

Dispositio

Collana di Saggistica diretta da Mary Attento

Matteo Tomassoli

Note sul fondamento del diritto



edizioni
2000diciassette

In copertina:

Salvatore D'Imperio, *Quella intensa e soffice brezza del vento di mare*,
olio e acrilici, tela e telaio Pieraccini, 2022 (collezione privata).

Tutti i diritti sono riservati,
incluso il diritto di riproduzione integrale o parziale in qualsiasi forma.

Edizioni 2000diciassette © Aprile 2023

www.edizioni2000diciassette.com
redazione@edizioni2000diciassette.com

§ 1.

Riuscire a dare un fondamento al diritto è una cosa molto importante, sebbene non si possa negare che sia anche un'impresa molto difficile.

È tanto più importante in questi nostri tempi, usciti dall'enorme tragicità delle guerre mondiali e proprio per questo si sono dati un numero impressionante di diritti umanitari solenni, che sono certamente sentiti come buoni e giusti dalle coscienze dei popoli, ma che tuttavia e a ben vedere non hanno ancora ricevuto un legittimo fondamento filosofico che possa essere anche solo minimamente condivisibile.

Al riguardo si sente spesso dire: prendiamo atto con soddisfazione che questi diritti umani e queste conquiste della civiltà esistono e che sono stati scritti e codificati in solenni dichiarazioni; evitiamo però di chiederci il perché.

Ed invece è questo il punto fondamentale: è proprio questa la nota dolente ed il nodo che dobbiamo essere capaci di sciogliere, se vogliamo una certa sicurezza teoretica e se vogliamo essere seri con noi stessi.

§ 2.

In un saggio sul fondamento dei diritti dell'uomo Norberto Bobbio argomentava la questione suddividendola in questo modo: quale sia il senso del problema che ci siamo posti intorno a questo fondamento assoluto; se un fondamento assoluto sia possibile; se, posto che sia possibile, sia anche desiderabile.

Egli era consapevole, entro certi limiti, che un vero fondamento non lo si era ancora trovato ed in un certo modo disperava si potesse trovare.

Certamente non si può concordare sul terzo punto: poiché è chiaro che se un fondamento assoluto è possibile trovare, allora questa conquista scientifica e filosofica sarà buona in sé a prescindere da ciò che avrà scoperto e raggiunto.

Sarebbe, cioè, come se dicessimo: posto che sia possibile scoprire l'esistenza di certe galassie a distanza di anni luce da noi, sarebbe poi desiderabile quella scoperta? Ma è chiaro che una scoperta che aumenti la nostra conoscenza è sempre un fatto positivo e desiderabile; nella peggiore delle ipotesi lo si può a posteriori giudicare neutro.

Probabilmente Bobbio scriveva così perché nella sua ottica trovare il fondamento assoluto (sulla qual cosa egli era certamente scettico) sarebbe poi equivalso a far cessare lo spirito critico, appiattendosi su quel risultato definitivo una volta per tutte.

Più avanti, – ed a conclusione delle sue argomentazioni – data come certa la crisi dei fondamenti, Bobbio scriveva: «Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di GIUSTIFICARLI, quanto quello di PROTEGGERLI. È un problema non filosofico ma politico».

Una tale conclusione è proprio l'esatto opposto di ciò che andrebbe fatto, ossia l'esatto contrario di ciò che ci si debba aspettare da una discussione filosofica seria circa il fondamento del diritto.

È chiaro che Bobbio tira quelle conclusioni sulla base della sua convinzione, maturata nel tempo, che un fondamento assoluto ed ultimo sia di fatto impossibile.

Ma certamente non ha filosoficamente senso dire che oggi il compito sarebbe quello della protezione e non della giustificazione dei diritti solennemente codificati. Intanto, infatti, è opportuno proteggere dei diritti in quanto prima si sia stati capaci di giustificarli: altrimenti il rischio sarebbe quello di proteggere qualcosa che poi successivamente si mostra priva di fondamento,

o meglio che si era codificato come giusto qualcosa che invece non lo era.

Da questo discorso, però, emerge che Bobbio come altri giustificano “sentimentalmente” il fondamento di quei diritti (ossia li credono giusti a pelle), senza tuttavia essere mai pervenuti ad una vera giustificazione filosofica e razionale.

§ 3.

Detto ciò, occorre fare un’importante precisazione. Forse per una certa comodità espositiva, finora abbiamo parlato più che altro di diritti dell’uomo e di fondamento e giustificazione di questi ultimi.

E tuttavia, diciamolo subito, quando noi esporremo e mostriamo dove va cercato il fondamento del diritto, noi intendiamo il diritto in generale e senza alcuna distinzione: che si tratti di diritti umani o di diritto civile o penale o procedurale o sovranazionale, non ha qui alcuna rilevanza.

Giacché è cosa ovvia che fondare il diritto significa trovare ciò che lo giustifica e ne dà conto, di qualunque diritto particolare poi si parli.

Il fondamento, per essere davvero tale, ha da essere cioè oggettivo ed universale, ossia valevole per ogni tempo e luogo.

§ 4.

Riuscire a comprendere filosoficamente il diritto equivale a dire che si riesce a DARNE CONTO, ossia a GIUSTIFICARLO e a FONDARLO.

Ma se prendiamo in considerazione le varie correnti, teorie, dottrine ed i vari autori che in un modo o nell’altro hanno cercato di rispondere a quei problemi e di pervenire a quegli obiettivi, ci accorgiamo che, infine, il risultato desiderato non è mai stato veramente raggiunto.

§ 5.

Italo Mancini scriveva: «Per il diritto sembra che le campane suonino a morto. Nessuna attività giuridica sembra sfuggire a questo destino di condanna, né quella del legislatore, né quella del giudice, né quella dell'interprete: come dire autorità dello Stato, attività giudiziaria, vita universitaria nelle facoltà di giurisprudenza. Nessuna delle tre branche in cui si potrebbe articolare la discussione teorica sul diritto sfugge a questa volontà di rimozione talora dotta e sofisticata, talora violenta e bruciante, aperta o clandestina, affidata alla penna oppure alla violenza assassina».

Si tratta di brano che non solo coglie nel giusto, ma pare anche che sia purtroppo tuttora attualissimo.

Anzi, vale non solo per l'oggi, ma anche per un passato affatto vicino (che si fosse di ciò consapevoli o meno), “per il diritto le campane sono sempre suonate a morto”: ossia si è sempre beneficiato dello strumento giuridico per regolare i comportamenti nelle società, per infliggere sanzioni nei casi di trasgressione, etc., tuttavia non si è mai stati davvero consapevoli fino in fondo da cosa tutto ciò traesse la sua legittimazione, quale fosse la sua essenziale giustificazione.

In sostanza: è sempre mancato un sicuro e scientifico fondamento del fenomeno giuridico.

A tal proposito e più avanti Italo Mancini parla proprio e giustamente di “minorità del diritto”: di fronte ad un mondo laico e secolarizzato, un mondo divenuto adulto grazie e soprattutto per via delle sempre più numerose e vincenti scoperte scientifiche e tecniche, il diritto mantiene ancora uno statuto di minorità; esso è cioè rimasto un fanciullo, ancorato per forza di cose ancora a presupposti religiosi e metafisici.

E se anche ci fosse un metodo, una dogmatica, manca tuttavia il fondamento e la giustificazione teoretica dei suoi contenuti: e così le critiche di presunta arbitrarietà dei valori giuridici saranno sempre legittime e ciclicamente torneranno a bussare alla porta.

§ 6.

È necessaria un'altra puntualizzazione per evitare equivoci.

A torto si crede spesso che la comprensione teoretica e filosofica del diritto risiederebbe nella risposta alla domanda: che COSA è il diritto?

E forse magari pure a quest'altra: COME è il diritto?

Questo è, però, un modo sbagliato di procedere e di porre la questione importante e fondamentale circa il mondo giuridico.

Infatti la domanda iniziale e veramente importante sarebbe: PERCHÉ il diritto? (lo spiegheremo meglio più avanti).

Questo errore d'impostazione è abbastanza frequente: è come se (inconsapevolmente) quegli autori credessero giusto partire dal "cosa", in quanto il "perché" pare loro qualcosa di scontato.

Detto altrimenti: è come se diano per scontato che il diritto ci debba essere e che gli uomini lo creino. Non si accorgono dunque che, così facendo, complicano l'indagine fin dalla partenza.

Al riguardo si possono prendere alcuni esempi.

Così Herbert L.A. Hart incomincia la sua opera più famosa: «Poche questioni riguardanti la società umana sono state poste tanto insistentemente e sono state risolte da pensatori seri in modi tanto diversi, strani e perfino paradossali come la questione CHE COS'È IL DIRITTO? Anche se limitiamo la nostra attenzione alla teoria giuridica degli ultimi centocinquanta anni e lasciamo da parte la riflessione classica e medievale sulla natura del diritto, ci troviamo di fronte a una situazione che non ha eguali in nessuna altra materia studiata in modo sistematico come disciplina accademica a sé».

Scriveva Immanuel Kant: «CHE COSA È IL DIRITTO? Questa domanda potrebbe ben mettere il giureconsulto, che non vuole cadere in una tautologia o che, invece di dare una soluzione generale vuol rimandare alle leggi positive di un paese qualunque e di un qualunque tempo, appunto nello stesso imbarazzo in cui la celebre domanda: che cosa è la verità? mise il logico. Ben egli

può, certo, conoscere e dichiarare che cosa sia il diritto (*quid sit iuris*), cioè ciò che le leggi in un certo luogo e in un certo tempo prescrivono o hanno prescritto; ma se ciò che queste leggi prescrivono sia poi giusto, e il criterio universale per mezzo del quale si può riconoscere in generale ciò che è giusto e ciò che è ingiusto (*iustum et iniustum*), gli rimane completamente nascosto se egli non abbandona per un certo tempo quei principi empirici, e se (pur servendosi di quelle leggi come di eccellenti fili conduttori), egli non cerca le origini di quei giudizi nella ragione pura quale unico fondamento di ogni legislazione positiva possibile. Una dottrina del diritto puramente empirica è (come la testa di legno nella favola di Fedro) una testa che può esser bella, ma che – ahimé! – non ha cervello».

Da questi due brani si evince chiaramente come entrambi gli autori facciano riferimento al problema capitale di comprendere il diritto, ossia coglierne la natura e l'intima essenza.

Ma comprendere il diritto (dato il carattere peculiare di questo oggetto di creazione umana) non può significare altro che trovare una giustificazione per la sua messa all'esistenza.

Ecco che allora è del tutto sbagliato far partire l'indagine dalla domanda (sia pur legittima) su COSA sia il diritto, invece che da quella veramente essenziale e fondamentale: PERCHÉ il diritto? O meglio: PERCHÉ il diritto esiste?

§ 7.

Ricapitolando, possiamo dire che le domande giusfilosofiche veramente importanti non sono: COSA è il diritto? Oppure COME è il diritto?

Queste domande infatti – pur importanti e legittime – vengono semmai solo dopo l'eventuale risposta alla prima e fondamentale domanda filosofica: PERCHÉ il diritto? O, detto altrimenti e meglio, PERCHÉ esiste il diritto piuttosto che no?

Questa è la domanda filosofica davvero fondamentale da cui dipende ogni altra domanda; ed una comprensione e giustifica-

zione del fenomeno giuridico deve passare in primo luogo da essa.

È un gravissimo errore credere di poterla dare per scontata, non fosse altro perché preclude dall'origine la bontà di ogni indagine filosofica sul tema.

Infatti, risulta chiaro che solo dopo che abbiamo trovato le ragioni giustificative per cui il diritto esista o venga posto in essere, che allora potremo accingerci a capire COSA il diritto è e COME è fatto.

§ 8.

Partiamo da una semplice osservazione che, effettivamente, non è veramente importante come tutte le altre che poi svolgeremo per giungere al nostro obiettivo di mostrare in che cosa risieda il fondamento del fenomeno giuridico, ma che tuttavia funge se non altro da elemento chiarificatore sotto determinati altri aspetti.

Dunque: la prima cosa che dobbiamo fare è semplicemente quella di osservare e prendere in considerazione nella loro banale e brutale essenza quelle cose, quegli oggetti e quei fatti che noi "usualmente" designiamo ed in passato abbiamo designato sotto la generale espressione di "diritto".

Così facendo noi constatiamo che ciò che denominiamo "diritto" non è altro che un semplice oggetto fra oggetti: cioè una cosa che, letteralmente, possiamo benissimo indicare a dito e mostrarla a chiunque.

Quella sfilza di parole e di lettere che si vedono messe in fila scritte su quel tale foglio non sono altro che le "proposizioni normative" di quelle tali leggi dello Stato, etc.

Che poi da queste "proposizioni normative" i giuristi debbano ricavare significati, ossia "norme giuridiche", per rendere il diritto attuale nella vita concreta è un problema di interpretazione e, come tale, qui non ci riguarda, poiché il nostro obiettivo è quello di trovare la giustificazione al tempo stesso empirica e ra-

zionale dei valori contenuti nei precetti muniti di sanzione che il giuridico esprime.

Possiamo ben dire, insomma, che quello interpretativo è un problema che sta a valle rispetto a quello più filosofico di giustificazione, che appunto troviamo più a monte.

Volendo schematizzare possiamo anche dire che il primo è oggetto della “teoria generale del diritto”, mentre il secondo è oggetto della “filosofia del diritto”.

§ 9.

Sotto questo aspetto, essendo dunque il diritto nient'altro che un normale oggetto fra oggetti, potremmo allora farne una trattazione di tipo scientifico-empirica, proprio come avviene per le altre scienze della natura, come ad esempio la fisica teorica, che (diciamolo forse con qualche approssimazione) osserva e raccoglie i suoi oggetti per via induttiva per poi formulare delle teorie fisico-matematiche, che spiegano e generalizzano quelle regolarità causali.

Sa questo punto di vista, il diritto viene studiato e viene a conoscenza sotto l'aspetto genuinamente “descrittivo”.

Ma una tale descrizione – e ciò va sottolineato con vigore – non può che riguardare di necessità altro che un diritto che contenutisticamente è già dato e posto, ossia è già stato deciso da un legislatore qualunque.

Con ciò vogliamo dire questo: un simile metodo che, per ripetere Kant, prende come fili conduttori le leggi dello Stato già in vigore potrebbe benissimo non bastare, se non addirittura essere non idoneo per giungere a quello che invece è l'obiettivo principale da raggiungere: giustificare e fondare il diritto; il diritto in generale, valido per ogni tempo e ogni luogo.

Anzi, lo possiamo dire già da subito: la soluzione da noi trovata prescinde del tutto dall'osservazione di ordinamenti giuridici storici particolari; semmai prende solamente spunto dalla fenomenologia giuridica così come si è sempre nelle sue linee genera-

lissime presentata, per arrivare poi a concetti e soluzioni ancora più a monte e fondamentali.

§ IO.

Ricapitolando questo ultimo discorso, possiamo considerare il fenomeno giuridico sotto questo peculiare angolo visuale “descrittivo”, anche se sappiamo benissimo che il contenuto di norme giuridiche non può essere altrimenti che “prescrittivo”.

Sotto questo aspetto di descrizione il diritto viene ad essere considerato per quello che è brutalmente e di fatto: proposizioni normative; ossia segni linguistici scritti con inchiostro su fogli che denominiamo magari “codici” o “gazzetta ufficiale”, etc.

Sotto un tale aspetto, però, il diritto che noi possiamo fare oggetto di descrizione non può essere altrimenti che un diritto il cui contenuto valutativo e precettivo sostanziale è per forza di cose e di necessità già posto, già deciso e già dato dalla volontà legislatrice di un uomo o di un’assemblea qualsiasi.

E dunque – proprio in virtù ed a causa dei motivi ora detti – probabilmente assai poco idoneo ad indicarci la retta via che ci conduca al proposito di fondare e giustificare il mondo giuridico.

Essendo, infatti, la prima domanda fondamentale a cui rispondere quella circa il PERCHÉ il diritto esiste, noi non sapremo se riusciremo a pervenire ad una risposta solo basandoci su un diritto già posto, che ha già fatto un po’ della sua storia con l’essere già stato applicato e funzionante; fosse anche una considerazione del diritto in generale esistito nel tempo e nello spazio.

Ed ancora di più il discorso sarà valido se prendiamo in considerazione il diritto positivo valido ed effettivo di un singolo Stato sovrano in un preciso momento storico.

Dimostreremo, infatti, più avanti che la corretta soluzione per riuscire a fondare il diritto va in fin dei conti cercata ancora più a monte in dati empirici e fattuali; anche se è altrettanto chiaro che il prendere in considerazione il fenomeno giuridico così come si è sempre nelle sue grandi linee presentato nella sto-

ria dei vari Stati o imperi è un eccellente viatico per giungere a quelle conclusioni.

§ II.

Ora un'ultima piccola precisazione riguardo agli ultimi punti appena affrontati.

Dicendo in questi paragrafi che il diritto può benissimo essere fatto oggetto di “descrizione” e dunque essere riguardato alla stregua di un fenomeno empirico o di un fatto come ce ne sono tanti nel mondo fenomenico della natura, abbiamo in un certo senso implicitamente istituito un parallelo con le comuni scienze empiriche descrittive.

Ma un tale parallelismo non può per forza di cose essere totale e pieno: è chiaro che il fenomeno giuridico presenta anche delle corpose peculiarità, rispetto ai normali fenomeni naturali regolati secondo le leggi fisiche di causa ed effetto.

Nel diritto, infatti, vi è sempre sottintesa un'imposizione e una creazione dell'uomo: dunque in esso è presente il condizionamento (assai poco prevedibile) di un comportamento umano che manifesta una certa implicita direzione volitiva verso un qualche scopo.

Altrettanto certamente però, possiamo qui già dire che ciò non costituisce una preclusione al nostro obiettivo: quello di fondare il diritto su un qualcosa che abbia solide basi in dati di fatto soggetti ad osservazione e a descrizione.

§ 12.

È giunto ora il momento di fare una fondamentale osservazione, forse tanto ovvia quanto importante. Ed è la seguente: ciò che noi designiamo usualmente e sempre con la parola DIRITTO è un qualcosa, è un oggetto, un insieme di tecnicismi fatti e creati dagli esseri umani e per i medesimi esseri umani, ossia in vista del comportamento di esseri umani (creatori del diritto inclusi).

Tale osservazione è vera tanto nello spazio quanto nel tempo: ossia vale per il qui ed ora del mio Stato sovrano, quanto per altri Stati e comunità sovranazionali ed internazionali, ed altrettanto vale per le comunità di epoche passate regolate dal diritto.

E questa apparentemente semplice osservazione appena fatta mostrerà tutta la sua importanza più avanti.

§ 13.

La mia trattazione – diciamo per motivi di personale preferenza e comodità espositiva, ai quali certamente si aggiungono l’oggettiva enorme influenza sulla cultura giusfilosofica dell’ultimo secolo – partirà da alcuni importanti nodi teorici e concettuali della assai discussa “dottrina (o teoria) pura del diritto” di Hans Kelsen.

Anche se – lo dico già ora – non mancherò di argomentare anche circa le manchevolezze di altre correnti, dottrine ed autori che hanno influenzato a grandi linee il dibattito degli ultimi circa cento anni.

§ 14.

Il punto veramente essenziale – se teniamo d’occhio l’obiettivo di giustificare e fondare il diritto – della teoria del Kelsen è certamente la trattazione della c.d. NORMA FONDAMENTALE.

Prima di arrivare a quel punto, toccheremo altri temi sempre di quella teoria, poiché anche la critica ad essi pare assai illuminante sotto molti punti di vista.

§ 15.

Parleremo dapprima dell’argomento della “proposizione giuridica” vista come “giudizio ipotetico”.

Il Kelsen accosta con una sorta di similitudine il giudizio di causa-effetto della descrizione delle scienze naturali al “giudizio

ipotetico”, che collegherebbe “condizione-conseguenza” nella “scienza del diritto”.

Al riguardo egli parla di “similitudine” ed “analogia”, non certo di “identità”, sia ben chiaro.

Poiché, egli dice, le scienze naturali fanno parte della sfera dell'ESSERE (SEIN); mentre le scienze giuridiche appartengono alla ben diversa sfera del DOVER ESSERE (o semplicemente DOVERE) (SOLLEN).

E riguardo questi argomenti conia la locuzione di “principio di attribuzione”.

§ 16.

Il Kelsen parla, dunque, della “proposizione normativa” come di un “giudizio ipotetico”.

Nella “proposizione normativa” ad una certa CONDIZIONE (cioè l'ILLECITO) viene fatta seguire, ossia “attribuita”, “con un nesso puramente LOGICO”, una certa CONSEGUENZA (cioè la SANZIONE).

Ovvero: se si verifica la condizione/illecito, allora “deve essere” la conseguenza/sanzione.

Ma già subito possiamo qui individuare un chiaro errore dell'impostazione kelseniana: infatti egli crede possa darsi con procedimento “puramente logico” che se A allora deve seguire B.

Non si accorge che in questa sfera “sostanziale” (e fisiologica) del DOVER ESSERE di conseguenza “logica” non ve ne può essere alcuna.

Infatti la “scelta” su quale tipo di sanzione far conseguire ad una certa conseguenza, ed addirittura ed ancor di più la “decisione” sul “se” fare conseguire una sanzione qualsivoglia, sono “azioni attributive” che dipendono necessariamente ed esclusivamente da un umano “atto di volontà” diretto ad un fine.

E questo errore del Kelsen dimostra ciò: egli vedrebbe la “purezza” della sua dottrina anche laddove è la sua stessa impostazione a smentirla.

§ 17

Passiamo ora ad un secondo aspetto della teoria di Kelsen.

Altra peculiarità delle tematiche kelseniane è la seguente. Contrariamente all'uso della giurisprudenza tradizionale, Kelsen capovolge i termini nella relazione concettuale fra NORME PRIMARIE e NORME SECONDARIE.

Infatti egli afferma che l'ILLECITO è tale non perché lo sia di per sé (se così fosse si darebbero per esso giudizi di valore e dunque verrebbe meno la "purezza" della sua dottrina), bensì perché ad esso è "imputata", con un nesso, come abbiamo visto, "purementemente logico", una SANZIONE.

Ecco che allora è proprio la SANZIONE (in cui troviamo contenuti gli elementi della "forza" e della "coattività") il proprio e lo specifico in cui risiederebbe il "giuridico", ossia la "giuridicità" strettamente intesa della NORMA.

Lasciando, dunque, implicitamente intendere che nella SANZIONE non vi sarebbe il pericolo di incorrere in "giudizi valutativi".

E concludendo che si dovrà denominare (contrariamente all'uso tradizionale, e forse pure intuitivo) "primaria" la norma nella quale viene a trovarsi la "sanzione"; e "secondaria" la norma dove si trova il "precetto" (ossia la prescrizione di comportarsi o no in un certo modo).

§ 18.

A ben vedere possiamo notare come, così facendo, il Kelsen si sia invero lasciato sfuggire qualcosa di molto importante.

Ad un attento esame, infatti, si riscontra che non è per nulla vero che il "contenuto" di quella parte della "norma giuridica" che noi chiamiamo "sanzione" possa andare davvero esente da "giudizi di valore".

Ovvero ancora: non è affatto vero che la c.d. "norma sanzionatoria", cioè a dire la "coazione", sia "neutra", "pura" e "priva di contenuto valoriale", se appunto paragonata con la c.d. "norma o parte precettiva".

Il Kelsen cioè riconosce che nel “precetto” sono contenuti giudizi di valore (per dire cosa devi fare o non devi fare bisogna, infatti, prima aver implicitamente stabilito cosa è bene o male fare), ma poi non riconosce che i medesimi valori sono riscontrabili anche nei contenuti del lato “sanzione”.

Se andiamo a fondo, anche entro la c.d. “norma che stabilisce la sanzione” (al verificarsi della condizione/illecito) è implicito e ben evidente un comune giudizio di valore nei termini, appunto, di bene/male.

Infatti, come possiamo noi prescindere davvero da giudizi valutativi, se dobbiamo poi stabilire che per l’eventuale soggetto destinatario della SANZIONE (ossia colui che ha averato la condizione, commettendo il dato illecito) una certa “misura” (ossia un determinato concatenamento di azioni ed accadimenti predisposti dall’uomo) è un “male” (cioè è afflittiva di un certo “dolore”), mentre un’altra misura non lo è affatto.

Ad esempio: come faremmo – se davvero potessimo prescindere (come crede il Kelsen) da giudizi di valore nei normali termini di bene/male o buono/cattivo – a stabilire che, poniamo, la reclusione dentro una struttura carceraria è un male o dolore per il soggetto destinatario della sanzione, mentre non lo sarebbe invece la consegna o donazione di una collana d’oro oppure di un’autovettura, etc.

Senza un previo giudizio di valore implicito, cioè, come faremmo a giudicare le prime cose fonte di male e dolore per il soggetto destinatario di esse, mentre le seconde al contrario fonte di bene e piacere?

È allora ben evidente che pure per la c.d. “parte sanzionatoria” delle norme giuridiche dobbiamo parlare di impliciti giudizi di valore e smentire così la asserita e presunta “purezza” di essa.

§ 19.

Ricapitolando, occorre comprendere che quanto il Kelsen afferma non risponde al reale stato delle cose.

Egli infatti crede che la SANZIONE sia “pura”, ossia che nel contenuto di essa non si diano affatto giudizi di valore, cioè come dire che non si entri affatto nel merito.

E così credendo, fa passare il concetto secondo cui la SANZIONE esprima in ultima analisi la mera “forza” del dover essere del diritto: e così può affermare che in essa (e non nel “precetto”) soltanto si esprime il proprio e lo specifico della “giuridicità” delle norme.

Ma abbiamo visto che le cose non stanno affatto in questi termini.

Infatti: una volta compreso che le sanzioni devono avere un contenuto “negativo” (devono cioè essere un “male”) per coloro cui sono indirizzate (giacché sono poste al fine di dissuadere ed inibire certi comportamenti contemplati nella parte precettiva), allora poi questo “negativo” o “male” o “dolore” va per forza di cose riempito con un certo contenuto sostanziale (andare in carcere, pagare ammenda, etc.) che il legislatore dovrà scegliere e decidere – appunto – in base ad un previo “giudizio valutativo” nei termini, appunto, di bene/male.

§ 20.

Il terzo errore riscontrabile nella dottrina pura del Kelsen concerne, in particolare, la distinzione che egli compie fra PROPOSIZIONE giuridica e NORMA giuridica.

Al riguardo egli dice che della “proposizione giuridica” (che non è altro che la sfilza di segni linguistici nei quali è contenuta una norma) è possibile fornire un giudizio di tipo “descrittivo” (il che è giusto!) alla stessa stregua delle descrizioni con cui procedono le scienze naturali.

In questo modo si considera il materiale giuridico come un qualsiasi materiale empirico e dunque, nel medesimo tempo, ci si garantisce pure la “scientificità del metodo” adottato.

Non dobbiamo infatti dimenticare che l’obiettivo della dottrina del Kelsen è quello di essere vera “scienza” del diritto.

Se la “proposizione” giuridica sono le parole scritte, invece la “norma” giuridica sarebbe il “contenuto di senso” di quelle parole; ossia quello che ne ricavano gli operatori del diritto dopo l’atto interpretativo.

Ma allora dove starebbe l’errore del Kelsen?

Egli dice: nella misura in cui è possibile trattare in modo descrittivo – e dunque scientifico – la proposizione giuridica, allora è altrettanto possibile fare ciò (ossia rendere passibile di descrizione e scientificamente) con la norma giuridica.

Ma anche un tale assunto è falso, ossia non corrisponde al reale stato delle cose così come illustrate.

Infatti quel salto che va dalle proposizioni alle norme giuridiche è un salto proibito: non trova “giustificazione” in alcunché; quantunque sarebbe pur comodo poterlo attuare per una filosofia giuridica che ha come obiettivo quello di dare un saldo fondamento al diritto.

Perché sarebbe vietato un tale salto?

Perché la “norma” non è un insieme di parole come la proposizione, ma un “contenuto di senso”; il quale di necessità, intanto è “giuridico” in quanto esprime sempre un “dover essere”.

E farne una descrizione equivale a prenderlo per come è di fatto: ossia un giudizio di valore prescrittivo già deciso e già scelto in precedenza da un legislatore qualsivoglia.

Ma così facendo non si fa altro che giustificare e fondare il diritto su una decisione qualsiasi e arbitraria comunque già presa, e non invece su un qualcosa di universale ed oggettivo che valga in generale.

La teoria pura di Kelsen, invece, avrebbe proprio una tale vocazione “oggettiva”, “universalistica” e “scientifica” (per espressa ammissione del suo stesso autore).

§ 21.

Volendo dunque ora sintetizzare quello che definiamo l’ultimo errore del Kelsen, possiamo dire questo.

Per Kelsen la PROPOSIZIONE del diritto è passibile di “giudizio” (essa è infatti per lui un “giudizio ipotetico”, come avevamo già visto) e dunque è altrettanto passibile di “descrizione” (anzi: spesso e volentieri le prescrizioni del diritto sono rese linguisticamente in una forma puramente descrittiva; anche se è chiaro che la prescrizione interna è implicita necessariamente, poiché sempre di diritto si tratta).

Essendo infatti le PROPOSIZIONI giuridiche null’altro che semplicissime e comuni proposizioni (ossia sequenze di parole messe in fila), allora è chiaro che lo “scienziato del diritto” può farne oggetto di “osservazione” e di “descrizione” proprio come farebbe uno scienziato della natura qualsiasi (un fisico, un chimico, un biologo, etc.).

Così facendo raggiungerebbe il suo fine: garantire finalmente anche al mondo giuridico la “scientificità” e l’“oggettività” dei suoi procedimenti e delle sue costruzioni.

A ciò va aggiunta un’altra constatazione, che in effetti il Kelsen svolge in un capitolo della sua opera fondamentale.

Nella misura in cui la PROPOSIZIONE normativa è passibile quale oggetto di “descrizione”; nella misura in cui, cioè, essa appare quale mera constatazione di stati di cose (è cioè un ESSERE o SEIN), allora risulta chiaro che è anche possibile collegare tra loro le varie PROPOSIZIONI normative di un “ordinamento giuridico” qualsiasi, mediante inferenze di tipo LOGICO: valutare cioè, ad esempio, se vi sia “contraddizione” fra due diverse PROPOSIZIONI del medesimo ordinamento; oppure, ad esempio, produrre o dedurre implicazioni di “conseguenza” che dalla “validità” di una proposizione ci conducano necessariamente alla validità di un’altra.

Tutto quello che fin qui abbiamo esposto (piano “descrittivo” delle proposizioni normative e “logica” applicata ad esse) non è in sé scorretto.

Gli errori, infatti, entrano in scena nei passaggi successivi del discorso kelseniano.

Quando cioè egli afferma che così come “descrizione” e “lo-

gica” sono applicabili alle PROPOSIZIONI normative, allora “indirettamente” lo sono pure per le NORME giuridiche.

Ma non dobbiamo affatto dimenticare che se la PROPOSIZIONE è un giudizio, tale invece non è la NORMA.

Quest’ultima, infatti, è sempre di necessità un “contenuto di senso” o un “contenuto di significato”, che gli operatori del diritto ricavano mediante interpretazione della corrispondente proposizione, al fine di “prescrivere” e di “sanzionare”.

Le NORME giuridiche, cioè, sono essenzialmente dei “dover essere”, che in tanto sono tali in quanto qualcuno ha deciso di porle previo – di necessità – giudizio di valore.

Nei riguardi di esse la scienza del diritto non può affatto riuscire ad essere “descrittiva” come vorrebbe: poiché qui descrivere significa null’altro che appiattirsi sul dato di fatto tutt’altro che innocuo (per chi voglia trovare un fondamento oggettivo al diritto) che si riconosce un potere arbitrario qualsiasi che ha posto quei doveri secondo certi valori arbitrari già scelti, appunto, e già dati da quella posizione.

Cioè in questo caso – ossia nel caso appunto della presunta possibilità di fare oggetto di “descrizione” le NORME come invece era possibile per le PROPOSIZIONI – lo scienziato del diritto si limiterebbe solamente a constatare e a prendere atto che qualcuno ha posto un insieme di dover essere in ordinamento, secondo “giudizi di valore” arbitrari e via via differenti.

Ma – così facendo – è chiaro che la scienza del diritto non riesce a fondare e a giustificare il materiale giuridico: poiché, appunto, lo prende per buono così come si presenta; già scritto, già posto, già deciso da autorità qualsiasi.

Concludendo, possiamo dire: Kelsen crede possibile e legittimo il salto “descrittivo” e “logico” che dalle PROPOSIZIONI conduce alle NORME giuridiche (e sono proprio le norme giuridiche l’oggetto fondamentale di ogni diritto); e così facendo crede sia possibile raggiungere tutta una serie di obiettivi, che la sua teoria dovrebbe finalmente garantire ad una vera e matura “scienza del diritto”.

Abbiamo però mostrato perché quel salto sia illegittimo e dunque non praticabile: e così facendo abbiamo palesato come le pretese di Kelsen siano senza un appoggio che le renda possibili.

Cioè il salto che egli pratica fra “descrizione” delle “proposizioni” e “prescrizione” delle “norme” è a ben vedere un salto illegittimo e non giustificato: e pertanto i fini che con esso si vorrebbe raggiungere rimangono irraggiungibili.

§ 22.

Arriviamo infine alla questione più importante della teoria del Kelsen: il problema della NORMA FONDAMENTALE.

Kelsen afferma che un qualsiasi “ordinamento giuridico” è un sistema “dinamico” o “nomodinamico”.

Ossia disciplina le stesse regole per la produzione del diritto: esso, cioè, si autoregola internamente.

Tutte le norme giuridiche in esso presenti sono poste in un “ordine gerarchico” secondo una “costruzione a gradini” (Stufenbau).

In base a ciò, il fondamento di “validità” di ogni norma inferiore poggia sulla validità o legittimità di una norma superiore.

Ed in base a ciò abbiamo altresì che il “dover essere” di infliggere la “sanzione” da parte di un organo secondo una norma inferiore poggia la sua “esistenza/validità” sul “dover essere” di infliggere una “sanzione” ulteriore da parte di un “organo” superiore legittimato appunto da una norma superiore.

Tutto ciò a partire dai c.d. “atti individuali” (negozi giuridici fra privati, atti amministrativi, atti giurisdizionali), ed arrivando poi alle “leggi formali” e poi su su fino alla Carta Costituzionale quale base dell'intero ordinamento giuridico gerarchicamente inteso.

Ma questo processo gerarchico a gradini di DOVERI e di SANZIONI (o meglio: di “dover essere della sanzione”) non può certo continuare all'infinito.

Su cosa poggia, allora, da ultimo?

Sulla Costituzione dello Stato?

Ma la realtà della Costituzione scritta (da alcuno o da alcuni) è un mero FATTO.

Come allora “giustificare” la “legittimità”, la “validità” e la “cogenza” obbligatoria e sanzionatoria di un semplice dato di fatto empirico e sociologico?

§ 23.

Arrivati a questo punto tocchiamo proprio la parte nevralgica della dottrina kelseniana e della scienza del diritto in generale.

Qui infatti ci accorgiamo con chiarezza di quanto sia arduo il compito di trovare una giustificazione ed un fondamento appropriati per il mondo del diritto.

Le soluzioni che a tal proposito il Kelsen escogita nelle sue opere di teoria generale non sono per nulla soddisfacenti: egli utilizza espedienti retorici e formulazioni concettuali che, a ben vedere, non significano nulla di concreto e nulla di sensato.

Così come – lo anticipiamo già da ora – non sono affatto soddisfacenti tutte le altre elaborazioni giusfilosofiche di vari autori e varie correnti che dopo o contemporaneamente a Kelsen si sono susseguite nel tempo fino ai nostri giorni: Hart, Dworkin, neoistituzionalismo, logica deontica e tante/i altre.

Di queste diverse correnti ed autori parleremo in appositi e successivi paragrafi.

Ora riprendiamo il discorso su Kelsen.

§ 24.

Partiamo con alcuni brani tratti dalla prima Dottrina Pura (1934), tradotta in italiano nel 1952 col titolo di ‘Lineamenti di dottrina pura del diritto’.

Il capitolo di riferimento è il V, intitolato appunto: l’ordinamento giuridico e la sua costruzione a gradi.

Kelsen scrive: «su che cosa è fondata l'unità di una pluralità di norme giuridiche? Perché una determinata norma giuridica appartiene a un determinato ordinamento giuridico? Una pluralità di norme forma un'unità, un sistema, un ordinamento quando la sua VALIDITÀ può essere ricondotta a un'unica norma come fondamento ultimo di questa validità.

Questa NORMA FONDAMENTALE (Grundnorm), come fonte comune, costituisce l'unità nella pluralità di tutte le norme che formano un ordinamento».

«La norma fondamentale di un ordinamento giuridico POSITIVO non è altro che la regola fondamentale per la quale sono prodotte le norme dell'ordinamento giuridico, la posizione della fattispecie fondamentale della produzione del diritto. Essa è il punto di partenza di un procedimento; ha un carattere assolutamente DINAMICO-FORMALE.

Da questa norma fondamentale non si possono dedurre logicamente le singole norme del sistema giuridico. Esse debbono essere prodotte da un particolare ATTO che le pone, atto non di PENSIERO, ma di VOLONTÀ».

Poi Kelsen scrive, a proposito dei gradini gerarchici che partendo da una sentenza penale e passando su al codice penale e poi ancora più su alla Costituzione come presupposto di validità del codice penale stesso: «Se ci si chiede quale sia il fondamento della validità del codice penale [nel quale molte norme prevedono la privazione della libertà verso uomini che commettono certe azioni] si giunge a toccare la Costituzione dello Stato, secondo le cui disposizioni è stato compilato il codice penale da parte di un organo competente e a mezzo di un procedimento prescritto dalla Costituzione stessa.

Se ci si chiede però quale sia il fondamento della validità della Costituzione, su cui poggiano tutte le classi e gli atti giuridici compiuti sulla base della legge, si giunge forse a una COSTITUZIONE PIÙ ANTICA e così infine a quella STORICAMENTE ORIGINARIA che fu promulgata da un SINGOLO USURPATORE o da un'assemblea formatasi in un modo qualsiasi.

Questo è il PRESUPPOSTO FONDAMENTALE da cui parte tutta la CONOSCENZA dell'ordinamento giuridico fondato su questa Costituzione; è il presupposto per cui deve valere come norma tutto ciò che l'organo costituente, storicamente originario, ha manifestato come propria VOLONTÀ.

La formulazione schematica della norma fondamentale di un ordinamento giuridico (nel senso di ordinamento giuridico statale particolare) è la seguente: la COAZIONE DEVE ESSERE POSTA nelle CONDIZIONI e nel MODO che è stato determinato dal primo costituente o dagli organi da lui delegati».

Ma noi possiamo ben vedere come la Costituzione originaria e la volontà del primo usurpatore siano niente altro che meri FATTI.

E così viene meno la purezza della teoria di Kelsen.

Dopo aver riportato le prime testuali parole del Kelsen, possiamo commentarle e mostrare per quali ragioni esse siano nulla più che concetti insensati e confusionari in rapporto alla finalità di chiudere quel sistema e così fondare e giustificare tutto il materiale giuridico di un ordinamento qualsiasi.

Certamente la configurazione “gerarchica” e “a gradini” con cui egli ci presenta la teoria generale del diritto è un gran merito che gli va assolutamente riconosciuto: in questo senso egli non commette affatto errori; anzi fa avanzare la consapevolezza della scienza del diritto.

Poi però, non trovando l'adeguata soluzione di chiusura, abborracciava ed affastella concetti e soluzioni a dir poco vaghe e senza alcun senso concreto.

Dire che la norma fondamentale è il punto di partenza di un “procedimento”; e dire che essa ha un carattere “dinamico-formale”, non è in sé e per sé sbagliato: molto più semplicemente, non basta.

Infatti occorre per forza darne conto anche sotto il piano “materiale-sostanziale”.

Questo perché ogni norma giuridica intanto ha contenuto di

“dover essere” in quanto appunto contiene sempre in sé “giudizi valutativi” nei termini generali di bene/male.

È chiaro allora che una considerazione del fenomeno giuridico solo sotto il profilo dinamico-formale non riesce affatto a giustificare oggettivamente i contenuti che sempre e comunque in esso si trovano.

La sua considerazione solo formale e procedurale, cioè, si appiattisce ed accetta qualunque diritto già posto, già dato e già deciso: praticamente abdica al potere di fatto esistente così come esso è (senza giudicarlo nei termini di bene e male) e non riesce ad essere una filosofia critica, che intanto è tale in quanto si ponga l'interrogativo su quale sia il criterio universale del giusto e dell'ingiusto: l'unico che possa condurre ad una reale giustificazione/fondazione del diritto.

E d'altra parte, anche locuzioni quali “Costituzione più antica od originaria” oppure “atto del primo usurpatore/i” sono poco idonee a chiarirci su dove trovare origini e fondamento oggettivo e non arbitrario delle norme giuridiche degli ordinamenti nei quali tutti noi oggi siamo inseriti come cittadini.

Neppure può essere buona la presentazione di questa Grundnorm come di un “presupposto”.

Presupposto ricavato in che modo?

Forse semmai presupposto necessario a chiudere, per amore di sistema, il processo gerarchico che quella teoria propugna; e dunque ipotesi ad hoc escogitata artificiosamente da Kelsen per mantenere il quadro coerente, e non fondamento vero, reale ed empirico.

E poi quando ci dice in cosa consiste la formulazione schematica di questa “norma fondamentale” (la coazione deve essere posta nelle condizioni e nei modi determinati dai primi costituenti) ci si accorge facilmente che essa è un puro formalismo vuoto, poiché queste “condizioni” e “modi” non viene detto quali poi sarebbero.

Ma un tale fondamento ultimo privo di contenuti è del tutto equivalente ad una vera e propria assenza di ogni fondamento e

di ogni giustificazione: in pratica viene ad essere giustificato qualsiasi contenuto valoriale e prescrittivo già posto e deciso da altri in un tempo passato.

Fatte queste debite critiche, approfondiamo ulteriori brani dell'opera kelseniana.

§ 25.

Sempre nei Lineamenti, e sempre al capitolo V, Kelsen scrive: «La dottrina pura del diritto si vale di questa NORMA FONDAMENTALE come di un FONDAMENTO IPOTETICO.

Se si parte dal PRESUPPOSTO che tale norma sia VALIDA, è valido anche l'ORDINAMENTO GIURIDICO che si fonda su di essa.

La norma fondamentale attribuisce all'ATTO DEL PRIMO LEGISLATORE, e di qui a tutti gli atti dell'ordinamento giuridico che poggiano su di questo, il SIGNIFICATO DEL DOVER ESSERE, quello specifico significato per il quale nella PROPOSIZIONE GIURIDICA la CONDIZIONE è legata alla CONSEGUENZA del diritto; e la proposizione giuridica è la forma tipica in cui deve necessariamente presentarsi tutto il materiale del diritto positivo.

Nella NORMA FONDAMENTALE, in ultima istanza, trova la sua base il SIGNIFICATO NORMATIVO DI TUTTI I FATTI CHE COSTITUISCONO L'ORDINAMENTO GIURIDICO.

Soltanto in base al PRESUPPOSTO DELLA NORMA FONDAMENTALE il materiale empirico che si presenta alla determinazione giuridica può essere inteso come DIRITTO, cioè come SISTEMA DI NORME GIURIDICHE.

Secondo la natura di questo materiale, cioè secondo gli atti che debbono essere determinati come atti giuridici, si regola anche il contenuto particolare di quella norma fondamentale che sta alla base di un determinato ordinamento giuridico.

Essa è soltanto l'ESPRESSIONE DEL PRESUPPOSTO NECESSARIO PER COMPRENDERE POSITIVISTICAMENTE IL MATERIALE GIURIDICO.

Essa NON VALE COME NORMA GIURIDICA POSITIVA, perché non è prodotta nel corso del PROCEDIMENTO DEL DIRITTO; essa NON È POSTA, ma È PRESUPPOSTA COME CONDIZIONE DI OGNI POSIZIONE DEL DIRITTO, DI OGNI PROCEDIMENTO GIURIDICO POSITIVO».

Ed ancora più sotto si legge: «Con la formulazione della norma fondamentale la dottrina pura del diritto vuole dare la COSCIENZA DI CIÒ CHE TUTTI I GIURISTI FANNO PER LO PIÙ INCONSCIENMENTE quando, nel comprendere il loro oggetto, rifiutano un diritto naturale dal quale potrebbe essere dedotta la validità dell'ordinamento giuridico positivo, ma intendono però questo DIRITTO POSITIVO come ORDINAMENTO VALIDO, non già come realtà psicologica, ma come NORMA.

Con la teoria della norma fondamentale, la dottrina pura del diritto tenta di rilevare, attraverso all'analisi dei procedimenti effettivi, le CONDIZIONI LOGICO-TRASCENDENTALI DEL METODO, sinora usato, DELLA CONOSCENZA GIURIDICA POSITIVA».

§ 26.

Chiaramente anche questi ulteriori brani di Kelsen sulla norma fondamentale sono ampiamente criticabili.

Per certi versi questa norma fondamentale viene considerata solo come un qualcosa di puramente “dinamico-formale”; poi però per certi altri versi (e non poteva essere diversamente) essa entra in gioco anche come un qualcosa di “materiale-sostanziale”, ossia come qualcosa non privo di certi contenuti (che per le norme giuridiche – ricordiamolo – non possono che essere sempre un qualcosa che ha a che fare con “giudizi di valore”).

Kelsen la considera un “fondamento ipotetico”, essa è cioè null'altro che un'ipotesi fittizia.

La sua “validità”, cioè, deve essere “presupposta”, se si vuole poi considerare valido l'intero materiale giuridico di un qualsiasi ordinamento positivo.

Notiamo allora come essa sia nulla più di uno stratagemma o una vuota finzione messa lì appositamente per chiudere il suo sistema di teoria generale che, altrimenti, continuerebbe infinitamente a ritroso in una mai conclusa gerarchia di dover essere sanzionatori.

La norma fondamentale poi conferirebbe all'“atto del primo legislatore” (ossia un usurpatore qualsiasi) il significato del dover essere.

Allora non possiamo non chiederci: in base a quale giustificazione razionale od empirica avverrebbe ciò? Cioè: per quale motivo ciò è legittimo e non invece arbitrario?

Chiaramente nei testi di Kelsen una risposta a tali interrogativi non vi è.

Egli poi fornisce un'indicazione anche di carattere “sostanziale”: il “contenuto particolare” della norma fondamentale di un certo ordinamento giuridico si regolerebbe “secondo la natura del materiale” di tutte le altre norme inferiori dell'ordinamento medesimo.

Cioè qui abbiamo addirittura un capovolgimento dell'intera questione: non è tanto il contenuto della norma fondamentale a fornire da base al contenuto delle altre norme giuridiche tutte, ma viceversa; il che è assurdo!

Molto più semplicemente si dimostra una volta di più come il Kelsen avesse le idee confuse in merito.

D'altronde è chiaro che per fondare un ordinamento in cui le singole norme giuridiche hanno tutte per forza di cose contenuti sostanziali (ossia valoriali e valutativi) di dover essere, una norma fondamentale ultima semplicemente “pura” e “dinamico-formale” non può bastare e non è affatto idonea ad assolvere quel compito: resta cioè una mera formula vuota.

La norma fondamentale – così come intesa dal Kelsen – non è posta, bensì “presupposta” come “condizione necessaria” di ogni procedimento giuridico positivo.

Ma – come abbiamo visto – è un presupposto ed è una condizione necessaria non perché ciò lo si sia rilevato ed osservato