

## **Il positivismo giuridico kelseniano tra epistemologia e assiologia**

### Sommario

*1.Premessa. - 2.(a) Il profilo essenziale del positivismo giuridico kelseniano. L'avalutatività. L'approccio epistemologico allo studio delle norme e dell'ordinamento giuridico. (b) segue Il limite del positivismo kelseniano. Il positivismo critico. - 3.(a) L'approccio assiologico al fenomeno giuridico. (b) segue il rapporto tra scienza giuridica e filosofia del diritto. (c) segue il rapporto libertà-verità e immanenza-trascendenza. - 4. Conclusioni.*

#### *1.Premessa.*

Questo saggio - senza pretesa di completezza - ha lo scopo di distinguere l'approccio epistemologico allo studio delle norme e dell'ordinamento giuridico - che è proprio di una concezione normativistica e giuspositivistica - da quello assiologico al fenomeno giuridico - che è specifico di una visione giusnaturalistica o giusrazionalistica - e di chiarire che il positivismo giuridico kelseniano - particolarmente la teoria della norma fondamentale - reca in sé stessa i limiti di una teoria pura del diritto e la possibilità di un'apertura nei riguardi di una prospettiva giusnaturalistica. Questa prospettiva - che è sempre stata presente nel pensiero giuridico e non ha mai trovato i favori dei poteri costituiti perché reca in sé la possibilità di una critica nei riguardi degli ordinamenti positivi secondo un punto di vista esterno ad essi - comporta, in qualche modo, la ricerca di un fondamento assiologico del diritto che passa attraverso la definizione, da una parte, dei rapporti tra scienza giuridica e filosofia del diritto e, dall'altra, del rapporto verità-libertà e trascendenza-immanenza. La possibilità della critica degli ordinamenti positivi da un punto di vista esterno ad essi e i mutamenti secondo un criterio di ragione salvaguardano da pericolose crisi di legittimità e sono la fonte della vera stabilità dei medesimi.

*2. (a)Il profilo essenziale del positivismo giuridico kelseniano. L'avalutatività. L'approccio epistemologico allo studio delle norme e dell'ordinamento giuridico. (b) segue il limite del positivismo kelseniano. Il positivismo critico.*

*2(a) Il profilo essenziale del positivismo giuridico kelseniano. L'avalutatività. L'approccio epistemologico allo studio delle norme e dell'ordinamento giuridico.*

In un passo del saggio del 1929 *La dottrina del diritto naturale e il Positivismo giuridico*, Kelsen espone il profilo essenziale del

positivismo giuridico, che delinea l'approccio epistemologico allo studio delle norme e dell'ordinamento giuridico. Egli scrive: " Il sistema del positivismo giuridico esclude il tentativo di dedurre dalla natura o dalla ragione norme sostanziali che essendo al di là del diritto positivo, possono servirgli da modello, tentativo che sempre riesce solo apparentemente, e termina con formule che hanno solo la pretesa di avere un contenuto. Esso, invece, esamina consapevolmente gli assunti ipotetici di ogni diritto positivo e, in sostanza, infinitamente variabile, cioè le sue condizioni meramente formali" (1). L'attenzione esclusiva nei riguardi delle condizioni della validità formale è elemento peculiare della filosofia kelseniana che ha come scopo una dottrina pura del diritto come teoria positivista del diritto. Essa appartiene a quella corrente del pensiero giuridico che dall'ottocento al novecento ha cercato di attribuire al diritto il carattere di una scienza autonoma. Si riconnette, quindi, alla costruzione operata nell'ottocento dalla pandettistica tedesca e alla giurisprudenza dei concetti e affonda le radici nell'applicazione seicentesca e settecentesca della logica matematica al diritto che ebbe in Leibniz il suo massimo rappresentante. Senza dubbio, questa origine è resa palese dalla concezione del diritto come sistema logico discendente dalla considerazione della norma - che è il fulcro del pensiero di Kelsen - e che indica non già un'organizzazione puramente esteriore alla materia giuridica o una sistemazione esclusivamente classificatoria, ma appunto un'organizzazione dei concetti rispondente alla logica formale di origine matematica. D'altronde, in una prospettiva che abbia la pretesa di essere esclusivamente scientifica, il diritto deve essere considerato logicamente autonomo, deve cioè trovare in sé stesso - in quanto sistema normativo - i propri fondamenti. In sostanza, questa è la teoria pura del diritto, uno specifico prodotto del pensiero europeo continentale legato sia ai sistemi positivi codificati sia alla Scuola storica, la quale è stata indubbiamente la matrice della scienza giuridica che fonda la sostanza del diritto sull'esigenza sistematica e sul dominio della logica. Se la purezza della conoscenza - che sia quindi caratterizzata da indifferenza politica - è lo scopo caratteristico di una teoria pura del diritto, allora elemento peculiare del positivismo giuridico è proprio quello di preservare la teoria del diritto positivo da qualsiasi giudizio soggettivo di valore. D'altronde, il positivismo giuridico nelle sue formulazioni moderne - in quella di Kelsen, come si è visto, ma soprattutto in quella di Hart, ripresa da Bobbio e Scarpelli in Italia (2), - si fonda su una netta separazione del diritto dalla morale, perché una valutazione assiologica del diritto comporta un atteggiamento esterno alla sfera di validità del diritto positivo e, quindi, un giudizio di carattere genericamente morale intorno al diritto. Pur consapevole della caratterizzazione politica dell'ordinamento giuridico - cioè di quanto essa sia il risultato di una decisione politica - il positivismo giuridico - che Kelsen stesso definisce poi positivismo critico - è essenzialmente avalutativo. Infatti, la pretesa della considerazione scientifica del diritto comporta necessariamente l'eliminazione di ogni ideale valutativo. D'altronde, in una prospettiva

logico-sistemica - quale è quella positivistica - la validità di un ordinamento giuridico positivo non può essere negata in relazione al contenuto delle norme e alla sua valutazione. A tale riguardo, Kelsen scrive: " Non si può negare la validità di un ordinamento giuridico positivo a causa del contenuto delle sue norme. Questo è un elemento essenziale del positivismo giuridico e proprio nella teoria della norma fondamentale la dottrina pura del diritto si rivela una dottrina positivistica del diritto. Essa descrive il diritto positivo, cioè ogni ordinamento coercitivo efficace, nelle sue grandi linee, come un ordinamento normativo oggettivamente valido ed afferma che questa interpretazione è possibile soltanto a condizione che si presupponga una norma fondamentale, sulla cui base il senso soggettivo dell'atto con cui si produca il diritto diviene anche il suo senso soggettivo" (3). In una prospettiva esclusivamente logico-sistemica, la norma fondamentale - come afferma Kelsen stesso - non ha una funzione etico-politica, ma esclusivamente epistemologica: è soltanto una condizione logico-trascendentale di questa interpretazione normativa. Essa deve essere necessariamente presupposta affinché un ordinamento giuridico sia pensato come ordinamento valido e, quindi, oggetto di conoscenza della scienza giuridica; è una condizione di validità oggettiva del diritto e dà fondamento alla validità formale di ogni ordinamento giuridico positivo. A tale riguardo, nel saggio *Che cos'è la teoria pura del diritto*, Kelsen chiarisce: " Secondo la teoria pura del diritto, si può presupporre la norma fondamentale in relazione a ogni ordinamento coercitivo, stabilito da atti di esseri umani e complessivamente effettivo, qualunque sia il suo contenuto, cioè senza riguardo alla sua giustizia, o ingiustizia. Questa teoria non aspira a giustificare moralmente o politicamente il diritto positivo. In quanto scienza del diritto positivo, rifiuta, in linea di principio, di valutare il suo oggetto come giusto o ingiusto; essa è incapace di offrire un criterio fisso, assoluto di valutazione "(4). E' chiaro, quindi, che esula da una prospettiva giuspositivistica un approccio assiologico al fenomeno giuridico - essenzialmente valutativo, perché attiene ai giudizi di valore che non sono esclusivamente etici, ma possono anche essere economici, politici o di altro tipo -. Esula da una prospettiva giuspositivistica logico-sistemica perché - come è proprio di una concezione giusnaturalistica o giusrazionalistica nella quale si risolve - esso finisce inevitabilmente per ritenere che la validità assiologica del diritto condizioni la sua validità formale, per cui solo il diritto ritenuto giusto o conforme ad un criterio di valore è considerato formalmente valido come diritto e solo quello deve essere applicato dai giudici e trovare obbedienza (5).

*2(b) segue il limite del positivismo kelseniano. Il positivismo critico.*

A mio modo di vedere, il positivismo giuridico kelseniano - espressione di un approccio esclusivamente epistemologico allo studio delle norme e dell'ordinamento e, perciò, necessariamente avalutativo - rimane comunque in rapporto con il giusnaturalismo classico - specialmente con la forma che ha assunto nella filosofia kantiana -, pur affermando di respingere quella particolare ideologia della quale si

vale la teoria giusnaturalistica per la giustificazione del diritto positivo. Questo è sicuramente un limite per un approccio che voglia essere esclusivamente epistemologico allo studio delle norme e dell'ordinamento, ma è un limite che ritengo salutare per l'intera costruzione kelseniana, la quale proprio in virtù di esso, non esclude un approccio che sia anche assiologico, il quale esula dalla scienza giuridica - necessariamente avalutativa -, perché è pertinente alla filosofia del diritto - essenzialmente valutativa -. A tale riguardo è particolarmente illuminante un passo del saggio *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, nel quale Kelsen scrive: " La norma fondamentale è stata qui descritta come il presupposto essenziale di qualsiasi conoscenza giuridica positivistica. Se la si vuole considerare come un elemento di una dottrina giusnaturalistica, nonostante la sua rinuncia a qualsiasi elemento di giustizia materiale, si possono sollevare ben poche obiezioni, altrettanto poche, infatti, quanto quelle che si potrebbero sollevare contro il chiamare metafisiche le categorie della filosofia trascendentale kantiana, perché non sono dati dell'esperienza, ma condizioni dell'esperienza. Si tratta semplicemente di quel minimo là di metafisica, qui di diritto naturale, senza del quale non è possibile una conoscenza né della natura né del diritto. La norma fondamentale ipotetica risponde alla domanda: come è possibile il diritto positivo, quale oggetto di conoscenza, quale oggetto della scienza giuridica: e, di conseguenza, come è possibile una scienza giuridica? Conformemente la teoria della norma fondamentale può essere considerata una dottrina giusnaturalistica in accordo con la logica trascendentale di Kant. Rimane però l'enorme differenza che separa, e deve separare per sempre, le condizioni trascendentali di ogni conoscenza empirica, e conseguentemente le leggi che vigono nella natura, da un lato, dalla metafisica trascendente, al di là di ogni esperienza, dall'altro. Vi è una differenza simile fra la norma fondamentale, che semplicemente rende possibile la conoscenza del diritto positivo come ordinamento coerente, ed una dottrina giusnaturalistica che si propone di stabilire un ordinamento giusto al di là ed indipendentemente da ogni diritto positivo. E' questa la differenza che intercorre tra la filosofia critica come teoria dell'esperienza e la speculazione soggettiva. E' pertanto preferibile chiamare positivismo critico questa teoria del diritto positivo che è conscia dei suoi assunti e dei suoi limiti" (6). Se, da una parte, è indubbio il rapporto tra il positivismo critico kelseniano e il giusnaturalismo - e il passo citato lo dimostra, evidenziando così i limiti di un approccio esclusivamente epistemologico allo studio delle norme e dell'ordinamento e di una teoria pura del diritto -, dall'altra, a mio modo di vedere, il fondatore della Scuola di Vienna non distingue chiaramente il giusnaturalismo antico da quello moderno e riconduce questo a quello. A tale riguardo è il caso di chiarire che il giusnaturalismo antico - nelle sue varie sfumature, dal pensiero greco-romano fino Tommaso d'Aquino - è permeato, in sostanza, dalla nozione di un ordine cosmico perfetto e provvidenziale di giustizia, laddove quello moderno - nelle varie formulazioni da Grozio a Kant - ritiene che il diritto naturale sia, in sostanza, una tecnica

razionale della coesistenza umana, che cessa di essere lo strumento attraverso il quale la comunità politica partecipa all'armonia dell'ordine cosmico di giustizia o contribuisce ad esso. Ebbene, nel passo riportato all'inizio del paragrafo è palese questa visione giusnaturalistica che si identifica con un ordinamento giusto - secondo la concezione classica - alla quale appunto Kelsen riconduce quella moderna (7). Se nella fase neo kantiana del suo pensiero - nella quale si colloca appunto il passo citato - Kelsen fonda la validità del diritto sul concetto del dover essere giuridico (*Sollen*), cioè sul concetto della normatività formale, considerando la teoria della norma fondamentale una dottrina giusnaturalistica, in accordo con la logica trascendentale di Kant, in una seconda fase - caratterizzata dall'allontanamento dal neo kantismo -, Kelsen fonda, invece, la validità del diritto sull'effettività della norma fondamentale (8). In realtà, il suo pensiero oscilla tra queste due posizioni; ciò consente di affermare che il positivismo giuridico kelseniano - un positivismo critico - non è completamente estraneo ad un rapporto con una prospettiva giusnaturalistica. Laddove oscilla verso la posizione che fonda la validità del diritto sull'effettività della norma fondamentale, il positivismo kelseniano si caratterizza in senso relativistico e perde il riferimento ad un giusnaturalismo logico-giuridico (*rechtslisches Naturrecht*) - come lui stesso lo definisce, con un'espressione che considera non molto felice -, riferimento che consente pur sempre d'individuare un fondamento assiologico dell'ordinamento giuridico. Se l'effettività condiziona la validità - e si perde il riferimento ad un giusnaturalismo logico-giuridico - allora il diritto tende ad equivalere realmente alla forza organizzata - un espediente, questo, attraverso il quale Kelsen tenta di ricondurre il fatto politico al diritto, risolvendolo in esso -; ma il diritto, nel quale si risolve il fatto politico, per essere definito ha bisogno di un punto di riferimento esterno ad esso. Il diritto, cioè, non è soltanto un giudizio logico che ha sé stesso come oggetto, ma è un giudizio che ha bisogno di un predicato che sia ad esso esterno. In sostanza, a mio modo di vedere, è ineludibile l'interrogativo se la norma fondamentale - che fonda la validità formale dell'ordinamento giuridico - e che Kelsen sembra identificare con il principio *pacta servanda sunt* (9) -, sia effettivamente tutta interna ad una ricostruzione essenzialmente logico-sistemica dell'ordinamento che è propria di una teoria pura del diritto. In altri termini, ci si deve chiedere se la norma fondamentale sia di diritto positivo - come si dovrebbe dedurre dalla costruzione normativistica kelseniana - o se, invece, essa non vada oltre il diritto positivo stesso e inerisca alla sfera della moralità in senso lato, riaprendo, così, al giusnaturalismo il varco che Kelsen aveva voluto chiudere. Indubbiamente, nel positivismo critico kelseniano vi è questo duplice orientamento: il pensiero del fondatore della Scuola di Vienna oscilla tra queste due tendenze. Da una parte propone un'elaborazione logico-sistemica dell'ordinamento giuridico come insieme di norme - conformemente ad un approccio che vuole essere esclusivamente epistemologico -, dall'altro - come ho cercato di evidenziare -,

attraverso la teoria della norma fondamentale, finisce inevitabilmente per profilare un'apertura nei riguardi del giusnaturalismo. E quando considera la norma fondamentale come la condizione della validità di un determinato ordine giuridico la ritiene un presupposto ipotetico, quindi relativo e provvisorio, ma quando, invece, la considera come un principio della validità e della positività del diritto, allora sostiene che essa ha il compito di rilevare le condizioni trascendentali del metodo positivo della conoscenza giuridica, dimostrando, così, di abbandonare il problema dogmatico per quello sostanzialmente metafisico, quindi di non considerare più la norma fondamentale un presupposto meramente ipotetico, ma una vera e propria categoria in senso kantiano (10).

3. (a) *L'approccio assiologico al fenomeno giuridico.* (b) *segue la definizione del rapporto tra scienza giuridica e filosofia del diritto.* (c) *segue la definizione del rapporto trascendenza-immanenza e verità-libertà.*

3.(a) *L'approccio assiologico al fenomeno giuridico.*

Indubbiamente, un approccio epistemologico che fornisca un modello logico-sistematico - come quello della dottrina pura del diritto - ha una grande valenza metodologica per chi analizza la struttura concettuale del diritto. Ma - a mio modo di vedere - rimane sempre aperta la questione se lo studio del diritto debba limitarsi al diritto positivo, prodotto dalla volontà umana dei legislatori - e specificamente ai suoi profili strutturali e logico-sistematici - o non debba, invece, ricercare una disciplina della varietà dei rapporti umani che sia espressione di una metafisica dell'uomo come essere razionale creato ad immagine e somiglianza di Dio, al quale - nel faticoso cammino dell'esistenza umana caratterizzata da libertà e fallibilità - compete scoprire il valore e affermarlo in concreto nella disciplina delle molteplici e mutevoli situazioni della vita. A mio modo di vedere, il valore - inteso come il bene obbiettivo per ogni essere razionale - è inerente all'essere dell'uomo e costituisce il dover essere della norma: è l'espressione della composizione nell'uomo medesimo, come creatura divina, dell'impulso creativo, che è "l'affermazione religiosa della vita totale, non rinnegata né frantumata", come afferma Nietzsche, - manifestazione dello spirito dionisiaco - con l'armonia, l'ordine e la forma - espressione dello spirito apollineo, al quale appartiene la giuridicità -(11). Ma l'impulso creativo, l'armonia, l'ordine e la forma sono nella natura e sono segno visibile dell'opera del creatore. Nel porre la norma, la volontà umana è certamente libera - perché partecipa alla libertà della creazione -, ma non in modo arbitrario e contrario alla ragione naturale, perché ha come criterio di riferimento l'essere dell'uomo - creato ad immagine e somiglianza di Dio - e il valore ad esso inerente e, quindi, la composizione dell' impulso creativo nell'armonia, nell'ordine e nella forma. E' il caso di chiarire che se l'assolutezza è propria del valore inerente all'essere dell'uomo - il quale, però, nell'esistenza non può mai porsi dal punto di vista dell'assoluto senza cessare di essere uomo - varie e mai perfette sono le forme di realizzazione concreta del valore

medesimo(12).

La vita dell'uomo - che partecipa alla libertà della creazione - dall'impulso originario è un'incessante creazione di rapporti che recano nella loro stessa natura l'esigenza di una continua giuridicizzazione come prodotto di una libera volontà umana non arbitraria - perché l'arbitrio è negazione della persona -, ma che sia ancorata a criteri di valore. Il riferimento ad un criterio di valore - che, come ho già detto, non è mai completo e perfetto perché l'uomo, totalmente immerso nella struttura dell'esistenza, non può mai identificarsi con l'assoluto - determina una spontanea obbedienza nei riguardi della norma e una convinta adesione all'ordinamento. E' il caso di chiarire che l'obbedienza alla norma che non sia una proiezione nei riguardi di un dover essere sentito e condiviso da ogni creatura razionale non suscita una spontanea e convinta adesione all'ordinamento, bensì un sentimento di ribellione che finisce per determinare molto spesso crisi di legittimità, per il superamento delle quali è necessario sempre il recupero, in qualche modo, di un fondamento di valore delle norme e dell'ordinamento. Quindi, un approccio allo studio del diritto che sia solo epistemologico e non anche assiologico mostra i propri limiti ed è privo di ogni prospettiva. Per questo profilo, il pensiero kelseniano - che propone una teoria della conoscenza del diritto positivo - non dà risposte completamente soddisfacenti. Infatti, assolutizza la validità formale e, secondo il principio di effettività, fonda la validità di una costituzione e di un ordinamento sul fatto che essi siano complessivamente effettivi, considerando, quindi, il diritto come una certa organizzazione della forza. Ma l'impiego della forza può fondare soltanto un obbligo di osservanza di una norma indipendentemente dal proprio contenuto, non certo di un dover essere, che sia espressione di di un valore (13). L'obbedienza alla norma e all'ordinamento che sia ottenuta soltanto attraverso l'uso della forza organizzata - nella quale si risolve il diritto coerentemente con l'assolutizzazione della validità formale - è tipica dei regimi tirannici. Ma i regimi tirannici non durano a lungo perché non ispirano alla ragione la propria condotta e finiscono per fondare il loro dominio sulla violenza arbitraria (14). La riduzione del diritto all'organizzazione della forza per garantire l'osservanza delle norme indipendentemente dal loro contenuto e il rispetto dell'ordinamento è un possibile esito di una concezione esclusivamente normativistica e positivistica che non affronti, in qualche modo, anche il problema di un fondamento di valore. In sostanza, a mio modo di vedere, il positivismo giuridico, assolutizzando la validità formale e trascurando quella assiologica - senza pretendere certamente che la seconda condizioni la prima, anche se influisce sulla sua operatività, - finisce inevitabilmente per ammettere che la legge positiva possa avere qualsiasi contenuto del quale il potere, attraverso l'uso della forza organizzata, deve garantire l'osservanza. E' evidente, quindi, che una visione positivistica laddove perda una prospettiva anche assiologica - non esclusa, come ho già detto, dalla teoria kelseniana della norma fondamentale - può condurre ad esiti totalitari.

3. (b) segue la definizione del rapporto tra scienza giuridica e filosofia del diritto.

Come si è visto una prospettiva assiologica esula da un approccio esclusivamente epistemologico perché attiene alla riflessione sul dover essere, che costituisce il contenuto delle norme. Presuppone un punto di vista esterno all'ordinamento giuridico e in vario modo critico nei riguardi del diritto positivo non soltanto secondo valutazioni di tipo genericamente morale, ma anche teologico, politico ed economico. Comporta, quindi, la possibilità della prospettazione del mutamento delle norme e dell'ordinamento facendo riferimento a concezioni diverse da quelle positivizzate e fatte proprie dal legislatore in un dato momento storico. Ciò richiede necessariamente una precisa definizione dei rapporti tra scienza giuridica e filosofia del diritto. Se la scienza giuridica è avalutativa e implica soltanto giudizi teoretici - in quanto si risolve in pura constatazione, descrizione e classificazione dei fatti -, alla filosofia competono i giudizi valutativi - in quanto conoscenza del dover essere, delle norme ideali e dei valori, ai quali il fatto, dal quale di per sé non può mai derivare il valore, si deve commisurare -. In sostanza, alla filosofia del diritto - che nella concezione di Opocher, a mio modo di vedere pienamente condivisibile, finisce per avere una funzione "rivoluzionaria" - compete occuparsi del diritto da un punto di vista esterno all'ordinamento giuridico perché studia appunto il fenomeno giuridico secondo una prospettiva assiologica, che può portare anche ad una contrapposizione, nel diritto, del dover essere all'essere e, quindi, ad una critica delle norme e dell'ordinamento, che è funzionale alle trasformazioni storiche del diritto positivo, senza pretendere - questo è un aspetto importante - che la validità assiologica del diritto condizioni quella formale, pur condizionando l'operatività della medesima, e, quindi, di negare il positivismo giuridico (15). E' opportuno ribadire che un approccio assiologico e, quindi, un'apertura nei riguardi del giusnaturalismo non sono esclusi dalla teoria kelseniana della norma fondamentale. A tale riguardo, il fondatore della Scuola di Vienna, chiarisce ulteriormente: "La norma fondamentale non è essa stessa una norma posta, ma ipotetica e presupposta: non è diritto positivo, ma solo la sua condizione. Anche questo mostra chiaramente la limitazione dell'idea della positività giuridica. La norma fondamentale non è valida perché è stata creata in un certo modo, ma la sua validità è assunta in virtù del suo contenuto. Essa è valida, quindi, al pari di una norma di diritto naturale, a prescindere dalla sua validità puramente ipotetica. L'idea di diritto positivo puro ha il suo limite, al pari di quella di diritto naturale"(16). Ebbene, il passo citato evidenzia chiaramente il limite di una concezione puramente normativistica e positivistica percepito anche dal fondatore della Scuola di Vienna, il quale - questo aspetto non va dimenticato - in seguito all'affermazione del nazionalsocialismo, che considerava negatore dei principi della democrazia liberale, abbandonò l'Europa per gli Stati Uniti, dimostrando, così, di voler prendere le distanze sia dal totalitarismo nazifascista sia da quello sovietico.

3. (c) segue la definizione del rapporto trascendenza-immanenza e verità-libertà.

Il limite dell'idea della positività giuridica - che è presente anche nel pensiero kelseniano - conduce alla fuoriuscita dalla medesima, porta ad andare oltre il diritto positivo e le volontà decidenti proprie della totale immanenza e a scorgere un principio immutabile e assoluto - sciolto dal tempo e dalla storia - al quale cercare di ancorare il contenuto delle norme. In sostanza, un approccio assiologico al fenomeno giuridico porta a riproporre il problema di una giuridicità naturale - che ricorre nella storia del pensiero giuridico -, cioè dell'individuazione di un criterio stabile il quale possa orientare la scelta della libera volontà umana nella determinazione del contenuto delle norme. Nella recensione del libro di Natalino Irti, *Il salvagente della forma*, ho fatto riferimento ad una metafisica dell'uomo che non umilia, ma anzi esalta la libera volontà umana creatrice delle norme - che opera nel piano dell'immanenza e, quindi, dell'esistenza - in quanto manifestazione di un criterio di ragione - la "recta ratio" - nel quale si riflette la verità dell'essere - che appartiene al piano della trascendenza -(17). Infatti la ricerca di un fondamento di valore del diritto, che sia fonte di una più sicura legittimità degli ordinamenti, pone un problema che è sostanzialmente teologico e rimanda al rapporto tra immanenza - l'orizzontalità nella quale si colloca l'esistenza umana, caratterizzata da libertà e fallibilità, - e trascendenza - la verticalità alla quale appartiene l'essere e il valore ad esso inerente, verso la quale tende l'uomo senza mai riuscirci -. Se è vero - come giustamente afferma Cornelio Fabro - che senza l'autentica trascendenza ( la verticalità) non ha senso neanche l'immanenza ( l'orizzontalità) e che senza il riferimento dell'io all'assoluto, al principio che l'ha posto, l'uomo crolla nel caos dell'infraumano e nella produzione giuridica smarrisce il criterio al quale ancorare il contenuto delle norme, è altrettanto vero che l'uomo - totalmente immerso nell'esistenza - non può porsi dal punto di vista dell'assoluto e pretendere di individuare il criterio in base al quale determinare il contenuto delle norme in modo infallibile e definitivo senza cessare di essere uomo(18). Infatti, il riferimento dell'io all'assoluto, al principio che l'ha posto, se da una parte è espressione del riconoscimento della trascendenza, e, quindi, della proiezione verso la verticalità dell'uomo, dall'altra non consente all'uomo medesimo - la cui esistenza si svolge nel piano dell'immanenza - di porsi totalmente dal punto di vista dell'assoluto medesimo e di pronunciarsi in modo definitivo e infallibile sul valore né di giungere ad un criterio assolutamente oggettivo in base al quale stabilire il contenuto delle norme. L'uomo è completamente immerso nell'esistenza che è caratterizzata da libertà e fallibilità; il suo pensiero si forma e si svolge interamente nella struttura dell'esistenza con i limiti propri di questa: all'uomo non è possibile andare al di là senza cessare di vivere la propria condizione umana. Ciò significa che il valore, se da una parte è assoluto perché è inerente all'essere dell'uomo, dall'altra è anche connesso alla struttura

dell'esistenza - che appartiene al piano dell'immanenza - e, quindi, non è mai percepito completamente e affermato assolutamente. Ciò determina una continua tensione tra libertà e verità, immanenza e trascendenza, positività giuridica e giuridicità naturale, appalesando i limiti dell'esistenza umana e degli ordinamenti positivi e lo sforzo continuo dell'uomo - dotato di ragione - di superarli, senza mai riuscirvi.

#### 4. Conclusioni.

Ho cercato di delineare la differenza tra l'approccio epistemologico allo studio delle norme e dell'ordinamento giuridico da quello assiologico, chiarendo che il primo appartiene all'ambito della scienza giuridica - avalutativa, perché implica soltanto giudizi teoretici e si risolve in pura constatazione, descrizione e classificazione dei fatti - e il secondo a quello della filosofia del diritto - essenzialmente valutativa, perché ad essa appartengono i giudizi di valore secondo un punto di vista esterno all'ordinamento giuridico, che possono condurre ad una critica del diritto positivo e alla prospettazione di mutamenti funzionali alle sue trasformazioni storiche -. Il positivismo giuridico kelseniano - come teoria pura del diritto - è essenzialmente avalutativo: assolutizza la validità formale indipendentemente dal contenuto di valore delle norme e quindi dalla loro validità assiologica, d'altronde coerentemente con una prospettiva esclusivamente logico-sistemica. Però, attraverso la teoria della norma fondamentale finisce inevitabilmente per profilare un'apertura nei riguardi del giusnaturalismo e, quindi, di una prospettiva assiologica. Questa rimanda ad un problema sostanzialmente teologico e cioè al rapporto libertà-verità e immanenza-trascendenza. L'uomo è completamente calato nell'esistenza - che appartiene al piano dell'immanenza -, caratterizzata da libertà e fallibilità; nella sua naturale tensione verso la verticalità e la trascendenza - alla quale appartiene l'essere e il valore ad esso inerente - percepisce il valore medesimo, ma non lo può mai affermare assolutamente e in modo infallibile perché per l'uomo non è possibile identificarsi con l'assoluto senza cessare di vivere la propria condizione umana. Dobbiamo, quindi, accettare soluzioni che non sono mai definitive, nella consapevolezza che questa continua tensione tra libertà e verità, immanenza e trascendenza, positività giuridica e giuridicità naturale - che rende palese il limite intrinseco della condizione umana - è alla base delle grandi trasformazioni storiche del diritto e delle forme di organizzazione della vita collettiva.

Marco Mangiabene

## Note

- 1) Si veda: KELSEN H. *Die Philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus* pubblicato con il titolo *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, p.443 ss. Questo saggio costituisce attualmente l'appendice della *General Theory of Law and State*, trad.it. *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, Milano, 2000, p. 395 ss.
- 2) Si veda: **HART H.L.A.**, *The Concept of Law*, trad.it *Il concetto di diritto*, Torino, 1965; Id. *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in *Harvard Law Review*, 1958 tradotto in italiano con il titolo *Il Positivismo giuridico e la separazione del diritto dalla morale* e pubblicato in FROSINI V., *Contributo all'analisi del diritto*, Milano,1964; **BOBBIO N.**, *Sul positivismo giuridico*, in *Rivista di Filosofia*, 1961, pp.14-34; **Id.**, *Il positivismo giuridico*, Torino,1996; **SCARPELLI U.**, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Rivista di Filosofia*, 1989, pp.461-475; **Id.**, *Che cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965.
- 3) Si veda: **KELSEN H.**, *Reine Rechtslehre*, trad.it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p.247 ss.
- 4) A tale riguardo, si veda: **KELSEN H.**, *What is the Pure Theory of Law?* In *Tulane Law Review*, New Orleans, vol. XXXIV, 1960, pp.269-276 trad.it. *Che cos'è la teoria pura del diritto?* In KELSEN H., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, Milano,1981,p 178 ss.
- 5) Per alcune interessanti riflessioni sul rapporto tra validità formale e validità assiologica, si veda: **OPOCHER E.**, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Padova, 1993, Parte I, Id., *Lezioni metafisiche sul Diritto*, Padova, 2005, p.45 ss.
- 6) Si veda: KELSEN H., *La dottrina*, cit.,p.445.
- 7) Sulle caratteristiche del giusnaturalismo antico e moderno, si vedano: FASSO'G., *Giusnaturalismo*, in BOBBIO N.-MATTEUCCI N.-PASQUINO G. (diretto da) *Dizionario di Politica*, Torino, 1990; ABBAGNANO N., *Dizionario di Filosofia*, voce *Diritto*, Torino, 1971.
- 8) Si veda: KELSEN H., *Reine*, cit., p.238 ss.
- 9) *Ibid.*, p.217 ss.
- 10) A tale riguardo, si vedano: TREVES R., *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto di H. Kelsen*, in *Atti della Regia Accademia delle Scienze di Torino*, Vol. LXIX, 1934 e PASSERIN D'ENTREVES A., *Il negozio giuridico Saggio di Filosofia del Diritto*, Torino,2006, pp.49-50.
- 11) Si veda: NIETZSCHE F., *Zur Genealogie der Moral Eine Streitschrift*, trad. it. *Genealogia della morale*, Milano,2007,p.13 ss.; ABBAGNANO N., *Dizionario di Filosofia*, voce *Valore*, Torino, 1971
- 12) Sulla corrispondenza tra l'ordine assiologico e quello ontico, si vedano le interessanti riflessioni di WOJTYLA K., *L'uomo nel campo della responsabilità*, Milano,2002, p. 149 ss.; sul concetto di diritto naturale in rapporto all'armonia e all'ordine dell'universo e sul fine

del diritto, ci sono spunti interessanti in CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p.9 ss.

13) Sull'obbligo dell'osservanza di una norma, dal contenuto relativo e non di valore e, quindi, sull'autonomia della validità formale da quella assiologica, ci sono considerazioni interessanti in: NAUCHE W., *Notizien zur relativen Verbindlichkeit des Strafrechts*, in *Festschrift fuer E.A. Wolff zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1998, 371 ss. Egli efficacemente scrive: " Es ist unverstaendlich, dass eine Gesetz, dessen inhalt relativ ist, die Kraft haben solle zu binden" ( E' incomprendibile che una legge, la quale nonostante tutto ha un contenuto relativo, abbia efficacia e sia vincolante). Sull'osservanza di una norma indipendentemente dal contenuto di valore, fondata esclusivamente sull'uso della forza organizzata, nella quale si risolve il diritto, si veda: KELSEN H., *Why Should the Law Be Obeyed ?* in KELSEN H., *What is Justice in Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley and Los Angeles, 1957 pp.257-265 trad. it. *Perché obbedire al diritto* in KELSEN H., *La teoria politica*, cit., p. 168 ss.

14) A tale proposito, Kelsen scrive: " Come non è possibile, determinando la validità, fare astrazione dalla realtà, così non è possibile identificare la validità con la realtà. Se in luogo del concetto di realtà, intesa come efficacia dell'ordinamento giuridico, si pone il concetto di potere ( *Macht*), allora il problema del rapporto tra validità ed efficacia viene a coincidere con quello, molto più corrente, di diritto e potere. E allora la soluzione qui prospettata è soltanto la formulazione scientificamente esatta dell'antica verità: il diritto non può esistere senza forza, però non si identifica con la forza: secondo la teoria qui esposta, esso è un certo ordinamento ( o una certa organizzazione) della forza". Si veda KELSEN H., *La dottrina pura*, cit., p.243 ss. Il medesimo chiarisce: " Il principio di effettività, applicato alla norma fondamentale del diritto nazionale, è una norma di diritto internazionale positivo. Secondo quest'ultimo, un governo indipendente, che abbia l'effettivo controllo della popolazione su un dato territorio - anche se questo governo è stato istituito non in conformità della costituzione, ma per via rivoluzionaria - è il governo legittimo. La comunità sottoposta ad esso è uno stato nel senso del diritto internazionale. L'ordinamento coercitivo, attraverso cui esso esercita quell'effettivo controllo, è il diritto valido di questo stato", Si veda: KELSEN H., *Perché obbedire*, cit., p.174 ss.

Sull'impossibilità di esercizio del potere con la violenza arbitraria e sulla necessità di ispirare alla ragione la propria condotta, Spinoza acutamente scrive: " Il diritto di imporre incondizionatamente il proprio volere compete alle autorità sovrane tanto a lungo quanto a lungo dispongono del sommo potere effettivo: nel momento preciso in cui perdono tale potere, perdono anche il diritto di comando ed esso cade nelle mani di quel singolo o di quel gruppo che avrà saputo acquisirlo e che è in grado di conservarlo. In ciò sta il motivo per cui assai raramente accade che l'autorità sovrana impartisca ordini

talmente assurdi, dato che su di essa incombe l'obbligo di provvedere al benessere comune e di ispirare alla ragione la propria condotta: obbligo che deve assolvere se vuole provvedere a sé stessa e salvaguardare la propria egemonia. Nessuno potè mantenere a lungo, come dice Seneca, un dominio fondato sulla violenza arbitraria". Si veda: SPINOZA B., *Tractatus theologico-politicus*, trad. it. *Trattato teologico-politico*, Torino, 1997, p.650 ss.

- 15) A tale riguardo, si veda: OPOCHER E., *Lezioni*, cit., parte I, p. 7 ss.
- 16) Si veda: KELSEN H., *La dottrina*, cit., pp.407-408.
- 17) Si veda la mia recensione a: IRTI N., *Il salvagente della forma*, in *Behemoth*, n° 43, p.70 s.
- 18)** Sul rapporto trascendenza-immanenza e verità-libertà, si veda: FABRO C., *Orizzontalità e verticalità nella libertà*, in *Angelicum*, 1971, vol. 48°, p. 302 ss. ; sul rapporto tra valore e struttura dell'esistenza, si veda: OPOCHER E., *Lezioni metafisiche*, cit. p.41-43.