo e stabiliscono le materie di competenza della federazione e dei *Länder* – sono allora ridotte a «*leges imperfectae*, hanno cioè un contenuto giuridicamente non vincolante»⁵³. Non è la teoria del di-

⁵¹ La teoria della clausola alternativa tacita, molto criticata in teoria del diritto, è ovviamente respinta da Ferrajoli: «la ben nota e bizzarra tesi» (Ferrajoli 2016: 75). Per una formulazione, vedi Kelsen 1952a: 113 e 115: «La costituzione non solo ammette la validità della legge conforme alla costituzione, ma anche, in un certo senso, la validità della legge incostituzionale»; «la regolamentazione della norma più bassa a mezzo della più alta [...] ha con ciò il carattere di una prescrizione alternativa»; analogamente, Kelsen 1966a: 304.

⁵² Guastini 1994.

⁵³ Kelsen 1981a: 20 s.

ritto a espellere queste norme, ma le autorità politiche, che non hanno previsto un procedimento per l'annullamento delle leggi incostituzionali. La teoria del diritto può solo descrivere questo fatto, richiamando ognuno alle proprie responsabilità.

A questa argomentazione Ferrajoli potrebbe ribattere che le norme costituzionali contro la cui violazione non sia offerto rimedio sono giuridicamente vincolanti: sono, nel suo lessico, norme “tetico-regolative” (ad es., la libertà personale è inviolabile) e “tetico-costitutive” (ad es., il *Land* è competente a legiferare nella tale materia), che dispongono direttamente lo status normativo su cui vertono anche se non sono assistite da “garanzie primarie” (obblighi corrispondenti) e “secondarie” (annullabilità degli atti incompatibili, responsabilità dell'autore dell'illecito)⁵⁴. La sanzione non è necessaria affinché esse siano norme giuridiche; la mancanza di garanzie primarie e secondarie è forse spiacevole, per Ferrajoli configura una violazione per inottemperanza della costituzione, ma si tratta nondimeno di norme costituzionali giuridicamente obbligatorie.

E tuttavia Kelsen, come ogni giusrealista, rimarrebbe perplesso di fronte a questa costruzione: in che senso queste norme costituzionali sarebbero giuridicamente vincolanti pur non producendo alcun effetto giuridico, a parte la formazione di un supposto dovere di adempiere ad esse che però è identico al dovere morale di rispettare la costituzione, perché privo di conseguenze giuridiche? In che senso sarebbero vincolanti se sono di fatto violate e contro la loro violazione non è dato alcun rimedio, al punto da non poter essere utilizzate nemmeno come frammenti di norma? Forse – viene da dire – sono vincolanti in senso morale: vincolano, cioè, perché vogliamo credere che siano vincolanti, perché sarebbe giusto che esse fossero vincolanti. Ma a Kelsen e ai giusrealisti questo genere di considerazioni non interessa, almeno non come ambito di esercizio di una teoria che abbia la pretesa di essere scienza. Essi preferiscono dire: si tratta di norme prive di sanzione, quindi non giuridiche; belle parole su un pezzo di carta. Se si vuole che siano giuridicamente vincolanti, allora è necessario istituire un tribunale costituzionale che funzioni come “legislatore negativo” e rimuova dall'ordinamento le leggi con esse incompatibili. Senza un giudice costituzionale, il progetto del costituzionalismo è realizzato solo a parole; di fatto, non ci sono limiti giuridici a ciò che il potere politico può fare. Non c'è alcuna costituzione, se per costituzione si intende un insieme di vincoli alla discrezionalità del legislatore⁵⁵.

⁵⁴ Semplifico leggermente il lessico di Ferrajoli per non appesantire l'esposizione (a rigore, solo le regole deontiche possono essere osservate o violate; le regole costitutive sono concettualmente inviolabili). Per definizioni dettagliate vedi Ferrajoli 2007: 236 ss., 419 ss. (sulle norme tetiche/ipotetiche, deontiche/costitutive), 622 ss. (sulle norme di competenza come tetico-costitutive o ipotetico-costitutive), nonché la presentazione più sintetica in Ferrajoli 2016: 21 ss.

⁵⁵ Vedi Guastini 2009: 221 con la teoria della clausola alternativa tacita «Kelsen – l'inventore del controllo di legittimità costituzionale in forma accentrata – forse sta cercando di dire, sia pure in modo infelice, una cosa alquanto semplice e assolutamente vera: le clausole costituzionali che pretendono

Ecco allora che la teoria kelseniana della norma giuridica appare meno contro-intuitiva di quanto a prima vista potrebbe sembrare. Un enunciato del discorso del legislatore che sia del tutto inutilizzabile per giustificare l'applicazione di una sanzione, o per rendere non dovuta una sanzione altrimenti applicabile, che cioè non possa funzionare come frammento di norma, è, in effetti, giuridicamente irrilevante. Se il legislatore crea una costituzione, proclama che la costituzione è suprema, che è imm modificabile o è modificabile solo secondo procedure aggravate, e tuttavia non prevede alcuno strumento per rimuovere le norme legislative incompatibili con la costituzione, allora questa costituzione è pressoché priva di capacità normativa nei confronti del legislatore: la sua efficacia dipende solo dalla buona volontà. La teoria della clausola alternativa tacita può descrivere questo stato di cose, ma non lo produce. E, d'altra parte, se il legislatore proclama un diritto senza prevedere alcun soggetto obbligato, o si tratta di mera retorica politica, giuridicamente irrilevante, o sta delegando il potere giudiziario e amministrativo alla creazione degli obblighi corrispondenti.

Quest'ultimo punto mi sembra importante e ci introduce alla seconda politica del diritto che è possibile scorgere nella teoria kelseniana della norma giuridica. Se il legislatore non concretizza le norme di principio mediante disposizioni dettagliate e leggi di attuazione, le norme di principio possono essere rilevanti solo se gli organi dell'applicazione – giudici e funzionari –, dando ad esse attuazione, utilizzandole come frammento di norma, esercitano rilevanti funzioni politiche di completamento e sviluppo del diritto positivo. Kelsen vede una cosa che a Ferrajoli non sembra interessare molto: applicare una norma giuridica, soprattutto quando vaga e generica, come spesso sono le norme attributive di diritti fondamentali, implica discrezionalità⁵⁶.

Nel contesto politico e istituzionale in cui scrive, Kelsen è interessato a contenere tale discrezionalità entro limiti a suo giudizio accettabili, compatibili con l'ordine sociale e con la democrazia. Per questa ragione, negli scritti sulla giustizia costituzionale egli si dice contrario a che la costituzione incorpori generici rinvii agli «ideali di equità, di giustizia, di libertà, di eguaglianza, di moralità, etc., senza minimamente precisare di che cosa si tratti»⁵⁷; una costituzione «lunga», contenente ampie dichiarazioni di principio, produrrebbe uno «spostamento di potere» dal parlamento alla corte costituzionale, che per Kelsen sarebbe «pericoloso» e «intollerabile»⁵⁸.

di vincolare il contenuto della legislazione futura sono prive di effetti, ove i costituenti omettano di instaurare un controllo di legittimità costituzionale [...] sulle leggi».

⁵⁶ La stessa «bizzarra» teoria della clausola alternativa tacita serve, oltre che a stimolare la creazione di un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, a mostrare quanto ampia sia la discrezionalità di cui necessariamente godono gli organi dell'applicazione: come scrive Kelsen 1966a: 301 s., essa «rivela quanto considerevolmente sia limitata la possibilità di predeterminare, in norme generali prodotte dalla legislazione o dalla consuetudine, le norme individuali che i tribunali devono produrre».

⁵⁷ Kelsen 1981b: 189; vedi anche Kelsen 1981c: 253 s.

⁵⁸ Kelsen 1981b: 189 s.

Naturalmente ciò può voler dire che Kelsen è rimasto legato allo stato legislativo e non ha capito che cosa era destinata a diventare la sua creazione, la giustizia costituzionale; oppure Kelsen lo ha capito bene, o quantomeno lo ha intuito, e ha ritenuto opportuno limitare l'impatto della giustizia costituzionale sul ruolo del parlamento. Su questa alternativa non può esserci discussione scientifica: ognuno è libero di scegliere l'ipotesi che preferisce e di rivolgersi a Kelsen come a un precursore oppure come a un critico dello stato costituzionale. Ciò che sembra più interessante, almeno dal punto di vista della ricostruzione delle idee kelseniane, è che questi elementi di una critica ai diritti fondamentali costituzionalizzati nella sua opera sono, come sempre, del tutto espliciti, non occultati dalla teoria. Kelsen, nel contesto politico e istituzionale della sua epoca, mette in guardia dai rischi di una eccessiva discrezionalità giudiziale; non dice che i diritti fondamentali, perché troppo vaghi, non sono autentiche norme giuridiche. Se sono utilizzati per decidere se l'uso della forza da parte dello stato sia legittimo, sono frammenti di norme e quindi sono, a tutti gli effetti, giuridici. Nonostante la critica di Ferrajoli, la teoria kelseniana non intende espellere dall'ordinamento norme ritenute incompatibili con un misterioso postulato dell'unità del diritto o con una agenda politica surrettiziamente perseguita.

Infatti Kelsen respinge l'idea che una disposizione, solo perché vaga e generica, abbia natura strettamente "politica" e non sia giuridicamente vincolante. Il legislatore può scegliere di «lasciare molta libertà agli organi esecutivi intenzionalmente formulando le norme in modo vago, indefinito, equivoco»⁵⁹, come avviene spesso soprattutto nel diritto costituzionale e amministrativo. È una tecnica di redazione dei testi normativi che ha vantaggi – «permette una più duttile adattamento a una situazione fattuale in evoluzione» – ma anche costi: il potere si trasferisce agli organi dell'applicazione e «il legislatore rischia di creare disordine e persino caos»⁶⁰.

5. Conclusioni

A me sembra, in fin dei conti, che la differenza fondamentale tra Kelsen e Ferrajoli, da cui derivano a cascata molte delle aporie individuate da Ferrajoli, sia nel modo di concepire il ruolo della giurisdizione⁶¹. Per Kelsen l'interpretazione del diritto da parte degli organi che devono applicarlo è un'attività volitiva, discrezionale, in grande misura libera, sebbene meno libera dell'attività del legislatore – e per Kelsen in una democrazia è doveroso che la giurisdizione sia meno libera della legislazione; ma al pari della legislazione, la giurisdizione crea diritto e può talvolta

⁵⁹ Kelsen 1939: 10.

⁶⁰ Kelsen 1939: 11.

⁶¹ Per considerazioni simili, vedi Bisogni 2018.

produrre norme totalmente al di fuori dello schema costituito dalla norma da applicare⁶². Per contro, Ferrajoli ritiene che legislazione e giurisdizione siano funzioni diverse – rispettivamente, di governo e di garanzia – cui corrispondono diverse legittimazioni: la giurisdizione è tanto più legittima quanto più si avvicina a essere un'attività cognitiva, non politica. Nel saggio *Giurisdizione e consenso*, la distinzione tra legislazione e giurisdizione è ricondotta alle «due grandi dimensioni dell'esperienza: volontà e conoscenza, potere e sapere, disposizione e accertamento, consenso e verità, produzione e applicazione del diritto, *legis-latio* e *iuris-dictio*, l'una legata a quella che ho chiamato la “sfera del decidibile”, l'altra a quella che ho chiamato la “sfera dell'indecidibile”»⁶³.

Ma se riteniamo, d'accordo con Kelsen, che la giurisdizione abbia molto a che vedere con la volontà, il potere, la creazione del diritto, la determinazione autoritativa dei confini dell'“indecidibile”, allora la diffidenza kelseniana verso la positivizzazione dei diritti fondamentali diventa comprensibile. La diffidenza può non essere condivisa, certo, ma le sue ragioni, per chi interpreti caritatevolmente l'opera di Kelsen, sono chiare e hanno poco a che vedere con l'esigenza di unità del sistema, alla base della critica kelseniana alla scienza giuridica tradizionale; tantomeno hanno a che vedere con l'intento, estraneo a Kelsen, di espellere dall'ordinamento classi di norme non gradite.

Le ragioni dell'ostilità sono da rintracciare – ho sostenuto – nella volontà di promuovere la creazione di un sistema di controllo di legittimità delle leggi e nella conseguente opportunità di contenere gli spazi di discrezionalità giudiziale che tale controllo inevitabilmente apre. Che queste siano le ragioni di Kelsen mi sembra così chiaro che, forse, la relazione tra le sue pretese “aporie” e l'ostilità ai diritti fondamentali come concetto giuridico dovrebbe essere corretta rispetto all'analisi di Ferrajoli. Kelsen non è ostile ai diritti fondamentali a causa della sua concezione delle norme giuridiche, ma al contrario la sua concezione delle norme giuridiche, insegnandoci che ogni norma ha a che fare, direttamente o indirettamente, con l'applicazione della forza, contiene in sé un implicito avvertimento contro la positivizzazione di diritti che – si può sostenere – rischiano di rendere imprevedibile l'uso della coercizione da parte dello stato.

Questo avvertimento può essere respinto; la sua forza persuasiva dipende inevitabilmente dal contesto politico-istituzionale di riferimento e dalla posizione che occupiamo all'interno di tale contesto, che possono renderci più o meno preoccupati nei confronti della discrezionalità giudiziale. Ma anche se non condividiamo qui e oggi la preoccupazione di Kelsen, possiamo comunque riconoscere che è ragionevole e sensata. Non ha niente a che vedere con il postulato dell'unità della conoscenza giuridica, che semmai è in rapporto, oltre che con le premesse epistemologiche

⁶² Kelsen 1966a: 386 ss.; 1952a: 120 ss.

⁶³ Ferrajoli 2009: 10 s.

neo-kantiane, con la critica ai dualismi della dottrina tradizionale. La diffidenza di Kelsen nei confronti della positivizzazione dei diritti fondamentali dipende dal modo in cui considera la produzione di diritto da parte dei giudici: da un lato come un fatto innegabile, dall'altro come un potere che il diritto dovrebbe sforzarsi di limitare.

Bibliografia

- Barberis, M. (1993). *Filosofia del diritto*, Bologna, il Mulino.
- (2017). *Ferrajoli successore di Kelsen o Kelsen precursore di Ferrajoli?*, «Ragion pratica», 48, 1, 225-230.
- Bisogni, G. (2018). *Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli: «auctoritas» o «veritas facit iudicium?»*, «Diritto e questioni pubbliche», in corso di pubblicazione.
- Celano, B. (1999). *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Bologna, il Mulino, 1999.
- Chiassoni, P. (2009). *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Torino, Giappichelli.
- (2012). *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 42, 1, 237-261.
- Ferrajoli, L. (2000). *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, «Giurisprudenza costituzionale», 3, 2881-2816.
- (2001). *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma-Bari, Laterza.
- (2007). *Principia iuris*, Vol. I, Roma-Bari, Laterza.
- (2009). *Giurisdizione e consenso*, «Questione giustizia», 4, 9-22.
- (2013). *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza.
- (2016). *La logica del diritto: dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza.
- Guastini, R. (1994). *Diritti*, in Comanducci, P., Guastini, R. (a cura di), *Analisi e diritto 1994. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 163-174
- (2009). *Garantismo e dottrina pura a confronto*, «Analisi e diritto», 213-223.
- Heidemann, C. (1999). *Norms, Facts, and Judgments. A Reply to S.L. Paulson*, «Oxford Journal of Legal Studies», 19, 2, 345-350.
- Holmes, O.W. (1897). *The Path of the Law*, «Harvard Law Review», 10, 8, 457-478.
- Itzcovich, G. (2017). *Nobili sogni e incubi. Teorie dell'interpretazione costituzionale e contesto istituzionale*, «Rivista di filosofia del diritto», 6, 1, 97-117.

- Kelsen, H. (1928). *Préface*, in Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, v-xi.
- (1937). *Die Ziele der Reinen Rechtslehre* (1936), Engl. transl. *The Function of the Pure Theory of Law*, in Reppy, A. (ed.), *Law, a Century of Progress 1835-1935*, Vol. II, New York-London, New York University Press-Oxford University Press, 231-241.
 - (1939). *Legal Technique in International Law. A Textual Critique of the League Covenant*, «Geneva Studies», 10, 6.
 - (1952a). *Reine Rechtslehre* (1934), tr. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi.
 - (1952b). *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence* (1941), tr. it. *La dottrina pura e la giurisprudenza analitica*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 173-206.
 - (1966a). *Reine Rechtslehre*, II ed. (1960), tr. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi.
 - (1966b). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, II ed. (1929), tr. it. *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, il Mulino, 3-112.
 - (1966c). *Foundations of Democracy* (1955-1956), tr. it. *I fondamenti della democrazia*, in Id., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Bologna, il Mulino, 113-314.
 - (1973). *Gott und Staat* (1922-1923), Eng. transl. *God and the State*, in Id., *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Springer, 61-82.
 - (1975). *Das Problem der Gerechtigkeit* (1960), tr. it. *Il problema della giustizia*, Torino, Einaudi.
 - (1981a). *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen Österreichischen Bundesverfassung vom 1 Oktober 1920* (1923-1924), tr. it. *Le giurisdizioni costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 3-45.
 - (1981b). *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)* (1928), tr. it. *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 143-206.
 - (1981c). *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1931), tr. it. *Chi dev'essere il custode della Costituzione*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 229-291.
 - (1985). *Allgemeine Theorie der Normen* (1979), tr. it. *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi.
 - (1989). *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920), tr. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè.

- (2000). *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas.
- Losano, M.G. (1981). *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Comunità.
- (1985). *La dottrina pura dal logicismo all'irrazionalismo*, in Kelsen, H., *Teoria generale delle norme*, Torino, Einaudi.
- Luhmann, N. (1977). *Rechtssoziologie* (1972), tr. it. *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- (2012). *Das Recht der Gesellschaft* (1993), tr. it. *Il diritto della società*, Torino, Giappichelli.
- Paulson, S.L. (1988). *An Empowerment Theory of Legal Norms*, «Ratio Juris», 1, 1, 58-72.
- (1990). *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, in Gianformaggio, L. (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A diachronic Point of View*, Torino, Giappichelli, 11-47.
- (1998). *Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory. Reflections on a Periodization*, «Oxford Journal of Legal Studies», 18, 1, 153-166.
- (1999). *Arriving at a Defensible Periodization of Hans Kelsen's Legal Theory*, «Oxford Journal of Legal Studies», 19, 2, 351-364.
- Pino, G. (2018). *Tre aporie (e qualche altra perplessità) nell'opera di Luigi Ferrajoli*, «Analisi e diritto», in questo fascicolo.
- Poggi, F. (2004). *Le norme permissive*, Torino, Giappichelli.
- Raz, J. (2009). *The Functions of Law* (1973), in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 163-179.
- Von Bernstorff, J. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Weinberger, O. (1986). *Logic and the Pure Theory of Law*, in Tur, R., Twining, W. (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, Clarendon, 187-199.