

PREFAZIONE

Dedico questo libro alla memoria di Renato Treves, dal quale hanno avuto inizio gli studi kelseniani in Italia, mancato il 31 maggio 1992, negli stessi giorni in cui stavo terminando di curare questa raccolta, durante i quali la cara immagine di Renato è stata sempre presente alla mia mente.

Breuil-Cervinia, 5 agosto 1992

Quando iniziai gli studi di filosofia del diritto, qualche anno più giù e qualche anno più su del 1930, la patria della filosofia, del diritto e della filosofia del diritto, era la Germania. Per fare qualche nome, Jhering, Bergbohm, Lasson, Kohler, Thon, Bierling, Merkel, Jellinek, Stammler, Binder, Radbruch. I maggiori filosofi italiani della generazione precedente, Giorgio Del Vecchio, Adolfo Ravà, Gioele Solari, il mio maestro, erano di cultura tedesca. Nei loro libri le citazioni di opere, uscite dalle celebrate università della Germania, primeggiavano. La letteratura inglese e americana era quasi sconosciuta. L'unico autore inglese di cui si poteva leggere qualche citazione era John Austin, ma era un inglese che si era formato in Germania.

Negli anni del mio apprendistato, Kelsen, che aveva già pubblicato due opere fondamentali, gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* nel 1911, e *Das Problem der Souveränität* nel 1920, aveva cominciato a essere tradotto e studiato. Entrambi allievi di Solari, Renato Treves e io, indirizzati allo studio della filosofia del diritto tedesca, ci eravamo diviso il campo: lui avrebbe stu-

diato la Scuola di Marburgo, cui si era ispirato Kelsen, io la fenomenologia, di cui erano apparsi allora i primi tentativi di estensione al diritto. Uscirono nello stesso anno (1934) il suo libro, *Il diritto come relazione. Saggio critico sul neokantismo contemporaneo*, e il mio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*. Mentre da Treves si può far cominciare la fortuna di Kelsen in Italia, anche se era già apparso qualche scritto precedente, un seguito ai miei studi sulla fenomenologia della teoria del diritto non ci fu mai. Io stesso li abbandonai ben presto alla furia roditrice dei topi. Il mio kelsenismo, per cui sono considerato spesso uno dei maggiori, se non il maggiore, responsabile della «kelsenite» italiana, cominciò molti anni dopo. Com'è stato osservato, ero allora non tanto un non-kelseniano, quanto un anti-kelseniano. Nel libro citato mi ero occupato più volte di Kelsen, a proposito della critica serrata che egli aveva condotta sia contro la teoria dello Stato come integrazione di Rudolf Smend¹, sia dando conto della polemica anti-kelseniana dell'allievo transfuga, Fritz Sander, che lasciò ben poche tracce di sé, essendo morto qualche anno dopo², sia, infine, e soprattutto, studiando l'opera di due allievi di Kelsen, Felix Kaufmann e Fritz Schreier, che avevano tentato di conciliare quello che sino allora era sembrato inconciliabile: il criticismo della scuola di Marburgo con la fenomenologia³.

Dei miei due libri successivi, il primo, *L' analogia nella logica del diritto* (1938), è completamente al di fuori dell'area dei temi principali svolti dalla teoria pura del diritto, il secondo, *La consuetudine come fatto normativo* (1942), contiene molti riferimenti a Kelsen, ma è nettamente antinormativistica la tesi accolta sulla natura della consuetudine.

Il mio primo scritto su Kelsen, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, apparve nel 1954, vent'anni dopo i miei esordi. Da esso ha inizio la presente raccolta. Ma la conversione al kelsen-

¹ *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, Istituto giuridico dell'Università di Torino, 1934, pp. 62-63.

² *Op. cit.*, pp. 87-89. Di Sander scrissi il necrologio sulla «Rivista internazionale di filosofia del diritto», vol. 20 (1940), pp. 176-179.

³ *Aspetti odierni della filosofia giuridica in Germania*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», vol. 14 (1934), pp. 576-595.

smo era avvenuta alcuni anni prima. Tralascio di ricordare che nelle lezioni padovane del 1940-41, dedicate alle fonti del diritto, vi era un paragrafo sulla costruzione a gradi dell'ordinamento, che mi aveva sin d'allora affascinato⁴, e che nelle lezioni del 1941-42, dedicate al diritto soggettivo, le ultime pagine contengono una esposizione, presentata con evidente consenso, della critica kelseniana del diritto soggettivo⁵. Il primo luogo della conversione fu anche il primo dei saggi che venni scrivendo dopo la guerra sulla teoria generale del diritto e sulle varie forme che questa era andata assumendo negli autori più recenti. Il saggio riguardava la *Teoria generale del diritto* di Francesco Carnelutti, uscita in seconda edizione nel 1946: reagendo vivacemente al rimprovero che Carnelutti muoveva ai giuristi italiani di indulgere alle «mode forestiere», tra cui annoverava la Scuola di Vienna, scrivevo: «Della dottrina normativa un teorico generale non può sbarazzarsi, oggi, con un'alzata di spalle: la si discute, e dopo averla discussa, si può rifiutarla». Della Scuola di Vienna dicevo che era da considerare «uno dei più interessanti fatti culturali che hanno avuto luogo ed esercitato profondo influsso negli studi giuridici in questi ultimi anni»⁶.

Parlo di «conversione», perché soltanto così spiego, da un lato, l'oblio in cui ho lasciato sprofondare i miei scritti giuridici precedenti, dall'altro, la confessione più volte fatta, secondo cui alla rottura violenta col passato avvenuta nella storia del nostro paese tra il 1934 e il 1946 ha corrisposto una frattura nel corso della mia vita privata e pubblica, intellettuale e morale. *Incepit vita nova*.

In realtà, quella che può apparire a distanza una conversione, potrebbe forse essere interpretata, attraverso un'analisi più paziente, lo sbocco finale di un lento processo di liberazione, proprio dell'età matura, da idee, orientamenti, schemi mentali, ereditati dall'ambiente culturale in cui mi ero formato e in cui

⁴ *Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dagli studenti P. Antonelli e G. Chiesura, Padova, Casa editrice La Grafolito, 1941, § 69, pp. 205-208.

⁵ *Lezioni di filosofia del diritto*, raccolte dallo studente Giulio Pasetti Bombardella, Padova, Casa editrice La Grafolito, 1942, pp. 183-186.

⁶ *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, in «Giurisprudenza italiana», Parte IV, Disp. 8, 1949, cc. 113-127, quindi in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, da cui cito, p. 21.

era avvenuto il mio tirocinio filosofico. La filosofia dominante allora era stata l'idealismo, una filosofia, come si diceva allora, speculativa. Messi di fronte alla tragedia dell'Europa dovemmo renderci conto che dal filosofico speculare avevamo tratto ben poco aiuto per comprendere quello che era avvenuto nel mondo. Occorreva partire da studi meno alati e ben più faticosi, di economia, di diritto, di sociologia, di storia. Il tentativo di percorrere una nuova via attraverso la fenomenologia mi aveva lasciato insoddisfatto, almeno per quel che riguarda la natura del diritto e della scienza del diritto. Avvenne allora nell'ultimo anno prima della fine della guerra, dopo che ebbi rifiutato le seduzioni dell'esistenzialismo interpretato come filosofia del decadentismo, l'incontro salutare con la filosofia positiva di Carlo Cattaneo e con la sua critica radicale delle «scuole bramini». Che la filosofia positiva fosse per molti filosofi italiani una non-filosofia, non fu per me ragione di turbamento. Cattaneo aveva affrontato nella sua vita problemi reali di riforma dell'economia, delle istituzioni, del governo centrale e locale, si era occupato di ferrovie e di carceri, di agricoltura e di commerci, tutti problemi che il nostro paese avrebbe dovuto risolvere dopo la catastrofe di una guerra perduta.

Anche grazie alla nascita del Centro di studi metodologici, che raccoglieva scienziati e giuristi, filosofi ed economisti, intorno al «discorso del metodo», non importa poi se il metodo prediletto fosse allora quello del neo-positivismo e della filosofia analitica, che aveva inaugurato quella che allora si chiamava la svolta linguistica nella storia della filosofia, e alle discussioni che vi si facevano e all'iniziativa che vi prendevano, mi riuscì di compiere il passo decisivo per lasciarmi alle spalle definitivamente le ambiguità del passato. Frutto della mia intensa partecipazione all'attività del Centro fu l'articolo *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, che ebbe un successo maggiore di quel che meritava, ma che rappresentò per me l'inizio del nuovo corso.

Abbandonata la filosofia speculativa per la filosofia positiva, la filosofia del diritto mi si venne sempre più risolvendo nella teoria generale del diritto. Quindi, definita la teoria generale come teoria formale, finii per trovarmi faccia a faccia con Kelsen e la sua *Reine Rechtslehre*, «pura» perché «formale», tanto che fui indotto a prenderne calorosamente, direi quasi baldanzo-

samente, le difese dai suoi numerosi detrattori, per un verso, i sociologi, per un altro verso, i giusnaturalisti, con quell'articolo del 1954, già menzionato, e a tentare di darne una interpretazione autentica, in un articolo dello stesso anno⁷, in cui distinguevo il formalismo giuridico, che accettavo e attribuivo a Kelsen, dal formalismo etico, che ripudiavo. Da allora il mio kelsenismo ebbe il suo pubblico suggello.

Può destare una certa sorpresa che il secondo articolo sul tema, salvo qualche scritto minore⁸, sia apparso soltanto nel 1973, circa vent'anni dopo il primo, ed è quello appunto che segue, in questa raccolta, alla *defensio* del 1954*. Per quanto contenga un tentativo di ricostruzione generale dell'opera kelseniana e del suo posto nella storia del pensiero giuridico contemporaneo, e contenga anche qualche spunto critico, questo secondo articolo fu in realtà composto in occasione della di lui morte, avvenuta nell'aprile 1973. Anche se non è uno scritto occasionale, nacque da una ben precisa occasione. In realtà il mio contributo alla continua fortuna di Kelsen in Italia fu recato in tutti quegli anni attraverso il mio insegnamento universitario. Dei miei corsi, tenuti alla facoltà giuridica dell'Università di Torino, i due che sono stati più volte da me ripetuti, e adottati anche in altre università, diciamo pure, le due mie opere che, ancorché in forma di dispense universitarie, hanno avuto più vasta tiratura, sono *Teoria della norma giuridica* del 1958 e *Teoria dell'ordinamento giuridico* del 1960, che giustamente sono stati definiti di netta ispirazione kelseniana. Prendendo lo spunto dalla tripartizione, che avevo proposto qualche anno prima, dei punti di vista da cui era possibile costruire una teoria generale del diritto, il punto di vista del rapporto giuridico, della norma giuridica e dell'istituzione giuridica, avevo prescelto per la composi-

⁷ Mi riferisco all'articolo *Formalismo giuridico e formalismo etico*, in «Rivista di filosofia», vol. 45 (1954), pp. 255-270, quindi in *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pp. 145-162.

⁸ *Hans Kelsen*, in *Grande Dizionario Enciclopedico*, II ediz., vol. VII, Torino, 1968, pp. 519-520; *Hans Kelsen*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. IX, Torino, Utet, 1963, pp. 402-404; rec. di H. Kelsen, *Aufsätze zur Ideologiekritik*, a cura di E. Topitsch, Neuwied am Rhein, Hermann Luchterhand, 1964, in «Rivista di filosofia», vol. 55 (1964), pp. 357-358.

* In realtà si tratta del terzo saggio della raccolta [n.d.c.].

zione della teoria generale quello normativo; all'inizio del secondo corso, dedicato all'ordinamento giuridico, inteso come complesso strutturato di norme, mi riferivo espressamente alla *Teoria generale del diritto e dello Stato* di Kelsen per fare intendere che a mio parere, forse andando al di là dello stesso Kelsen, il famoso problema della definizione del diritto non poteva essere risolto se non partendo dalla natura dell'ordinamento e non della singola norma. Volevo dire che la teoria della norma giuridica era destinata necessariamente a risolversi nella teoria dell'ordinamento, il quale, distinto da ogni altra forma di insieme di norme, ricava il suo carattere proprio dall'essere, kelsenianamente, un ordinamento dinamico⁹.

Tra i corsi della fine degli anni sessanta e l'articolo del 1973 trova posto la relazione introduttiva al Congresso internazionale di filosofia del diritto, svoltosi a Gardone nel 1967, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, che costituisce il terzo scritto della presente raccolta. L'oggetto della relazione è la teoria kelseniana della scienza giuridica. Ribaltando il problema della scienza del diritto nella teoria della scienza del diritto, o metascienza, giungevo alla conclusione che il carattere di scienza descrittiva, e non prescrittiva, che Kelsen assegna alla scienza del diritto, non deriva da una descrizione di quel che i giuristi fanno per lo più, ma è un compito che lo stesso Kelsen assegna al giurista, e pertanto è non tanto una descrizione quanto una involontaria prescrizione del modo con cui il buon giurista dovrebbe comportarsi per corrispondere a un modello ideale. Concludendo che, se la metascienza non descrive ma «prescrive di descrivere», ne segue che «una scienza del diritto *neutrale* è ottenuta al prezzo di una metascienza *ideologizzata*»¹⁰.

⁹ Ai due corsi sulla norma e sull'ordinamento avevo fatto seguire, nel 1961, un corso su *Il positivismo giuridico*, raccolto dallo studente Nello Morra, e da me rielaborato, Torino, Giappichelli, 1961, II ediz., in parte riveduta, 1979, dove molte pagine sono dedicate a vari aspetti del pensiero kelseniano. Al quale è in gran parte dedicato anche l'articolo *Law and Force*, in «The Monist», vol. 49 (1965), pp. 321-341 (trad. it., in «Rivista di diritto civile», vol. 12 (1966), pp. 537-548, quindi in *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970, pp. 119-138).

¹⁰ Il passo si può leggere in questa raccolta, a p. 54. La relazione di Gardone fu pubblicata in «Rivista di filosofia», vol. 58 (1967), pp. 235-262, quindi compresa nel volume *Studi per una teoria del diritto*, cit., pp. 139-173. Ne esiste

Avendo dato particolare rilievo alla teoria dinamica dell'ordinamento giuridico, dalla quale avevo tratto la conseguenza che solo tenendo presente la caratteristica dell'ordinamento giuridico rispetto ad altri sistemi di norme si può dare una adeguata definizione del diritto, e avendo interpretato la teoria normativa come la rappresentazione più realistica dell'evoluzione degli ordinamenti dello Stato moderno verso uno Stato di diritto a più gradi o strati, e quindi sempre più strutturato e garantito, attraverso un più complesso processo di «produzione di norme», mi trovai a dover affrontare due temi specifici: il tema delle fonti del diritto, definite da Kelsen come i modi di produzione delle norme, e quello del potere giuridico, inteso come la capacità attribuita a persone fisiche o a enti collettivi di produrre diritto. Questo secondo tema, cui mi sono dedicato negli ultimi anni, ha avuto particolare impulso dallo sviluppo che a esso Kelsen ha dato nell'opera postuma, *Allgemeine Theorie der Normen*. I modi di produrre diritto e la capacità di produrre diritto sono due temi strettamente connessi, l'uno tira l'altro, e tutti e due insieme, così come Kelsen li ha trattati, costituiscono due capitoli fondamentali di una teoria del diritto positivo, due capitoli essenziali della teoria positivista del diritto contrapposta a quella giusnaturalistica. Aggiungo che il guardare la teoria normativa del diritto, non dal punto di vista consueto della norma o dell'insieme di norme, ma da quello del potere di produrre norme, non solo offre una visione più compiuta dell'intero sistema kelseniano, ma conduce alla fine a una comprensione più corretta della funzione della stessa norma fondamentale, il capo delle tempeste degli interpreti della teoria pura.

Nello scritto del '74 avevo toccato il tema del rapporto tra Kelsen e Weber; l'ho sviluppato in seguito in una relazione a un convegno, e ora è in questa raccolta¹¹. Segue un articolo sul rapporto

una traduzione inglese, *Sein and Sollen in Legal Science*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», vol. 56 (1979), pp. 7-29. Una redazione ridotta, intitolata *Scienza giuridica tra essere e dover essere*, fu presentata al Congresso, quindi pubblicata in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», vol. 45 (1968), pp. 475-486.

¹¹ Mi riferisco al convegno di studio su «Max Weber e il diritto», svoltosi a Castelgandolfo tra il 17 e il 19 ottobre 1980. La mia relazione fu pubblicata in «Sociologia del diritto», vol. 8 (1981), pp. 135-154.

tra Kelsen e Perelman¹². Nel primo ho messo in evidenza soprattutto le affinità tra i due autori, nel secondo le differenze. Ho aggiunto un articolo, passato sinora del tutto inosservato, sull'autore di una scienza pura del diritto, lo svizzero Ernest Roguin, amico di Pareto, la cui opera, ormai completamente dimenticata, ha qualche affinità con la *Reine Rechtslehre*¹³.

A differenza di Renato Treves, che incontrò Kelsen, all'inizio della sua lunga consuetudine con il fondatore della Scuola viennese, a Colonia nell'estate del 1932¹⁴, dopo che avevamo trascorso insieme, e con Ludovico Geymonat, una felice vacanza estiva in Germania, io ho incontrato Kelsen, molto tardi nella mia vita, una volta sola, nel colloquio sul diritto naturale, svoltosi nel giugno 1957, promosso dall'Institut international de philosophie politique. In quel colloquio feci, rispetto al diritto naturale, la parte dell'avvocato del diavolo, leggendo una relazione intitolata *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*¹⁵. Pur non avendolo cercato, il mio discorso ebbe il consenso dell'illustre ascoltatore, al quale probabilmente, prima di allora, ero completamente ignoto, anche se nell'opera postuma egli cita e commenta criticamente un mio articolo, *Considérations introducti-*

¹² Pubblicato in *Justice et argumentation*, Essais à la mémoire de Chaïm Perelman, a cura di G. Haarscher e L. Ingber, Bruxelles, Editions de l'Université, 1986, pp. 161-174.

¹³ Pubblicato in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, Milano, Giuffrè, 1978, vol. IV, pp. 43-70.

¹⁴ Per quel che riguarda i rapporti personali tra Kelsen e Treves, si veda *Un inédit de Kelsen concernant ses sources kantiennees*, in «Droit et société», 1987, n. 7, pp. 328-335. Si tratta di una lunga lettera che Kelsen scrisse a Treves il 3 agosto 1933 per commentare il di lui saggio, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen*, in «Atti della R. Accademia delle scienze di Torino», vol. 69 (1933-34), pp. 52-90. Il testo originale in tedesco e la traduzione in italiano della lettera si possono ora leggere nel volume H. Kelsen-R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. Paulson, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, pp. 51-58, sotto il titolo *Dottrina pura del diritto, 'labandismo' e neo-kantismo. Una lettera a Renato Treves*.

¹⁵ La relazione fu presentata in lingua francese, col titolo *Quelques arguments contre le droit naturel*, al Convegno sul diritto naturale, promosso dall'Institut international de philosophie politique, svoltosi a Parigi il 22-23 giugno 1957; quindi pubblicata nelle «Annales de philosophie politique», vol. 3, PUF, Parigi, 1958, pp. 175-190; in italiano, in «Rivista di diritto civile», vol. 4 (1958), pp. 135-163, e compresa nel volume *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 163-178.

ves sur le raisonnement des juristes, che è del 1954¹⁶.

Questa mia rievocazione sarebbe incompleta, se non aggiungessi che i miei scritti kelseniani, che compongono la presente raccolta, riguardano il Kelsen giurista e teorico del diritto, e sono quindi essenzialmente un commento alla teoria pura del diritto. Ma Kelsen non è stato soltanto un giurista e un teorico del diritto. Proveniente da studi di diritto pubblico, egli ha dedicato buona parte delle sue opere alla teoria dello Stato, se pure di uno Stato sempre considerato dal punto di vista del diritto. Nella sua teoria dello Stato emergono due temi fondamentali, discutendo i quali, specie negli ultimi anni, ho tratto ispirazione, pur senza prefiggermelo, dal pensiero kelseniano, la democrazia e la pace: la democrazia, intesa come un insieme di regole destinate a permettere a un insieme di individui di prendere decisioni collettive col massimo di consenso; la pace, in favore di quella forma di pacifismo che chiamo «istituzionale», ovvero usando una formula tipicamente kelseniana, la pace attraverso il diritto.

Dico questo, per mostrare che il mio debito verso Kelsen è più grande di quello che appaia dagli scritti qui raccolti, che sembreranno a lettori non specialisti discorsi per iniziati. Il posto che occupa il fondatore della dottrina pura del diritto nella storia del pensiero giuridico e politico contemporaneo è ben più ampio di quello circoscritto ai temi della norma e dell'ordinamento giuridico, delle fonti del diritto o del potere di produrre diritto, discussi in questo libro. Il quale non sarebbe mai nato se non fosse per il suggerimento prima e la collaborazione poi del prof. Carrino, che è stato in questi ultimi anni il principale promotore di una ripresa di studi kelseniani nel nostro paese, dove peraltro l'interesse per il grande giurista non è mai venuto meno. Anzi, a giudicare da sempre nuove traduzioni, e da scritti e convegni sull'opera kelseniana, è più vivo che mai, e

¹⁶ Questo mio scritto fu presentato come relazione introduttiva al tema "La prova nel diritto", al Colloque international de logique, svoltosi a Bruxelles, il 28-29 agosto 1953, pubblicato in italiano col titolo *Sul ragionamento dei giuristi*, in «Rivista di diritto civile», vol. 1 (1955), pp. 3-14. Il commento di Kelsen si trova nel libro postumo, *Allgemeine Theorie der Normen*, Vienna, Manz-Verlag, 1979, p. 357 (trad. it., *Teoria generale delle norme*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino, 1985, p. 451).

non ha avuto eguali, né ha tuttora, altrove¹⁷.

Quando più scritti, composti in diversi tempi, e sparsi qua e là in riviste, atti di congressi o studi in onore, vengono riuniti in un solo volume, l'autore è sempre assalito dal dubbio se sarebbe stato meglio che restassero dov'erano, giacché il lettore curioso può sempre andarli a trovare in biblioteca qualora ne abbia bisogno. L'antica massima cui ha ceduto l'autore è «l'unione fa la forza». Mi auguro che valga anche in questo caso.

Torino, maggio 1992

NORBERTO BOBBIO

¹⁷ Sul tema si veda *La fortuna di Hans Kelsen in Italia* di M.G. LOSANO, in M.G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, e *Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica*, a cura di F. Riccobono, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 1983, pp. 199-217.