QUADERNI DELLA RIVISTA **"IL POLITICO"**

1 LA RICOMPARSA DELLA PIANIFICAZIONE ECONOMICA IN OCCIDENTE

(*Saggi di*: B. Leoni, A. A. Shenfield, L. Derwa, A. Navarro Vazquez, W. Stervander, H. F. Sennholz, R. Harris, L. Fertig, S. Ricossa, J. M. Buchanan, P. Hatry, H. Hazlitt).

1963, volume di pagine 160

2 NUOVI STUDI SULLA PIANIFICAZIONE

(*Saggi di*: B. Leoni, J. M. Buchanan, W. Hamm, P. Hatry, S. Ricossa, J. Van Offelen, D. Villey, A. De Graaf).

1965, volume di pagine 90

3 PROBLEMI DELLA PIANIFICAZIONE SOVIETICA

(*Saggi di*: B. Leoni, A. Nove, B. Kerblay, A. De Vita, E. Zaleski, R. Roncaglia, G. Martinoli, A. A. Shenfield).

1966, volume di pagine 220

4 TAVOLA ROTONDA SUL POSITIVISMO GIURIDICO

(PAVIA, 2 maggio 1966)

(*Scritti di*: B. Leoni, L. Bagolini, A. Baratta, M. G. Losano, G. Fassò, M. Stoppino, G. Tarello, M. A. Cattaneo, A. G. Conte, N. Bobbio, U. Scarpelli, A. E. Cammarata).

1967, volume di pagine 90

ISTITUTO DI SCIENZE POLITICHE DELL'UNIVERSITÀ DI PAVIA

QUADERNI DELLA RIVISTA **"IL POLITICO"**

n. 4

TAVOLA ROTONDA SUL POSITIVISMO GIURIDICO

(PAVIA, 2 MAGGIO 1966)

1967

ISTITUTO DI SCIENZE POLITICHE DELL'UNIVERSITÀ DI PAVIA

CASA EDITRICE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO

QUADERNI DELLA RIVISTA **"IL POLITICO"**

n. 4

TAVOLA ROTONDA
SUL
POSITIVISMO GIURIDICO

(PAVIA, 2 MAGGIO 1966)

1967

ISTITUTO DI SCIENZE POLITICHE DELL'UNIVERSITÀ DI PAVIA

CASA EDITRICE DOTT. A. GIUFFRÈ - MILANO

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1062) SOC. TIP. « MULTA PAUCIS » - 21100 VARESE - VIA G. GOZZI, 29

Per iniziativa del direttore dell'Istituto di Scienze Politiche della Università di Pavia, prof. Bruno Leoni, si è tenuta, il 2 maggio 1966, presso la Facoltà di Scienze Politiche, una « tavola rotonda sul positivismo giuridico ».

Hanno partecipato al Convegno il prof. Luigi Bagolini, ordinario di Dottrina dello Stato nell'Università di Bologna, il prof. Norberto Bobbio, ordinario di Filosofia del Diritto nell'Università di Torino, il prof. Ermanno Cammarata, ordinario di Filosofia del Diritto nell'Università di Roma, il prof. Rodolfo De Nova, ordinario di Diritto Internazionale nell'Università di Pavia, il prof. Sereno Vittorio Denti, ordinario di Diritto Processuale Civile nell'Università di Pavia, il prof. Enrico Nicolis di Robilant, ordinario di Filosofia del Diritto nell'Università di Trieste, il prof. Guido Fassò, ordinario di Filosofia del Diritto nell'Università di Bologna, il prof. Bruno Leoni, ordinario di Dottrina dello Stato nell'Università di Pavia, il prof. Uberto Scarpelli, ordinario di Filosofia del Diritto nell'Università di Perugia, il prof. Alessandro Baratta, incaricato nell'Università di Messina, il prof. Mario A. Cattaneo, incaricato nell'Università di Milano, il prof. Amedeo G. Conte, incaricato nell'Università di Pavia, il prof. Giovanni Tarello, incaricato nell'Università di Genova, il dott. Cesare Donati, assistente nell'Università di Pavia, il prof. Giacomo Gavazzi, assistente nell'Università di Torino, il dott. Mario G. Losano, assistente nell'Università di Torino, il dott. Francesco Rossolillo, assistente nell'Università di Pavia, il dott. Mario Stoppino, assistente nell'Università di Pavia.

La discussione sul tema si è svolta soprattutto sulla base dei saggi di Norberto Bobbio, Giusnaturalismo e positivismo giuridico, *e di Uberto Scarpelli,* Cos'è il positivismo giuridico, *entrambi pubblicati nel 1965 per le Edizioni di Comunità, nella collana « Diritto e Cultura Moderna » diretta da Renato Treves e Uberto Scarpelli.*

I lavori della tavola rotonda, sotto la presidenza del prof. Cammarata, sono stati introdotti dal prof. Leoni con una relazione dal titolo: « A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico »

INDICE

pag.

BRUNO LEONI - A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico 7

LUIGI BAGOLINI - Positivismo giuridico e analisi del linguaggio . . . 23

ALESSANDRO BARATTA - Per una apologia «giusnaturalistica» del positivismo giuridico 31

MARIO G. LOSANO - Diritto e logica in Hans Kelsen 43

Intervento di GUIDO FASSÒ 53

Intervento di MARIO STOPPINO 60

Intervento di GIOVANNI TARELLO 62

Intervento di MARIO A. CATTANEO 65

Intervento di AMEDEO G. CONTE 67

Intervento di NORBERTO BOBBIO 69

Intervento di BRUNO LEONI 74

Risposta di UBERTO SCARPELLI 77

Intervento finale di ANGELO ERMANNO CAMMARATA 87

A PROPOSITO DELLA TEORIA DEL DIRITTO E DEL POSITIVISMO GIURIDICO

di Bruno Leoni

Sarei tentato di intitolare schopenhauerianamente questo *working paper* per la nostra Tavola Rotonda: « La quadruplice radice dell'insufficienza delle teorie ' pure ' o ' logico formali ' del diritto e del positivismo giuridico ».

1. Nell'attesa di sviluppare questo tema, o meglio di suggerire ai colleghi qualche motivo di meditazione su di esso, sono lieto di sottolineare anzitutto il mio consenso per molte delle tesi del recente saggio di Scarpelli, che ovviamente non riflettono soltanto gli interessi del teorico del diritto, ma altresì l'esperienza del giurista (1).

Concordo in particolare colla sua proposta di adottare finalmente definizioni *esplicative* (p. 9 e ss. del saggio citato), colla sua esortazione a tener conto del punto di vista « teleologico » nel tracciare la teoria del positivismo giuridico (p. 36 e ss.), col rilievo che il positivismo giuridico ha o può avere soprattutto un'ispirazione politica (p. 49 e ss.), che le norme vanno intese (e vengono effettivamente intese dal positivismo giuridico) come guida e criterio di giudizio dei *comportamenti* (p. 43 e ss., 53 e ss.), che questi ultimi non sono soltanto termini di riferimento delle norme, ma anche cause di significazione e di produzione di norme (p. 107); infine concordo coll'affermazione di Scarpelli che il positivismo giuridico ha e vuole avere soprattutto valore *pratico* (p. 57 e ss.).

Per dovere di sincerità, debbo tuttavia accennare qui anche ad alcuni miei motivi di dissenso da Scarpelli: non condivido anzitutto il suo entusiasmo per la distinzione recentemente fatta dallo Hart tra punto di vista cosiddetto « interno » e punto di vista cosiddetto « esterno »: distinzione che non solo non mi sembra così « chiara e penetrante » come pare a Scarpelli (p. 53 e ss., 65 e ss., ecc.), ma che ha, secondo me, il doppio torto di apparire come una cattiva copia della assai più « centrata » distinzione kantiana tra imperativi categorici e imperativi ipotetici, e di essere inoltre (almeno in un certo senso) fuorviante per la teoria del diritto in generale e del positivismo giuridico in particolare.

Mi lascia freddo altresì il tentativo fatto da Scarpelli, di riabilitare — contro una mia vecchia critica — l'oscuro concetto di « validità » kelseniano (p. 63 e ss.), e di farne inoltre il concetto chiave della teoria del positivismo giuridico, e, più in generale, del diritto (p. 120 e ss.) (2).

---

(1) UBERTO SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Comunità, 1965.

(2) Va notato che lo stesso Kelsen non arriva a identificare — e lo dichiara espressamente — la *giuridicità* delle norme colla loro appartenenza all'ordinamento, come fa invece Scarpelli, p. 123.

Soprattutto poi, non mi persuade l'idea di Scarpelli che si possano — mettendo a frutto il concetto di « validità », « volere » realmente, e per dir così in bianco (e sia pure con quella che Scarpelli chiama l'integrazione costituzionalistica del positivismo giuridico), *tutte le norme non ancora prodotte in un sistema*, senza sacrificare, *eo ipso*, il *principio della libertà individuale* (p. 150 e ss.). Più a fondo, non mi persuade la sostanziale compatibilità che Scarpelli sembra ammettere in tal modo tra scelta morale e scelta politica. In particolare non vedo come possa conciliarsi il punto di vista individuale-morale colla scelta politica di un sistema, *quando essa implica altresì l'accettazione della regola di trasformazione del sistema mediante la delibera di determinate maggioranze* (3).

Mi lascia infine perplesso la liquidazione, invero non nuova (tanto che la si potrebbe definire « di rito ») fatta anche da Scarpelli del cosiddetto « giusnaturalismo » (p. 136). Taluni motivi del cosiddetto « giusnaturalismo » mi sembrano infatti (come spero di chiarire meglio fra poco, a proposito di un saggio recente di Bobbio) assai più vitali e stimolanti, ai fini di una teoria esplicativa del diritto, di quelli in gran parte soltanto negativi, proprii del « purismo » e del « formalismo logico » ancora di moda: tanto vitali e stimolanti, vorrei aggiungere, che lo stesso Scarpelli dimostra di esserne influenzato nel suo saggio (4).

2. Vengo ora al volume recentemente pubblicato da Bobbio (5). Si tratta di una raccolta di saggi, da lui scritti nell'ultimo decennio, sul tema « Giusnaturalismo e positivismo giuridico ». Non mi propongo di dar qui completo conto di questo libro, per molti rispetti meritorio, e probabilmente noto a tutti i partecipanti a questa Tavola. Mi sembra invece utile richiamare l'attenzione su uno dei temi trattati nel volume, un tema al quale io stesso ho avuto occasione di dare, molti anni fa, un piccolo contributo personale, se non come autore, almeno come ... traduttore: la « natura della cosa » (come si dovrebbe dire traducendo alla lettera il tedesco *Natur des Sache*), o la « natura delle cose » [come Bobbio, con altri, preferisce tradurre (p. 197 e ss., nonchè p. 225 e ss.)].

Se non sbaglio, Bobbio, pur non tacendo le sue riserve, sembra ammettere l'importanza che potrebbe avere, e che purtroppo non ha ancora,

(3) Secondo alcuni, come è noto, la regola di trasformazione del sistema si deve intendere come facente parte del sistema (Kelsen); mentre secondo altri (ad es. Hart), e mi sembra, con più ragione, la regola di trasformazione del sistema non fa parte del sistema, ma si colloca ad un livello sopraelevato rispetto al sistema. Chi aderisce al punto di vista democratico *aderisce comunque anche alla regola di trasformazione del sistema* (mediante delibere maggioritarie), e con ciò stesso rinuncia in linea di principio e in partenza a tutte le cautele e garanzie « costituzionalistiche » esistenti nel sistema prima della sua eventuale trasformazone ad opera della maggioranza. Non va dimenticato — a questo proposito — che anche regimi ispirati a regole condannate dalla morale corrente presso la maggior parte dei popoli, hanno potuto contare *su maggioranze* per modificare il sistema giuridico preesistente.

(4) Per un riconoscimento di Scarpelli a questo riguardo, v. p. 146.

(5) Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.

specie in Italia, presso i teorici del diritto, un *approach* (come oggi usa dire) basato su questo concetto.

Bobbio — dicevo — fa in proposito le sue riserve: la principale delle quali mi sembra essere quella che, come egli scrive, i sostenitori della ' natura delle cose ' « credono, o lasciano credere, che le cose cui si riferisce l'esperienza giuridica... siano tali che da esse, ovvero dalla loro costituzione o essenza, si possano ricavare regole giuridiche, le quali in tal modo avrebbero una sorta di oggettività che loro non competerebbe se fossero derivate da giudizi di valore ». A costoro Bobbio fa notare che « se è vero che una regola tecnica (e possiamo considerare — egli dice — le regole giuridiche come regole tecniche) deriva dalla risoluzione di un rapporto causa-effetto.... è altrettanto vero che dall'osservazione che un comportamento produce certe conseguenze, io non ricavo necessariamente una regola, ma ne posso ricavare almeno tre, secondo il diverso modo in cui prendo posizione di fronte alle conseguenze », ossia, come precisa sempre Bobbio, secondo che io voglia, ovvero *non* voglia, le conseguenze, ovvero le conseguenze mi siano *indifferenti* (Bobbio, *op. cit.*, p. 203).

Dico subito che sono interamente d'accordo con Bobbio su questo punto. Ciò non significa tuttavia che io sia d'accordo con lui su tutte le conseguenze che egli sembra ricavarne.

Anzitutto, ritengo che vi siano casi in cui non avrebbe alcuna rilevanza pratica supporre che io — o altri — non voglia le conseguenze di una regola tecnica, e in cui quindi il rilievo di Bobbio rischierebbe di diventare una inutile pedanteria. Supponiamo ad es. che un tale abbia trovato finalmente una cura facile e sicura del cancro: si potrà pur sempre dire — con Bobbio — che la regola tecnica nuovamente scoperta per la cura del cancro non determina ancora necessariamente la volontà dei cancerosi: essi potrebbero infatti, in teoria, volere le conseguenze della cura del cancro, oppure non volerle, e potrebbe infine darsi che le conseguenze fossero loro indifferenti. Ma chi andasse a fare queste distinzioni in un caso simile, riceverebbe probabilmente, come si dice in Toscana, le fischiate. In altre parole, la distinzione fra enunciazione della regola tecnica e scelta della stessa, pur essendo validissima nella maggior parte dei casi, non lo è in quelli in cui la volontà di applicare la regola tecnica è facilmente presupponibile e non ha quindi rilevanza il dubitarne. Naturalmente, in questi casi si verificano due circostanze che solo di rado sembrano essere presenti insieme nel campo del diritto: la dimostrabilità del successo della regola tecnica e la generale volontà di adottarla.

In tutti i casi in cui il successo della regola tecnica non sia invece oggettivamente dimostrabile, e non sia inoltre generalmente presumibile la volontà di adottarla, la distinzione di Bobbio rimane non solo giustissima, ma anche assai importante.

Tuttavia (nell'attesa di chiarire la seconda e più grave ragione per cui non mi sento di accettare tutte le conseguenze che Bobbio vorrebbe trarre dalla citata distinzione), vorrei anzitutto ricordare che la scoperta che una regola tecnica non può da sola determinare l'azione non è certo una novità. Questa scoperta è infatti precisamente alla

base del moderno *approach* degli economisti al loro oggetto di studio, dall'epoca in cui, nella seconda metà del secolo scorso, da più parti si è compreso che l'« utilità » in senso tecnico di un determinato bene (ad esempio il ferro) non andava affatto confusa colla sua utilità in senso economico: dipendendo quest'ultima dalla particolare situazione in cui si trova al momento della sua scelta, il singolo operatore, il quale potrà bensì prendere atto, ad esempio, che il ferro è utile per fare una quantità di cose, ma non sarà disposto — in ipotesi — a spendere personalmente neppure una lira per un quintale di ferro perché non saprebbe che cosa farsene.

Questa scoperta degli economisti equivale a quella dei moderni teorici del diritto che combattono il « giusnaturalismo » (o almeno la ricostruzione di ciò che, talvolta per comodità di bersaglio, si suol chiamare « giusnaturalismo ») facendo notare che altro è, ad esempio, sostenere che l'osservanza dei patti è tecnicamente necessaria perchè possano prevedersi con sicurezza, o almeno con forte attendibilità, i risultati di determinate nostre azioni che implicano la collaborazione altrui, e altro è affermare che la regola *pactis standum* dovrebbe essere applicata, sempre e dovunque, da qualsiasi operatore giuridico si trovi a dover scegliere se applicarla o meno, nella particolare circostanza in cui si trova. In questo senso esiste — io direi — un parallelismo perfetto tra « giusnaturalisti » ed « economonaturalisti » da un lato (chiamando con quest'ultimo termine i fautori delle teorie del valore « oggettivo » dei beni economici, dai Fisiocrati a Marx) e gli economisti neoclassici e i teorici contemporanei del diritto, d'altro lato (6).

Tuttavia il parallelismo non va molto oltre, e le differenze dovrebbero, a mio modesto avviso, renderci cauti nel trarre dal ragionamento di Bobbio alcune delle conseguenze che forse egli stesso ne trae.

Bobbio infatti, dopo averci ammonito sulla famosa differenza *tra una regola tecnica e la qualificazione di liceità od illiceità della medesima* in un sistema giuridico qualsiasi, preferisce concentrarsi su questa qualificazione per farne oggetto esclusivo di teoria.

Ora, è proprio su questa strada che io comincio a non riuscire più a seguirlo. Secondo l'esempio portato da Bobbio, il giudizio di valore sull'aborto, e in particolare sulla sua « liceità » o « illiceità », sarebbe *unicamente* ciò che va preso in considerazione in una teoria del diritto. Ora, mentre io accetto in pieno la distinzione tra giudizio tecnico sull'*idoneità di certe pratiche ad interrompere la gestazione* e giudizio di valore sulla *liceità* delle medesime, non sono affatto d'accordo sulla conseguenza che Bobbio sembra trarne, ossia che, una volta accertata la predetta distinzione, del giudizio tecnico la teoria del diritto (e rispettivamente del positivismo giuridico) non possa e non debba affatto occuparsi, essendo ogni considerazione sul giudizio tecnico ad essa totalmente estranea.

(6) È interessante notare come questo parallelismo sia stato rilevato da qualcuno degli stessi rappresentanti più noti della teoria economica moderna. Cfr. ad es. V. PARETO, *Cours d'économie politique*, vol. I, Lausanne 1896, p. 15 nota (con riferimento a *La Règle de Droit*, di E. Roguin).

Non sono d'accordo, per la buona ragione che nessun giudizio di valore sulla « liceità » o meno di un'azione è in realtà scindibile da un giudizio di natura tecnica sugli effetti che l'azione è idonea a determinare. Il giudizio sulla liceità o illiceità dell'aborto non è — ad esempio — affatto *indipendente* dal giudizio tecnico sull'idoneità di certe pratiche ad interrompere la gestazione, o, più in generale (in ipotesi) dal confronto con altre — e diverse — tecniche idonee a prevenire le nascite (quali ad es. l'uso di antifecondativi o il metodo di Ogino-Knauss). Giudizio tecnico e giudizio di valore sono quindi bensì distinguibili, ma non per questo realmente scindibili, nell'ambito di una teoria che intenda rendersi conto dell'azione giuridica (e, inoltre, della natura del positivismo giuridico) *nella sua completezza*. Il che non significa affatto sostenere che la teoria del diritto abbia necessità di emettere giudizi tecnici o di pronunciarsi in proprio sulla scelta di determinate tecniche da qualificarsi come « lecite » o « illecite » o « obbligatorie » in un dato ordinamento, e neppure significa sostenere che la teoria del diritto non debba dare prevalente rilevanza al giudizio di liceità o di illiceità (o di obbligatorietà) in base a cui si determina la scelta (giuridica) di una certa tecnica, ma significa, invece, riconoscere che la teoria del diritto non dovrebbe mai perdere di vista il rapporto che esiste fra quel giudizio e la tecnica corrispondente. In breve, la teoria del diritto non dovrebbe mai dimenticare che il giudizio di valore, in diritto, come in economia, *consiste nella scelta di una certa tecnica.*

Se la teoria economica moderna si fosse contentata di constatare che altro è l'utilità in senso tecnico-oggettivo, e altro è l'utilità come oggetto di un giudizio soggettivo dell'operatore economico (l'« ofelimità », come la chiamava, ad esempio, Pareto) essa avrebbe bensì confutato con successo l'economonaturalismo, dimostrando l'errore delle teorie del valore cosiddetto « oggettivo » dei beni, ma non avrebbe fatto un passo più in là per spiegare il processo delle scelte economiche, così come, se permettete, io penso che non abbia fatto molti passi avanti per spiegare il processo delle azioni giuridiche la teoria « pura » o « logico formale » del diritto, la cui principale e quasi unica preoccupazione sembra essere consistita, da un lato, nel non emettere in proprio giudizii di valore giuridici alla maniera del vecchio « giusnaturalismo », e nel non prendere mai in considerazione, d'altro lato, le tecniche prescelte mediante il giudizio di valore giuridico, neppure per analizzare il rapporto continuamente esistente fra quel giudizio e quelle tecniche e quindi astenendosi dal definire in che cosa consista l'azione giuridica nella sua completezza e dal costruire, inoltre, alcun modello che ci consenta di « spiegare » il processo delle azioni giuridiche, così come nella teoria economica si « spiega » il processo delle azioni economiche.

3. L'importanza dell'*approach* basato sulla cosiddetta « natura della cosa », o della « causa » o del « caso » (7) mi sembra appunto consistere

(7) *Sache* — al singolare — ha infatti, in tedesco, tutti questi significati, così come li ha la corrispondente parola latina *res*, usata anch'essa al singolare

in ciò, che un tale *approach* mira ad una considerazione del diritto — e anzitutto del positivismo giuridico — più completa di quella, volutamente unilaterale e sterile, cui mira l'*approach* logico-formalistico. L'*approach* basato sulla « natura della cosa » muove infatti dal presupposto che le qualificazioni giuridiche non possono mai venir compiute interamente a piacere, ma che, *dato almeno un fine o più fini dell'azione giuridica*, esse debbono venir compiute in un certo modo, e riguardare un certo numero di scelte tecniche definite secondo un rapporto tra i fini e i mezzi dell'azione giuridica, che spetta appunto alla teoria di ricostruire.

Il Bobbio stesso rileva tuttavia che l'*approach* basato sulla natura della cosa non trova, almeno attualmente in Italia, molti fautori fra i teorici del diritto (p. 235). L'osservazione è esatta. Mentre nella teoria economica si è studiata la connessione tra giudizii di valore e giudizii tecnici in una quantità di casi — o meglio di serie di casi importanti — ad esempio in un'economia di baratto, la quale comporta determinate *tecniche di scambio*, o in un'economia monetaria, che comporta tecniche di scambio diverse, più evolute, e si è tenuto costantemente presente il fatto che ogni scelta economica *è la scelta di una determinata tecnica* (ad esempio di produzione, o di consumo dei beni), altrettanto non è avvenuto, se non occasionalmente e quasi a malgrado dei suoi cultori, per la teoria contemporanea del diritto.

Una *prima ragione* di ciò — a prescindere dalla singolare mancanza di interesse per l'economia da parte di molti teorici del diritto (8) — mi sembra il fatto che, mentre le tecniche di produzione, di scambio e di consumo sono definite, e consentono verificazioni oggettive di tipo scientifico naturalistico, numerose tecniche che sono oggetto di scelta nell'ambito dell'azione giuridica non consentono giudizi altrettanto sicuramente oggettivi.

Valga in proposito l'esame di un paragone che a prima vista potrebbe sembrare suggestivo. È nozione oggi abbastanza pacifica tra i teorici dell'economia che le tecniche produttive in un'economia in evoluzione tendono all'adozione di processi che sono bensì sempre più lunghi nel tempo, ma anche sempre più redditizi, in termini fisici ed in termini di valore, di quelli, più brevi, già in uso (9), e si presentano quindi come più « produttive ». Si potrebbe essere tentati di affermare, in modo analogo, che altrettanto avviene nel campo della « produzione » delle norme giuridiche, quando dagli stadii relativamente poco evoluti in cui le

(ad esempio nell'espressione *res judicata*) mentre l'uso del termine « cosa » al plurale mi sembra meno opportuno, perchè richiama ben diversi contesti metafisici o comunque non giuridici, ad esempio la *natura rerum* lucreziana.

(8) Un illustre cultore di teoria del diritto, il Kantorowicz, considerò addirittura deleterio — recentemente — il riferimento all'economia da parte di chi voglia intendere il diritto.

(9) Basti citare in proposito l'esempio classico, addotto dal Böhm Bawerk, della rete da pesca, la cui produzione implica bensì maggior tempo di quella, propria di una economia meno progredita, della lenza, ma consente anche maggiori risultati (la pesca di un maggior numero di pesci).

norme vengono fissate di volta in volta in occasione di accordi fra le parti interessate, ovvero di comandi diretti dal superiore all'inferiore, si passa a stadii più evoluti, in cui la produzione delle norme avviene in modo indiretto, attraverso una rete complessa di organi costituzionali, legislativi e giudiziarii. Ma il giudizio tecnologico sulla maggior « produttività » di quest'ultima tecnica non è altrettanto sicuro, non essendo le norme paragonabili senz'altro ai ... pesci e non potendosi chiamare semplicemente « più produttiva » una tecnica che abbia per effetto di formulare un grande numero di norme. D'altra parte, non è frutto di un giudizio tecnico inconfutabile l'affermazione che, in molti casi, come notava lo Hildebrand a proposito delle fasi più antiche del diritto romano, sia più importante avere una norma qualsiasi che il non averne alcuna, ovvero, per fare un altro esempio, l'affermazione — che io stesso mi sentirei propenso a sottoscrivere — che una tecnica più lunga di produzione delle norme, ad esempio attraverso una serie di precedenti giudiziarii, almeno nel senso che produce norme più aderenti al caso considerato, è più produttiva della tecnica più breve — e oggi più diffusa — consistente nella produzione per così dire di massa, di norme a contenuto generico e valide *erga omnes*, ad opera di corpi legislativi.

Questa difficoltà di identificare le tecniche oggettivamente valide per l'azione giuridica è certamente — come dicevo — una prima radice del male di cui soffre la teoria contemporanea del diritto, e una causa importante del fatto che proprio questa teoria *stenta a crescere* (come ben si potrebbe dire, io penso, ritorcendo una *boutade* di Bobbio contro il cosiddetto « giusnaturalismo » (v. *op. cit.*, p. 180), al disopra delle sue premesse. È certamente un compito arduo trattare il giudizio di valore giuridico in connessione con giudizi tecnici, se questi ultimi sono a loro volta difficili da identificare e da accettare come oggettivi, e la tentazione del teorico del diritto di considerare in questo caso in modo esclusivo i giudizii di valore corrispondenti è abbastanza spiegabile. Ma ignorare il giudizio tecnico significherebbe perdere di vista l'origine stessa di tutto il discorso giuridico e trattare quest'ultimo da un punto di vista unilaterale e insufficiente a darcene una « spiegazione ».

D'altra parte, lo stesso pessimismo delle teorie logico-formali sulla possibilità di identificare regole tecniche oggettive nel discorso giuridico rischia — oltre un certo limite — di diventare eccessivo.

Persino i fautori di uno scetticismo estremo su questo punto finiscono per riconoscere che almeno un certo tipo di giudizio, che ben può dirsi *tecnico*, può e deve essere preso in considerazione a proposito del discorso giuridico: ossia il giudizio sulla *coerenza logico-formale delle norme giuridiche*, considerate in se stesse e in relazione alle altre norme dello stesso « ordinamento ». Gli studii di logica giuridica, sebbene a mio modesto avviso non portino molto lontano, hanno appunto il pregio di richiamarci ad un limite preciso non solo del discorso, ma della stessa azione giuridica: ossia all'esigenza che nel porre le norme giuridiche vengano soddisfatte almeno le regole della logica formale: non si può, ad esempio (come tutti riconoscono) prescrivere nello stesso

tempo alle stesse persone uno stesso comportamento e un comportamento contraddittorio col primo. Ma il mero studio delle condizioni logico-formali del discorso giuridico non è certo sufficiente ad esaurire l'esame delle condizioni alle quali un giudizio di valore giuridico può orientare l'azione. Debbono essere soddisfatte a questo riguardo molte altre esigenze che potremmo chiamare non più logico-formali, ma più in generale, di logica dell'azione. Questa deve essere infatti anzitutto possibile sul piano della realtà. Come opportunamente avvertivano i giuristi romani: *ad impossibilia nemo tenetur.*

D'altra parte, appunto perchè tale — e a differenza di un qualsiasi fenomeno macrofisico sottoposto alla legge di causalità, l'azione non può essere pensata come necessaria, ma soltanto come possibile, o *probabile.* Anche i più strenui rappresentanti del cosiddetto « formalismo » nella teoria del diritto hanno riconosciuto — del resto — l'importanza del giudizio probabilistico a proposito delle azioni giuridiche, e basterebbe citare l'Austin (al quale proprio questo riconoscimento è stato peraltro rimproverato di recente da un tardo discepolo, lo HART, *Concept of Law,* p. 81), o lo stesso Kelsen, il quale ha chiaramente ravvisato nell'*impossibilità* da un lato e nella *necessità* dall'altro i due limiti inferiore e superiore entro i quali si ritrovano le azioni previste dalle norme; per non parlare, beninteso, di altri autori che hanno insistito sull'importanza del giudizio probabilistico nel campo giuridico, ma che potrebbero meglio collocarsi nell'ambito di correnti diverse dal cosiddetto « formalismo », quali Max Weber. Anche a questo proposito, del resto, i giuristi romani, colla loro nozione dell'*id quod plerumque accidit,* hanno trasmesso al moderno teorico del diritto un insegnamento che non dovrebbe andare perduto. Ma, se ammettiamo che l'azione giuridica è anzitutto un evento possibile, ed anzi probabile, è chiaro che acquista particolare rilievo, in una teoria dell'azione giuridica, l'analisi di tutte le condizioni che determinano la maggiore o minore probabilità di questo evento, nonchè, beninteso, delle condizioni che in ipotesi lo rendono impossibile. Nè basta, per sottrarsi a queste analisi, il tentar di rinchiudersi (come vorrebbero fare taluni fautori del cosiddetto « punto di vista interno ») nella teoria dell'obbligazione come *adesione del soggetto alla norma.* Questa adesione, infatti, per essere *ragionata* e non semplicemente emotiva (ed è proprio nel primo senso che l'adesione è intesa dai fautori del punto di vista cosiddetto « interno », a cominciare dallo Hart) dovrà appunto basarsi sull'analisi delle condizioni che rendono possibile ed anzi probabile l'azione prevista nella norma. Non si può fare, dicevano ad esempio i giuristi romani, che ciò che è stato fatto non sia stato fatto; non si possono consegnare le messi se non sono ancora maturate, e così via. Proprio per questo, a quanto pare, essi ammonivano che la *ratio naturalis* non può essere in contrasto colla *ratio civilis,* e vi sono molte ragioni di ritenere — come taluni romanisti contemporanei hanno, a mio modesto avviso, convincentemente dimostrato — che per *ratio naturalis* essi intendessero — al di qua di ogni metafisica — proprio l'insieme delle condizioni che rendono possibile o probabile (o, per contro, impossibile, o improbabile), l'azione prevista nella norma

giuridica: condizioni, va aggiunto, che è possibile analizzare spesso in modo oggettivo, con una specie di calcolo, come appunto i giuristi romani intendevano quando usavano quel sostantivo *ratio,* che deriva, come è noto, dal verbo *reor* (= calcolare).

D'altra parte, proprio come nella teoria economica non si può tener conto soltanto delle condizioni tecniche della scelta, ma si deve tener conto altresì degli scopi dell'operatore per spiegare la sua scelta, ossia, la sua scelta di determinate tecniche per la produzione, lo scambio o il consumo dei beni, così nella teoria del diritto la considerazione degli scopi dell'operatore giuridico (e possiamo intendere con questo nome, prima ancora del giurista, l'uomo della strada, e magari il selvaggio di una tribù, che non conosce giuristi, ma che pure esercita pretese e si adegua a corrispondenti pretese dei suoi simili) sarà indispensabile per spiegare la sua scelta di determinate tecniche nell'esercizio di determinate pretese o nell'adeguamento a pretese altrui. L'analisi delle relazioni, complesse e non sempre apparenti, che intercorrono tra tutti gli scopi da un lato, e tutti i mezzi dall'altro, nell'azione dell'operatore giuridico, diventerà quindi una parte indispensabile della teoria del diritto, che voglia non soltanto darci delle definizioni, ma fornirci dei *modelli,* ossia voglia essere veramente *esplicativa,* e non semplicemente definitoria.

Ma vi è di più. Se è vero che i singoli scopi dell'operatore giuridico (come quello dell'operatore economico) possono essere storicamente innumerevoli, così che l'esercizio delle pretese di questo operatore o il suo adeguamento a pretese altrui possono atteggiarsi in modi praticamente infiniti, è pur sempre possibile per la teoria del diritto ravvisare alcuni scopi generalissimi dell'azione giuridica, così come è stato ed è possibile, per la teoria economica, ravvisare alcuni scopi generalissimi della scelta economica.

Si è definita, come è noto, la scelta economica come scelta in scarsità: si è constatato, cioè, che la scarsità domina tutta l'azione economica (come ci avverte anche l'uso ordinario del verbo economizzare) poichè condiziona tutte le scelte economiche, indipendentemente dalla loro infinita variabilità. Gli economisti muovono proprio da questa constatazione generalissima per spiegare la produzione non meno dello scambio, l'economia autarchica o robinsoniana o di piano non meno di quella monetaria. Ma in queste loro analisi essi presuppongono sempre — sebbene *senza dirlo — l'esistenza di un sistema di regole* in base alle quali l'uso dei beni scarsi, nella produzione, nello scambio o nel consumo, viene disciplinato in modo che ad esso possano contemporaneamente partecipare più individui. Gli economisti cioè presuppongono giustamente — anche se spesso non lo dicono — che la scarsità dei beni condiziona, prima ancora che le scelte economiche, le *pretese* di ogni individuo, e correlativamente, l'adeguamento di ogni individuo a corrispondenti pretese di altri individui, *a che l'uso dei beni scarsi si compia in un certo modo*: il che è quanto dire che nel teorizzare la produzione, lo scambio e il consumo dei beni gli economisti presuppongono un sistema di regole giuridiche che ne disciplini l'uso tenendo conto della loro scarsità.

Hobbes, il primo autore moderno il quale abbia fermato la sua at-

tenzione sulla scarsità dei beni come condizione per lo svolgersi dell'azione umana in società, è considerato per questo, a buon diritto, fra i fondatori della scienza economica. Ma è strano che non gli si riconosca altrettanto generalmente e prima ancora, il merito di essere, proprio per questo, il fondatore della moderna teoria del diritto. È noto infatti come la scarsità dei beni costituisca il motivo di una delle fondamentali « leggi » hobbesiane « di natura »: *jus in omnia non retinendum*, principio, io penso, che rimane intatto anche oggi, e che dovrebbe costituire una delle premesse di ogni teoria esplicativa del diritto proprio come costituisce una delle premesse della teoria economica, se un certo storicismo ed un certo relativismo troppo semplicistici non avessero finora agito in senso contrario.

Forse qualcuno sarà tentato di osservare che una premessa così generale non può essere molto feconda per gli sviluppi della teoria del diritto. Ma basterebbe a smentirlo l'esempio stesso della teoria economica. Dirò di più: basterebbe a smentirlo l'esempio di tutte le scienze, le quali muovono da premesse generali e semplicissime, come, ad esempio, la teoria delle grandezze muove dal presupposto che le grandezze godano della proprietà riflessiva, di quella simmetrica e di quella transitiva.

Ma Hobbes ci ha anche avvertito che esistono almeno altre due condizioni generalissime (accanto a quella menzionata) dalle quali dipende l'azione umana, ossia dipende — altresì — l'azione giuridica come esercizio di pretese e adeguamento a pretese altrui da parte di ogni individuo. Nè varrebbe a farci ignorare queste condizioni il fatto, notato dallo stesso Hobbes, che esistono modi svariatissimi di rispettarle (o di non rispettarle) nelle varie società storiche, nelle quali tutte si dovranno pur risolvere i principali problemi posti: *a*) dall'esigenza di una coesistenza, almeno entro certi limiti, pacifica degli individui che vi appartengono (anche, ed anzi specialmente, nel caso che costoro intendano distruggere le società altrui); *b*) dall'esigenza — già vista — di regolare l'uso, fra questi individui, dei beni disponibili, e infine *c*) dall'esigenza di prevedere e di poter contare sul risultato delle azioni di questi individui nel rispetto delle due esigenze sopra ricordate.

Una teoria del diritto che voglia essere esplicativa dovrà dunque anzitutto tener calcolo dei fini generalissimi (e prevalenti su ogni altro), da cui è condizionata l'azione giuridica in ogni società di individui, e dovrà tenere inoltre calcolo del rapporto intercorrente tra i fini ed i mezzi (concettuali e materiali) che ogni singola società di individui avrà a disposizione per raggiungere quei fini. Ora è assai probabile che la varietà apparentemente infinita di questi mezzi possa venire inquadrata (come in ogni altra teoria razionale) in una serie finita e non molto numerosa, di alternative concettualmente possibili, così da potersi prescindere con successo dalle infinite variazioni storiche della serie (proprio come è avvenuto nella teoria economica), e ciò senza che nessuno « storicista » e nessun relativista possa impedirlo.

Si aggiunga che, se pure è vero che esiste una varietà infinita di fini dell'azione giuridica — almeno ad un livello inferiore a quello dei fini generalissimi di cui ho sopra parlato, e che consistono nell'adeguamento alle esigenze fondamentali di ogni convivenza umana — è altrettanto vero che esiste una concatenazione necessaria, concettuale non meno che fisica o di altra natura, tra i fini proposti — quali che siano — e i mezzi rispettivamente disponibili. In altri termini, dati certi fini dell'azione giuridica esiste un certo numero di passaggi obbligati per chi intende raggiungerli: e spetterà appunto alla teoria di prenderne atto.

Purtroppo questa teoria — di tutte le condizioni — e non delle sole condizioni logico formali — dell'azione orientata dal giudizio di valore giuridico è in gran parte ancora da fare — o se volete — da rifare. E finchè non sarà fatta — o rifatta — sarà vano continuare ad esorcizzare il fantasma giusnaturalistico con i soliti argomenti (di per se stessi ineccepibili) del tipo di quelli ben noti di Hume o della *naturalistic fallacy* del Moore. D'accordo — potranno rispondere infatti agli esorcizzatori i cosiddetti « giusnaturalisti » — altro è un *dictamen rationis* sulle condizioni dell'azione giuridica, altro è — invece — un giudizio di valore giuridico. Ma quale senso avrà un giudizio di valore giuridico se non terrà conto di quei *dictamina rationis* che stabiliscono — appunto — le condizioni di possibilità dell'azione orientata da quel giudizio? E quale portata potrà mai avere una teoria del diritto che si limiti monotonamente a proclamare che altro è un *dictamen rationis* sulle condizioni di validità dell'azione orientata da un giudizio di valore giuridico, e, altro è quest'ultimo giudizio? Se gli economisti si fossero limitati a dire ed a ripetere all'infinito che il giudizio tecnico non deve esser confuso col giudizio economico di utilità (o di disutilità dei beni), la moderna teoria economica avrebbe bensì distrutto l'economo-naturalismo, così come la moderna teoria del diritto ha distrutto un certo tipo di giusnaturalismo, ma non avrebbe fatto un passo più in là: in particolare non avrebbe costruito nulla su quella premessa, che è bensì importantissima, ma di per se stessa quasi *soltanto negativa*.

4. Vorrei ora accennare ad una *seconda radice* del male di cui mi sembra oggi soffrire la contemporanea teoria del diritto: il fatto che i teorici del diritto — e in particolare del « positivismo giuridico » — badino assai più a ciò che i giuristi *dicono* di fare (quando teorizzano la loro opera) che non a quello che *fanno* in realtà. Mi sembra questo uno dei punti critici (ossia criticabili) dell'*approach* di Bobbio (p. 153 e s.). È proprio vero ad esempio che alla difesa del dogma della completezza e della coerenza formale dell'ordinamento giuridico, corrispondano effettivamente, nel lavoro del giurista, quella completezza e quella coerenza? Ed è proprio vero che il giurista si limita a « dichiarare » sempre il diritto — in particolare il diritto legiferato — « preesistente » e che il metodo con cui opera effettivamente è costituito in prevalenza da « operazioni logico-formali »? Ma se le cose non stessero così, il « positivismo giuridico » sarà forse soltanto ciò che i suoi sostenitori dicono di fare o non sarà invece ciò che non sempre dicono o pensano di fare, ma che tuttavia *fanno*? Già lo Ehrlich aveva messo in rilievo, come il Bobbio ricorda, quasi tutti i punti sui quali si basa, o meglio dice, e forse anche in taluni casi pensa di basarsi, il positivista giuridico. Ma

proprio lo Ehrlich (e il Bobbio avrebbe forse fatto bene a ricordarlo a tutti coloro che non hanno letto, o hanno ormai dimenticato, le opere di quell'autore — così ingiustamente sepolto nell'oblio dai nostri contemporanei) era stato uno dei primi a mettere in evidenza il sostanziale conflitto tra quella che egli chiamava la *Logik der Juristen*, che è nè più nè meno che la logica di tutti gli altri mortali, e la *Juristische Logik*, che consiste appunto in una logica apparente (*scheinende Logik*), come lo Ehrlich la chiamava: ossia una formalizzazione spesso ingannevole di procedimenti che tendono a soddisfare esigenze assai diverse e più complesse di quelle logico-formali di coerenza e di completezza del cosiddetto « sistema » giuridico: e in primo luogo l'esigenza di scoprire se e in qual modo si possano ponderare e conciliare gli opposti interessi degli individui in ogni situazione data, e soprattutto, e spesso, in situazioni effettivamente ancora non « previste » nel « sistema ». Ma vi è di più: una teoria soddisfacente del positivismo giuridico dovrebbe renderci conto non soltanto di *ciò che i giuristi fanno*, in contrasto *con ciò che dicono*, o magari pensano, *di fare*, ma anche darci una spiegazione del perchè *esiste questo contrasto tra ciò* che fanno e ciò che dicono di fare, e un'indicazione delle esigenze a cui essi dimostrano di obbedire quando smentiscono, colla loro teoria, la loro pratica.

Ho detto in precedenza che gli studiosi di logica giuridica hanno dimostrato di rendersi conto, sia pure in modo del tutto insufficiente, del fatto che il giudizio di valore giuridico è sottoposto almeno ad alcune condizioni imprescindibili, di natura logico formale, le quali vanno studiate appunto in connessione con lo studio di quel giudizio.

Ma le condizioni logico-formali di un giudizio di valore giuridico sono in realtà le stesse di ogni altra proposizione del discorso logico, e quindi lo studio delle condizioni del giudizio di valore giuridico *non può in realtà rivelarci nulla di peculiare relativamente a quel giudizio.* Con dimostrazioni di pura logica non si può sperare di arrivare a conclusioni che presuppongono la risoluzione di — assai diversi — problemi di *semantica.* Con ragione Conte, criticando recentemente un logico praghese, il Weinberger, metteva in evidenza la circolarità di talune pretese dimostrazioni di questo autore, secondo le quali da una proposizione descrittiva non si potrebbe dedurre, per via logica, una proposizione prescrittiva e viceversa. Ma lo stesso Conte non sembrava scorgere che il problema di questa deducibilità non può risolversi sul piano logico-formale, poichè occorrerebbe anzitutto determinare — a questo scopo — che cosa sia realmente una proposizione prescrittiva e se possa dirsi che il concetto di prescrittività stia realmente in relazione di opposizione col concetto di descrittività: problema, come si vede, non già di logica formale, ma di semantica, e che involge — come tale — analisi di natura ben più vasta e difficile di quelle meramente logico-formali.

Ho già accennato al fatto che anche alcuni dei più strenui sostenitori di teorie cosiddette « formalistiche » del diritto, quali il Kelsen, hanno finito per rivolgere particolare attenzione non già alle condizioni logiche, ma a quelle ontologiche, dell'azione giuridica, anche se hanno pensato e detto di non preoccuparsi di altro che della logica interna del

sistema delle norme. Che cos'è infatti la teoria kelseniana dell'ordinamento giuridico se non una teoria, singolarmente distorta, dei metodi di produzione, nel mondo *effettuale* (e non già soltanto, come pretenderebbe il Kelsen, in un intermondio logico-formale), delle norme giuridiche? Teoria dei metodi di produzione delle norme giuridiche — ossia teoria dell'azione giuridica e delle sue condizioni non soltanto logiche, ma ontologiche: quali sono, appunto, l'adesione — rilevata dal Kelsen — a determinati principii da parte di un grande numero di individui appartenenti ad una stessa società, la delegazione del processo di « posizione » delle norme ad alcuni di essi e a determinate condizioni, e in primo luogo alla condizione di non violare i principii di cui sopra, e così via. Lo Hart, colla sua recente teoria delle cosiddette « norme secondarie » ha correttamente — dal canto suo — accentuato questo carattere *esplicativo* della teoria kelseniana dell'ordinamento giuridico, mettendo in evidenza il fatto che almeno nei sistemi evoluti occorre precisamente provvedere ad esigenze pratiche di riconoscimento dei principii, di modificazione eventuale delle regole e di applicazione di esse a casi particolari: esigenze alle quali provvedono, appunto, le norme che egli chiama « secondarie ». Abbiamo qui dunque il delinearsi di una vera e propria teoria *esplicativa* della formazione delle norme, soprattutto per il richiamo che in essa vi si fa, ad esigenze e a corrispondenti giudizi di natura tecnica.

Ma — se non erro — siamo ancora soltanto agli albori di una teoria deliberatamente esplicativa del diritto, e ancora lontani, corrispondentemente, dalla completa applicazione di quello che Scarpelli chiamerebbe il « punto di vista teleologico » nella teoria del « positivismo giuridico » e, più in generale, del diritto.

Oserei dire, per concludere su questo punto, che le teorie del « positivismo giuridico » le quali vogliano mantenersi su un piano logico-formale pretesamente « puro » e rigoroso, e gli studii di cosiddetta « logica giuridica » che si riconnettono a quelle teorie, sono in realtà assai più utili per il fatto che ci rivelano quali risultati *non* possono raggiungere, che non per i risultati che effettivamente raggiungono e che appaiono, invero, assai modesti.

5. Una *terza radice* del male, sopra lamentato, di cui mi sembra soffrire la contemporanea teoria del diritto, è, a mio avviso, il fatto che l'atteggiamento cosiddetto « puro » o « logico-formale » può costituire per lo studioso un comodo *escape-mechanism* psicologico, poichè sembra consentirgli di raggiungere con poco sforzo risultati oggettivamente validi, dispensandolo contemporaneamente dalla fatica di analizzare quel complesso groviglio di fini e di mezzi in cui consiste sempre la realtà dell'azione giuridica. Diciamolo francamente: anche fra gli economisti esiste oggi e prospera almeno un personaggio ambiguo, che potrebbe essere paragonato per qualche rispetto al nostro « teorico » del diritto, « puro » e « logico-formale ». È un personaggio che Luigi Einaudi mise alla gogna più di una volta, e, tra l'altro, proprio nell'ultimo dei suoi scritti: il cosiddetto « esperto » economico ossia colui che si limita a

consegnare al politico gli strumenti per qualsiasi azione, anche in ipotesi la più brutale e scriteriata, lavandosi poi pilatescamente le mani quando si tratti di giudicare non soltanto i fini di quell'azione (che sovente sono opinabili) ma anche l'idoneità dei mezzi a raggiungere quei fini e quindi la possibilità di attuare veramente quella certa azione politica e di attuarla nel modo voluto: possibilità che, nella maggior parte dei casi, *non è, invece, opinabile affatto*. Aggiungerei, sicuro di non offendere nessuno dei presenti, che esiste ormai anche un certo tipo di « esperto giuridico » in tutto paragonabile a quello « economico » bollato da Einaudi. Tuttavia questi « esperti » entrano sempre, anche quando si limitano a rendere bassi servizi al politico (del tipo di quelli che Platone descriveva con disprezzo nella sua Settima Lettera) almeno in una parte del « merito » delle questioni di economia e di diritto, sulle quali il consiglio è richiesto. Il teorico del diritto contemporaneo, e in particolare il teorico « purista », di osservanza logico-formale, non vuol fare neppure questo, poichè lo agita il sacro timore di venire tacciato, se lo facesse, di « giusnaturalista ». Il nostro teorico non entrerà mai, neppure in parte, nel merito; egli non si arrischierà assolutamente mai a dire — come teorico — non considerandolo affar suo, non solo a quali fini dovrebbe soddisfare un'azione giuridica, ma neppure quali comportamenti, *dati certi fini di quell'azione, possono qualificarsi leciti e quali vietati*. In luogo di ciò, egli preferirà unicamente avvertirci — al solito — che altro è il *dictamen rationis* ed altro il giudizio di valore giuridico, o discettare in astratto sulle caratteristiche logico-formali del giudizio di valore giuridico (qualunque esso sia) e della norma (qualunque essa sia) che ne discende.

Supponiamo a questo punto (per richiamare uno scherzoso esempio fatto da un economista, Jacques Rueff, e ripreso recentemente, proprio in questa Università, da un altro economista e giurista francese, Daniel Villey), che una norma giuridica, dotata — beninteso — di tutti i crismi della « validità » nel senso kelseniano e scarpelliano, prescriva che si distribuisca agli spettatori di un teatro, prima dello spettacolo, un numero di contromarche superiore al numero dei cappotti depositati da quegli spettatori nel guardaroba del teatro, e che inoltre la stessa norma (o altra, ugualmente « valida ») prescriva che venga dato un cappotto a chiunque si ripresenterà, con una contromarca, al guardaroba, alla fine dello spettacolo. A mio modesto avviso, la constatazione più importante che dovrebbe cominciare col fare il teorico del diritto in questo caso è che la norma non può essere attuata, perchè non sono soddisfatte tutte le condizioni per la sua attuazione e che la norma quindi dà luogo a conseguenze assai diverse da quelle che corrisponderebbero alla sua *ratio*. Aggiungo subito che proprio di questa questione — ossia della « natura di questa cosa » — si occuperebbe immediatamente il giurista che, nell'ambito del « positivismo giuridico », dovesse trattare l'argomento. Nonostante ciò, il nostro teorico del diritto cosiddetto « puro » o « logico-formale », continuerà unicamente a preoccuparsi di sapere se la norma sulle contromarche è *valida*, ossia se — essendo stata emanata con tutti i crismi di cui sopra — appartiene ad un ordinamento

che presenti le caratteristiche richieste per essere giuridico. Sul fatto che quella norma non abbia poi alcun senso per alcuna persona normale, dal momento che esistono più contromarche in tasca agli spettatori che cappotti nel guardaroba, il nostro teorico non avrà invece *nulla a ridire*, per la semplice ragione che non avrà — o meglio non vorrà avere — *nulla da dire*.

6. Ma vengo, per finire, a quella che chiamerei la *quarta ed ultima radice* dell'insufficienza delle cosiddette teorie « pure », o logico-formali, del diritto. L'indifferenza della teoria di fronte al rapporto necessario tra i fini e i mezzi dell'azione giuridica può corrispondere, e forse corrisponde, più spesso che non si pensi, alla convinzione (nutrita dall'autore della teoria) *che un tal rapporto sia irrilevante quando si tratti di perseguire sul piano giuridico un qualsiasi fine che appaia approvabile di per se stesso* (come il programma del « pollo in pentola », di Enrico IV, può apparire approvabile, indipendentemente da ogni accertamento sulla reperibilità di un numero sufficiente di polli per metterli nelle pentole dei sudditi del re). Quanto più, infatti, trascureremo di considerare se vi sono, e quali sono, i limiti, non solo logici, ma, se così posso dire, ontologici, di una qualsiasi azione giuridica, tanto più potremo illuderci di essere liberi — all'occorrenza — di perseguire un qualsiasi fine che ci sembri approvabile: che è poi l'illusione che sta al fondo di molti programmi politici e che si rivela spesso nell'ingenua espressione dell'uomo della strada: « Bisognerebbe fare una legge... ». Come se il solo fatto di emanare una norma (beninteso formalmente « valida »!) sia sufficiente a risolvere il problema di determinare i comportamenti corrispondenti.

Così accade che si possa essere, contemporaneamente (ad esempio) « rigorosi » cultori del formalismo logico e del « purismo » in sede di teoria del diritto, e ardenti utopisti in sede di ideologia politica, combattendo, in entrambi i casi, il cosiddetto « giusnaturalismo » che incorre, da un lato, nella « naturalistic fallacy » del Moore, e che vorrebbe, dall'altro, limitare la nostra presunta libertà di attuare un qualsiasi programma.

Per tornare all'esempio di Rueff, l'indifferenza della teoria « pura » per l'attuabilità della norma sulle contromarche può ben corrispondere all'illusione che basti emanare (purchè ciò avvenga, beninteso, nelle « dovute » forme) la norma stessa, per risolvere — eo ipso — il problema della moltiplicazione dei cappotti nel guardaroba del teatro.

Dobbiamo quindi sinceramente rallegrarci, io penso (e finisco), che due studiosi come Bobbio e Scarpelli abbiano aperto ora uno spiraglio verso una teoria veramente esplicativa del « positivismo giuridico », e più in generale del diritto, anche se forse essi non hanno ancora esaminato tutte le molte e formidabili implicazioni che il tentativo comporta.

BRUNO LEONI

POSITIVISMO GIURIDICO E ANALISI DEL LINGUAGGIO

di Luigi Bagolini

C'è un positivismo giuridico « psicologico », un positivismo « sociologico » e un positivismo « normativo » con i rispettivi caratteri enucleati, ad esempio, da K. Larenz (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlino, Gottinga, Heidelberg, 1960, p. 36 ss.); c'è un positivismo « naturalistico », un positivismo « razionalistico », ecc., secondo le caratterizzazioni che si trovano nella recente *Einführung in die Rechtswissenschaft* (Monaco, Berlino, 1964, p. 380 ss.) di H. Henkel.

L'espressione « positivismo giuridico » ha senza dubbio vari significati d'uso. Si tratta però di una espressione che, intesa in senso lato, indica in generale un atteggiamento mentale del giurista dottrinario e operatore, concernente il modo di fare il proprio lavoro e di intenderne la natura, l'oggetto e le finalità. Molti sono d'accordo sul fatto per cui condizione di tale atteggiamento mentale e operativo è l'intenzione di fare a meno di ogni presupposto giusnaturalistico e di certi presupposti metafisici.

Una analisi del positivismo giuridico deve pertanto essere rivolta a cogliere di volta in volta nei discorsi di singoli autori il significato e il senso che questa intenzione antigiusnaturalistica e antimetafisica è suscettibile di assumere nelle più diverse forme in cui si manifesta. A questo proposito le astratte definizioni generali e le presunte distinzioni, valide una volta per tutte, di positivismo e giusnaturalismo si rivelano spesso inutili e ingannevoli. Bisogna invece seguire il lavoro del giurista e coglierne di volta in volta le intenzioni operative caratterizzanti, evitando di partire da una nozione previa di positivismo giuridico, contrapposta a una nozione previa di giusnaturalismo, assunte, l'una o l'altra, come modelli da applicare, una volta per tutte, ai discorsi dei giuristi.

C'è, ad esempio, una intenzione operativa antigiusnaturalistica e antimetafisica che caratterizza il lavoro di Duguit, la quale può essere compresa soltanto nell'ambito del discorso di Duguit (vedi il mio articolo *Il metodo di Duguit*, in « Studi senesi », 1951, pp. 1-39); anche se poi Duguit è considerato da Kelsen (*General Theory of Law and State*, Cambridge-Mass., 1946², p. 127) e da altri autori un giusnaturalista. Il fatto è che la intenzione antigiusnaturalistica che caratterizza il lavoro di Kelsen si determina in un senso diverso rispetto alla intenzione antigiusnaturalistica che caratterizza il discorso di Duguit.

Volendo ridurre queste intenzioni operative diverse a un unico modello si esce dal positivismo giuridico e ci si sovrappone inutilmente e confusamente al lavoro e alle intenzioni dei giuristi.

Per vedere chiaro, bisogna, ripeto, analizzare i discorsi giuridici, senza partire surrettiziamente da modelli precostituiti e prefabbricati rispetto alle intenzioni operative dei giuristi; bisogna che l'analisi riesca, senza sovrapposizioni pseudoconcettuali, a rendere di volta in volta esplicite le intenzioni operative dei giuristi.

Oggi il cosiddetto positivismo guridico è spesso oggetto di certi tipi di analisi del linguaggio giuridico le quali si ispirano a punti di vista e a procedimenti che possono essere chiamati neoempiristici o neopositivistici.

Ora, anche in questi casi, secondo me, l'analisi del linguaggio rivela spesso il difetto di sovrapporre al lavoro del giurista punti di vista e modelli che sono estranei al lavoro del giurista e alle sue intenzioni operative.

Può accadere che si arrivi a curiose *situazioni* di divorzio fra il lavoro e le intenzioni del giurista operatore e i risultati di certe analisi del linguaggio giuridico le quali dovrebbero invece avere, secondo le intenzioni dei loro autori, la funzione di interpretare e rendere espliciti i discorso dei giuristi positivisti. Non ci si può rendere conto di queste *situazioni* senza fare degli esempi e senza riferirsi a qualche autore e a qualche problema specifico. Prendo perciò come esempio un recente saggio di analisi neopositivistica del discorso giuridico fatta da K. Olivecrona (*Legal Language and Reality*, in *Essays in Honor of Roscoe Pound*, Indianapolis, New York, 1962, pp. 151-191).

Olivecrona vuole essere in questo saggio interprete fedele del positivismo giuridico, vuole fare l'analista del linguaggio giuridico portando alle estreme e più chiare conseguenze quella intenzione antimetafisica e antigiusnaturalistica che appunto caratterizza il positivismo giuridico. A tal fine Olivecrona concentra la sua attenzione su di un concetto giuridico fondamentale e precisamente sulla modalità giuridica del « potere » prendendo come sua specificazione ed elemento di riferimento il diritto di proprietà.

Eliminato ogni presupposto metafisico, giusnaturalistico, essenzialistico, ecc., cosa resta del diritto soggettivo? Resta, secondo Olivecrona, una nozione direttiva. La nozione « diritto di proprietà » è appunto una nozione direttiva in quanto esprime principalmente la funzione di influenzare i comportamenti umani. In questa funzione consiste l'elemento caratterizzante del diritto soggettivo al livello di discorsi giuridico-positivi e a prescindere quindi da ogni fondamento ideologico individualista o da ogni pretesa corrispondenza del diritto soggettivo a un ordine naturale, razionale e necessario delle cose umane.

La proposizione « Tizio è proprietario di una casa » è, ad esempio, evocatrice di ciò che Tizio può o non può fare nei confronti di una casa. Questa proposizione è dunque direttiva in quanto ha una funzione paragonabile a quella del segnale di un semaforo, per cui Tizio « può » attraversare la strada al segnale verde del semaforo. Si tratta, è vero, di proposizione la quale — secondo Olivecrona — oltre che avere un carattere prevalentemente direttivo ha, secondariamente, una funzione di informazione. Tuttavia si tratta pur sempre di proposizione che non ci

rivela ciò che ostensivamente indica, che non ci rappresenta « qualcosa », che non è empiricamente verificabile come vera o come falsa, perchè non può rapresentarci direttamente un attuale e concreto rapporto fra Tizio e la casa.

Tizio ha un titolo legale: soltanto questo è — secondo Olivecrona — il contenuto dell'informazione che ci è offerta dalla proposizione « Tizio è proprietario di una casa ». Una siffatta informazione e altre di tipo analogo sono espresse da proposizioni e da contesti linguistici a cui non corrispondono propriamente fatti « estralinguistici ». Precisamente si tratta di proposizioni che, stando all'analisi di Olivecrona, non hanno significato perchè non corrispondono a fatti concreti e non sono di conseguenza empiricamente verificabili.

Tutta l'analisi di Olivecrona, che qui ho semplificato in poche parole riducendola all'essenziale, parte implicitamente ed esplicitamente da una premessa che consiste nel modo di concepire il « significato » di una proposizione.

C'è insomma una nozione di significato che è il presupposto del discorso di Olivecrona ed è in generale il presupposto di un tipo di analisi neopositivistica del positivismo giuridico che è stata, ad esempio, di recente esaminato criticamente da N. Egmont Christensen, in un libro, che mi sembra assai notevole, intitolato: *On the Nature of Meanings* (Copenhagen, 1961, p. 91 ss.).

Attraverso le analisi del linguaggio giuridico di questo tipo (in cui, secondo Christensen, rientrano, ad esempio, anche le indagini di Alf Ross), ci si appella, implicitamente o esplicitamente, a una nozione generale di significato per la quale i vari significati non sono pensati come immagini mentali o come idee o come oggetti astratti e neppure sono pensati, d'altra parte, semplicemente come « jobs or rôles ». Si tratta di analisi del linguaggio nell'ambito delle quali la « Bedeutung » non è intesa nè come la intende, ad esempio, Frege e neppure nel senso, ad esempio, della cosiddetta « Oxford philosophy ». Precisamente invece i significati sono pensati e presupposti come « objects and facts referred to ». Per cui, di conseguenza, proposizioni come questa, ad esempio, che è formata dalle parole: « Tizio è proprietario di una casa », sono proposizioni che non hanno significato in quanto non sono suscettibili di essere verificate empiricamente come vere o come false. Sono proposizioni le quali implicano soltanto conformità o non conformità rispetto ad altre proposizioni contenute nelle leggi o comunque appartenenti a contesti linguistici normativi.

Ebbene, è proprio questa previa concezione del significato ciò che, come dicevo, impedisce all'analista neopositivista del positivismo giuridico di adeguarsi al lavoro e alle intenzioni del giurista positivo. L'analista neopositivista crede di essere nella migliore condizione possibile che gli permetta di interpretare e di rendere chiare ed esplicite le intenzioni antigiusnaturalistiche dei giuristi positivisti e invece, ad un certo momento, i risultati della sua analisi si trovano in contrasto proprio con la sensibilità e gli intendimenti operativi dei giuristi.

Infatti due sono le conclusioni a cui giunge il discorso di Olivecrona e che mi sembrano difficilmente accettabili da parte di un giurista dottrinario e operatore che si professi giurista positivista. Si tratta di conclusioni che sono perfettamente coerenti rispetto alla nozione di significato presupposta da Olivecrona e che si riducono ai seguenti due punti:

Primo: Ci sono concetti fondamentali in cui si esprime, per così dire, la struttura stessa delle norme giuridiche (e quindi del linguaggio normativo). Questi concetti fondamentali, in quanto modalità normative (poteri, autorizzazioni, obblighi, ecc.) sono esprimibili in proposizioni direttive.

Secondo: Il discorso del giurista operatore dottrinale e del giurista operatore che pur voglia essere giurista positivista, di per se stesso non è nè un discorso direttivo nè un discorso scientifico, bensì soltanto ripetitivo e riassuntivo di ciò che le leggi dicono. Discorso direttivo è il discorso del legislatore, ma non il discorso del giurista; quest'ultimo, d'altra parte, non è neppure scientificamente significante in quanto non è empiricamente verificabile.

Ora è facile notare che queste due conclusioni urtano generalmente contro la sensibilità del giurista operatore e contro la coscienza che egli ha del suo proprio lavoro. Il giurista infatti, alla fin fine, non può accettare che dal suo discorso sia eliminato ogni carattere direttivo. Frede Castberg (*Problems of Legal Philosophy*, Oslo, Londra, 1957[3], p. 4 ss.) affermava, ad esempio, giustamente contro Alf Ross — e la sua affermazione vale anche contro Olivecrona — che alla funzione di una dottrina giuridica, alla funzione del giurista, è inerente un carattere direttivo in quanto è inerente lo scopo di determinare come possano e debbano essere risolti conflitti di interessi. A prescindere da questo scopo concreto qualunque dottrina giuridica resta un inutile e « trauriges Geschäft ».

D'altra parte, anche l'eliminazione del carattere scientifico del discorso dottrinale (scientifico in quanto verificabile come vero o come falso) urta — ripeto — contro il convincimento di molti giuristi che pure intendono essere dei giuristi positivisti e non dei giusnaturalisti. Ci troviamo insomma di fronte a una visione neopositivistica del positivismo giuridico che urta contro la sensibilità del giurista dottrinale e operatore il quale, in un certo senso, non riesce a rinunciare a una specie di fiducia sia sul carattere direttivo sia sul carattere scientifico positivo del suo discorso.

Evidentemente, per ciò che concerne l'aspetto della questione che qui mi interessa, vien fatto di chiederci semplicemente: chi ha ragione? Il giurista positivista o l'analista del linguaggio giuridico? Il giurista positivista che non si senta di accettare i risultati della ridetta analisi del linguaggio giuridico o l'analista che arriva a tali risultati e che magari, pur essendo una analista, intende essere anche un giurista positivista, come nel caso di Olivecrona e di Ross?

Secondo me, nell'eventuale contrasto accennato fra giurista positivista e analista del linguaggio giuridico, e nello stretto ambito in cui la rilevata questione si pone, l'errore, è dalla parte della interpretazione

neopositivistica del positivismo giuridico, non è dalla parte del giurista positivista.

In maniera analoga, nel contrasto fra il fisico operatore Max Born e una analisi neopositivistica del discorso scientifico, così come è denunciato in un suggestivo libro recente di Max Born (*Physik und Politik*, Gottinga, 1960, p. 10 ss.), l'errore mi sembra dalla parte dell'analisi neopositivista. E l'errore per ciò che qui interessa, consiste in una dogmatica distinzione — e conseguente alternativa — posta dall'analista. Per cui, da un lato, il linguaggio, anche nel campo sociale, politico e giuridico, sarebbe costituito da proposizioni principalmente direttive (e secondariamente tecnico-informative), in quanto tali prive di significato scientifico, cioè non suscettibili di essere propriamente verificate come vere o come false; mentre, d'altro lato, ci sarebbero proposizioni assertive e rappresentative, come tali significanti in quanto verificabili come vere o come false.

Questo errore, assai diffuso e alquanto istruttivo, concerne proprio il modo di concepire « *l'in che cosa* » consista il significato rappresentativo di una proposizione da parte di tutti coloro i quali (come anche Olivecrona e come Ross) credono che il significato di una proposizione consista in una relazione fra la proposizione stessa e una situazione di fatto, per così dire, « estralinguistica ». Per cui, di conseguenza, siccome, ad esempio, il potere — o il diritto soggettivo —, paragonato all'indicazione data dal segnale verde di un semaforo, non corrisponderebbe propriamente a una situazione di fatto, la nozione stessa di potere, non essendo rappresentativa di qualcosa, non avrebbe significato.

È invece evidente, io credo, che fra una proposizione assertiva, indicante semplicemente il fatto di attraversare la strada al segnale verde, e una proposizione direttiva, indicante la possibilità, o il potere attribuito, di attraversarla al segnale verde, è comune il medesimo significato. Il medesimo significato è, per così dire, il contenuto di entrambe le proposizioni. Non è esatto dire che soltanto una delle due proposizioni, quella assertiva, abbia significato e che la corrispondente proposizione direttiva, in quanto tale, non abbia significato. Affinchè l'autorizzazione ad attraversare la strada al segnale verde eserciti la sua effettiva funzione direttiva nei confronti dei suoi destinatari, bisogna che sia di fatto possibile attraversare la strada. Soltanto se è di fatto possibile attraversare la strada, l'autorizzazione ha significato: il significato è dunque, in questo caso, condizione imprescindibile della ridetta funzione direttiva.

In effetti il carattere direttivo di una proposizione non esclude che essa abbia significato, che possa cioè essere vera e falsa e che, essendo vera, implichi in se stessa la condizione imprescindibile della sua stessa funzione direttiva. Cade così la premessa — io credo — per la quale soltanto le proposizioni assertive possono essere proposizioni significanti a livello di un discorso al quale si voglia attribuire carattere scientifico.

Di conseguenza, per evitare il ridetto errore si può e bisogna operare, nei confronti di una interpretazione neopositivistica di fondo del positivismo giuridico, una trasposizione metodologica, bisogna cioè che la « situazione di fatto » nella sua complessità, invece che come termine

« estralinguistico » del significato di una corrispettiva proposizione, sia pensata come termine e come condizione della funzione stessa della proposizione, sia pensata come ciò che deve essere possibile e che deve essere vero affinchè la proposizione abbia una funzione, sia essa direttiva o semplicemente rappresentativa-assertiva. In definitiva — ripeto — l'attribuzione a Tizio del potere di attraversare la strada al segnale verde si esprime in una proposizione che è suscettibile di dirigere e influenzare il comportamento di Tizio in quanto è una proposizione vera; ed è vera in quanto attraversare la strada al segnale verde è di fatto possibile.

Da questo punto di vista concreto, cioè dal punto di vista della funzione, non c'è differenza fra significato di una proposizione direttiva e significato di una corrispondente proposizione assertiva, fra la proposizione che indica l'attribuzione del potere di attraversare la strada al segnale verde e la proposizione che indica il fatto di attraversarla.

La differenza concerne non il significato, ma il senso in cui rispettivamente le due proposizioni siano usate. Precisamente mi pare corretto e utile distinguere fra il *significato* di una proposizione e il *senso* della funzione di una proposizione.

Evidentemente, per cogliere la distinzione del senso di una proposizione direttiva rispetto al senso di una proposizione assertiva bisogna considerarne rispettivamente le funzioni in rapporto ai possibili destinatari. Ora alla funzione di una proposizione direttiva è connessa la tendenza a suscitare l'« assenso pratico » da parte dei destinatari. Per « assenso pratico » intendo quello simbolizzabile in un « sì » che esprima la disposizione effettiva ad agire nel senso indicato dalla proposizione stessa. La funzione di una proposizione direttiva rispetto ai suoi destinatari è quella di stimolare in certe condizioni ad agire in un certo modo.

Invece il senso di una proposizione assertiva, considerata anch'essa nella sua funzione rispetto ai suoi destinatari, postula semplicemente « l'assenso teorico » da parte degli stessi destinatari e cioè un « sì » che non significa *prima facie* disposizione ad agire. Esempio: « L'acqua bolle a 100 gradi »; assenso teorico: « sì, è vero ». Cioè il senso, e perciò la funzione immediata di una proposizione assertiva, è un senso informativo concernente la verità, e quindi il significato, della proposizione stessa. Per ciò che concerne la funzione di una proposizione assertiva rispetto ai suoi possibili destinatari, il senso coincide, in certo qual modo, col significato, il contenuto dell'assenso è il significato della proposizione stessa.

A differenza delle proposizioni assertive o rappresentative o descrittive, si può dire che in ciascuna proposizione direttiva, in quanto l'assenso implica una disposizione ad agire, il contenuto dell'assenso è costituito da un comportamento e non semplicemente dal significato della proposizione. Una proposizione direttiva per poter avere una funzione, deve avere un significato, però l'assenso che essa postula, in quanto proposizione direttiva, non ha come contenuto il suo significato bensì appunto una disposizione ad agire.

In definitiva, contro il tipo di interpretazione neopositivistica del positivismo giuridico alla quale mi sono riferito, bisogna dire che il

carattere direttivo del discorso in cui si esprime il lavoro del giurista positivista non esclude che il suo stesso discorso sia scientificamente significante.

Il carattere significante ed empiricamente verificabile del discorso giuridico, correlativo alla intenzione antimetafisica e antigiusnaturalistica del positivismo giuridico, può essere ben compreso se si elimina l'errore in cui cade l'analisi neopositivistica del linguaggio giuridico che ho qui preso in esame, errore peraltro molto istruttivo, che deriva come si è visto, da una arbitraria e non plausibile premessa concernente la nozione di « significato ».

D'altra parte, il punto di vista, qui appena accennato, mi sembra suscettibile di ulteriori e ben più articolati sviluppi, concernenti la funzione del discorso operativo del giurista rispetto ai suoi destinatari e potrebbe — credo — servire come introduzione a qualche utile riflessione sui caratteri differenziali di un discorso giuridico — che sia plausibile considerare scientifico e positivo — rispetto a un discorso scientifico fisico o naturalistico.

Comunque, quel che più importa è interpretare, chiarificare e rendere esplicita la intenzione operativa (il carattere e il senso funzionale) del discorso in cui si esprime di volta in volta il lavoro del giurista, evitando di partire da presupposti che siano rispetto ad esso estranei o contrastanti. Sotto questo aspetto si ripropone il problema di una analisi del positivismo giuridico che non sia influenzata da presupposti erronei e da pregiudizi i quali appartengono a un certo tipo di mentalità neopositivistica. E ciò senza entrare nel merito di una importante critica di fondo secondo cui nella analisi neopositivistica del linguaggio alla quale mi sono riferito, sarebbe surrettiziamente implicata una metafisica idealista (vedi, ad esempio, A. Schaff, *Introduction to Semantics*, Varsavia, 1964, p. 62 ss. e Born, *loc. cit.*).

LUIGI BAGOLINI

PER UNA APOLOGIA « GIUSNATURALISTICA » DEL POSITIVISMO GIURIDICO

di Alessandro Baratta

La discussione sul positivismo giuridico comincia a diventare una discussione distaccata e serena. Sembra ormai lontano il clima spirituale del primo dopoguerra, quando ogni aspetto della teoria del diritto si caricava della passione politica del momento e si trasformava immediatamente in materia del giudizio morale sugli avvenimenti del vicino passato. Rimane però irrevocabile la positiva tendenza, che in quel clima si sviluppò, ad un critica interna del pensiero giuridico, ad una indagine storico-culturale su di esso, che cerchi di coglierne alla radice i condizionamenti ideologici, e si trasformi così in vigile critica delle ideologie giuridiche.

Man mano che la distanza rende più riconoscibili i lineamenti stravolti di un mondo che ha assistito al macrabo connubio tra la violenza e il diritto, la polemica sul positivismo giuridico e sul giusnaturalismo viene perdendo il carattere di una inconciliabile guerra di religione ed entra in una dimensione più oggettiva e feconda. Il giudizio emozionale tende a cedere il posto alla serena disamina storica. Le riconosciute analogie nella storia dell'esperienza giuridica dei diversi paesi danno luogo alla ricerca di « tipi », di forme generali entro cui il rapporto tra violenza e diritto, tra legalità e giustizia, tra validità formale e obbligatorietà etica della regola giuridica può essere definito scolasticamente nei suoi aspetti paradigmatici. La analitica separazione dei diversi « significati » del positivismo e del giusnaturalismo e dei diversi, corrispondenti problemi in ordine ai quali l'alternativa tra positivismo giuridico e giusnaturalismo acquista un senso più preciso (il problema della validità, il problema della giustizia e dell'obbedienza alla regola giuridica, il problema del metodo nella formazione e nella interpretazione delle leggi) ha permesso di affrontare questa alternativa, forse per la prima volta nella storia della filosofia del diritto, in una maniera nuova, secondo la quale il positivo e il negativo, il « dare » e l'« avere », si distribuiscono tra i due termini a seconda di quelle diverse voci. A chi spetti il saldo attivo nella bilancia dell'esperienza giuridica, questo è un conto che, ormai si comincia a comprendere, può essere fatto solo con un puntuale riferimento a ben determinati capitoli della storia dell'esperienza giuridica.

Mi permetto qui di riferirmi ai risultati ai quali sono giunto in un mio recente lavoro dedicato ad un momento assai significativo della storia del diritto penale in Germania: quello che comprende i tre decenni che precedono l'avvento della dittatura nazionalsocialistica. Con questo lavoro (*) ho voluto contribuire, con una documentazione storica, ad un

(*) *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale. Aspetti teoretici e ideologici dello sviluppo della scienza penalistica tedesca dall'inizio del*

giudizio più sereno sul rapporto tra il positivismo giuridico e la degenerazione autoritaria dell'ordinamento giuridico tedesco dopo il 1933. Nella discussione su questo rapporto si riscontrano due principali difetti. In primo luogo gli argomenti per condannare o per difendere il positivismo giuridico sono stati tratti direttamente e quasi esclusivamente da ciò che si sa della dottrina e dell'esperienza giuridica durante il periodo totalitario (per le quali non disponiamo ancora di una letteratura adeguata e forse non è ancora maturo il tempo per un definitivo giudizio) e si è trascurato invece di considerare il periodo che lo precede e prepara, il quale, come la più autorevole storiografia dimostra, contiene la « chiave » indispensabile per comprendere l'involuzione della politica e della cultura tedesca dopo il 1933 (e d'altra parte, allo stato attuale delle nostre conoscenze, ci offre un terreno già in parte dissodato e più idoneo quindi ad un giudizio oggettivo).

In secondo luogo, la discussione sulla « responsabilità » del positivismo giuridico nei confronti del nazionalsocialismo ha sofferto della ambiguità del significato di quel termine, che è stato ed è spesso usato con significato diversi dai vari autori, per indicare alcune tesi o atteggiamenti del pensiero giuridico spesso avulsi dal contesto storico in cui sono sorti e comunque, come ormai si è riconosciuto, privi di un necessario rapporto di interdipendenza. Perciò il termine « positivismo giuridico » è stato non di rado il veicolo che ha introdotto nella discussione sulle « cause » della degenerazione autoritaria degli ordinamenti giuridici la carica emozionale o i giudizi di valore che i diversi interlocutori hanno ricollegato a quel termine. Esso rischia di diventare così la sintesi di ciò che dalle varie parti viene considerato « buono » o « cattivo » nella scienza e nella filosofia del diritto.

Io ritengo invece che, se consideriamo il positivismo giuridico alle sue origini e nei suoi sviluppi successivi, e nelle situazioni storiche concrete in cui esso ha agito e agisce, si possa e si debba distinguere, così come si può e si deve per il giusnaturalismo, tra un positivismo giuridico « buono » e un positivismo giuridico « cattivo ». Questa distinzione, presente nella coscienza giuridica, e spesso inconfessato presupposto di tante discussioni sul valore del positivismo giuridico e sulla « alternativa » tra esso e il giusnaturalismo (il che spiega come sia possibile il fatto, non raro, che inconciliabili sostenitori dei due opposti modi di vedere si trovino, con loro sorpresa, « d'accordo » nel momento più acceso e culminante di una di queste discussioni) non è affatto, a mio avviso, incompatibile con una definizione non meramente convenzionale, ma « esplicativa », del positivismo giuridico; cioè con una definizione che abbia come punto di partenza la coscienza giuridica e si proponga di chiarire il significato teorico e la funzione assiologica che essa collega alla nozione di cui ci occupiamo.

---

secolo al 1933, Milano, Giuffrè, 1966 (di imminente pubblicazione). Il testo di questa relazione, con alcuni cambiamenti e note, vi è premesso come introduzione, con il gentile consenso del prof. Bruno Leoni, cui si deve la riuscita iniziativa di questa « tavola rotonda » pavese.

Dal quadro delle tendenze del pensiero giuridico nei primi tre decenni del secolo risulta, mi sembra, abbastanza chiaramente la crisi del metodo logico-formale dell'interpretazione e la crisi del principio di legalità; che ritengo essere entrambi motivi originari del positivismo giuridico. Questo risultato getta molto dubbio sulla tesi, ancora oggi sostenuta, di una derivazione del pensiero giuridico nazionalsocialistico dallo spirito del positivismo giuridico. Lascio aperta la questione del rapporto del pensiero giuridico nazionalsocialistico con le correnti antiformalistiche e antipositivistiche, di cui ho avuto occasione di rilevare il ruolo svolto nell'ambito della scienza penalistica tedesca nel periodo autoritario: agli scopi del presente discorso è sufficiente che io accenni ad un risultato, al quale mi sembra di essere pervenuto nel corso della indagine storica surricordata. Esso consiste, se mi è lecito far un bilancio, nell'aver spostato i termini della questione, che non può essere risolta nel senso della derivazione necessaria di un atteggiamento di pensiero da uno che lo precede (derivazione che si traduce nel migliore dei casi nella tautologica identificazione del *post hoc* nel *propter hoc*) e di aver mostrato come il pensiero giuridico durante il nazionalsocialismo, di cui ho cercato di tracciare alcune linee, e quello dei tre decenni che lo precedono, si iscrivono nell'arco di una medesima crisi del diritto e della cultura tedesca, la quale affonda le sue radici negli albori dell'epoca di Guglielmo II. Sarebbe quindi superficiale adoperare l'anno 1933 come l'enfatico simbolo di una cesura tra due momenti dello sviluppo culturale e politico tedesco per ricucire poi questi due momenti tra loro attraverso il ricorso alla rappresentazione, storiograficamente assai improduttiva, di una relazione causale.

L'espressione « positivismo giuridico » è qui riferita a tre diverse tesi o significati, che essa può assumere nei confronti di tre corrispondenti problemi. Poichè questi problemi sono tra loro distinti, le tre tesi ad essi relativi non sono necessariamente interdipendenti e infatti non sempre le troviamo coesistere nelle teorie del diritto che consideriamo, per la presenza di almeno due di esse, come teorie di indirizzo « positivistico ». D'altra parte questi tre significati non esauriscono affatto l'intera nozione del positivismo giuridico quale è stata analizzata dalla letteratura recente, ed anzi sono stati trascurati volutamente alcuni possibili significati di questa nozione, che non interessano direttamente il periodo storico dalla cui analisi traggono spunto queste osservazioni, e che del resto io non considererei essenziali per una discriminazione del positivismo giuridico da altri atteggiamenti del pensiero giuridico.

Nel suo primo significato il positivismo giuridico si presenta come una teoria del diritto, che fa discendere la validità delle norme giuridiche esclusivamente dal fatto che esse sono poste da organi competenti a farlo secondo le norme che presiedono all'organizzazione dell'ordinamento giuridico. Questa teoria esclude quindi le teorie giusnaturalistiche, che fanno dipendere la validità delle norme del diritto dalla loro corrispondenza alla giustizia materiale o alla natura delle cose. In questo suo significato il positivismo giuridico è legato ad un

atteggiamento del pensiero, secondo il quale il diritto *come è* deve essere distinto dal diritto *come deve essere.*

Nel secondo significato il positivismo giuridico si presenta come una teoria dei valori, secondo la quale non è deducibile il dover essere dall'essere e quindi non sono dimostrabili i giudizi di valore, in particolare quelli aventi per oggetto il diritto *come deve essere.* In questo senso il positivismo giuridico si oppone al giusnaturalismo, il quale afferma la deducibilità dei contenuti della giustizia materiale dalla natura delle cose o dalla ragione umana e quindi la dimostrabilità dei giudizi di valore. Questa contrapposizione ideologica non ha però nulla a che vedere con il problema, di natura squisitamente morale, dell'obbedienza alla legge. In ordine a questo problema il positivismo giuridico può arrivare, per tutt'altra strada da quella del giusnaturalismo, a una conseguenza identica a quella cui questo conduce: non esserci cioè un dovere morale di obbedienza alla legge ingiusta, per lo meno quando l'ingiustizia supera un certo limite e diviene assolutamente intollerabile per la coscienza morale. Il giusnaturalismo arriva a questa conseguenza perchè esso nega la distinzione tra il diritto come è e il diritto come deve essere ed esclude quindi che la *legge* assolutamente ingiusta sia *diritto.* Il positivismo giuridico invece giunge a questa conseguenza in quanto esso resti fedele alla distinzione tra diritto come è e diritto come deve essere ed eviti quindi di confondere il diritto con la morale. In questo caso esso investe la coscienza morale del destinatario delle regole giuridiche della responsabilità di un giudizio sul loro contenuto e della decisione se obbedire o meno alla legge considerata ingiusta. Quando invece ci troviamo in presenza di una confusione fra morale e diritto, il positivismo giuridico scivola facilmente verso una morale legalistica, basata sulla idea che il diritto e lo stato siano depositari dell'eticità e che quindi le leggi giuridiche siano anche moralmente obbligatorie. È quanto avviene precisamente nel positivismo giuridico tedesco nel periodo esaminato.

Il principio positivistico: la legge è legge, il quale, sussistendo la distinzione tra diritto e morale, significa: la legge non è altro che legge (e quindi l'obbligo giuridico può e deve essere controllato dalla coscienza morale) diventa, quando questa distinzione è negata, il punto di partenza per l'abdicazione della coscienza morale del singolo di fronte al diritto, che viene considerato a priori come l'oggettivazione di princìpi etici. Ma qui non siamo in presenza di un corollario morale delle due tesi del positivismo giuridico finora illustrate: la validità del diritto è indipendente dalla giustizia e i contenuti materiali della giustizia non sono deducibili dall'essere o suscettibili di dimostrazione. Siamo piuttosto in presenza di una morale positiva basata sul mito dell'eticità dello stato e del diritto, e che conduce ad una notevole deformazione dei due princìpi del positivismo giuridico suaccennati. È facile infatti rendersi conto che tanto la teoria dell'indipendenza della validità del diritto dalla giustizia, quanto quella della indimostrabilità dei giudizi di valore e dei contenuti della giustizia materiale, vengono sostanzialmente negati dalla confusione tra diritto e morale. Essa infatti finisce con l'attribuire al diritto come è il significato del diritto come deve essere e per scambiare l'oggettività dei princìpi etici con quelli che sono fissati nell'ordinamento giuridico positivo e quindi, alla stregua di esso, universalmente accertabili.

Infine il positivismo giuridico si presenta come un metodo per la formazione e per la interpretazione delle leggi basato sull'idea della certezza del diritto, la quale è raggiunta attraverso l'impiego da parte del legislatore di fattispecie legali astratte e generali costruite con elementi descrittivi e valutativi di significato univoco, e attraverso la subordinazione dell'interprete alla volontà della legge con l'esclusione del ricorso a princìpi politici, morali, sociologici, non direttamente richiamati dalle leggi, per integrare o correggere il contenuto delle leggi stesse. Queste sono considerate quindi, sotto questo punto di vista, come un « sistema chiuso ». Questo metodo positivistico per l'interpretazione e la sistemazione scientifica del diritto, che tende ad escludere o limitare al massimo la libertà e la funzione creativa dell'interprete, si contrappone a certe correnti moderne come la *Scuola del diritto libero,* la *giurisprudenza sociologica* e il *realismo giuridico,* le quali direttamente o indirettamente si ricollegano all'idea del diritto naturale (« diritto vivente », nel linguaggio della Scuola del diritto libero). A questo diritto naturale o diritto vivente l'interprete dovrebbe riferirsi, e difatti si riferisce, secondo queste moderne correnti, per integrare il diritto positivo fissato dal legislatore e ricondurre le astratte fattispecie verso la concretezza delle situazioni della vita sociale.

Se passiamo, da questo confronto necessariamente astratto e schematico tra positivismo giuridico e giusnaturalismo in ordine ai problemi suindicati, ad una breve considerazione storica dei motivi di fondo originari che sono alla base dei movimenti di pensiero in Francia, in Inghilterra, in Germania, che si sogliono indicare come la tradizione del positivismo giuridico, i punti di contatto tra esso e la tradizione del giusnaturalismo moderno appaiono perlomeno altrettanto importanti delle divergenze. Positivismo giuridico e giusnaturalismo ci appaiono allora veramente, secondo una felice espressione del Bobbio, come « due fratelli nemici », anzi più che nemici, come fratelli, figli di una stessa epoca, portatori, il giusnaturalismo prima e poi il positivismo, delle medesime fondamentali istanze presenti nel pensiero giuridico dell'Illuminismo, teso verso l'affermazione della legge come garanzia della libertà e della certezza della sfera giuridica individuale e, corrispondentemente, verso la costruzione di un sistema di limiti giuridici del potere statuale. Sono queste idee che, costituendo il sotterraneo tessuto comune del moderno giusnaturalismo e del positivismo giuridico, rendono sterile ogni negazione che si voglia fare dell'uno in funzione dell'altro di questi due termini e non ancora tramontata, nei confronti del diritto e della società moderna, la funzione del positivismo giuridico, nonostante l'evidente superamento e invecchiamento di alcune sue tesi (basti pensare alle grandi difficoltà cui va incontro la tesi della completezza dell'ordinamento giuridico considerato come sistema chiuso).

In Francia il positivismo giuridico nasce con la *Scuola dell'esegesi*, in diretta dipendenza del movimento di idee che, per impulso del giusnaturalismo illuministico, condusse alla esaltazione del valore della legge astratta e generale come superamento dell'*Ancien régime* e garanzia della libertà, della sicurezza e della eguaglianza degli individui, e che trovò la sua espressione nella codificazione del 1802. Il principio di legalità, inteso nella sua origine giusnaturalistica e nel suo specifico significato ideologico, relativo al valore e alla funzione attribuita alla legge come garanzia della libertà individuale, ci dà ragione dell'ideale che la certezza del diritto rappresenta per l'opera della codificazione, tutta ispirata ai princìpi dell'unità e della semplicità del sistema legislativo, e del limite che essa poi assegna, nel pensiero dei rappresentanti della Scuola dell'esegesi, all'opera dell'interprete e in particolare del giudice subordinato, anche in omaggio al principio della divisione dei poteri, alla volontà oggettiva della legge che egli è chiamato non ad integrare o a correggere, ma solo a riconoscere e dichiarare. Ma, come si vede, la certezza del diritto, che è un principio fondamentale del positivismo giuridico della Scuola dell'esegesi, e che essa eredita, nonostante alcuni importanti spostamenti di accento che sono stati autorevolmente messi in rilievo, dal giusnaturalismo degli autori della codificazione, non è fine a sè stessa, bensì ordinata al fine della sicurezza dell'individuo nei rapporti intersoggettivi e nei rapporti con lo Stato.

L'autonomia dell'individuo, affrancata dall'arbitrio del potere attraverso la volontà generale o la razionalità stessa, che si esprime nella legge, è il valore che dà al principio di legalità e all'idea della certezza del diritto il suo storico ed inconfondibile contenuto. I loro corollari sono la chiarezza e l'univocità dei comandi del legislatore espressi in forma astratta (cioè tale da cogliere l'elemento tipico e universale delle situazioni della vita sociale, senza riferimento alla loro mutevole particolarità) e generale, (cioè rivolti alla generalità dei cittadini, considerati eguali e fungibili come destinatari della legge); il divieto di norme in bianco e di clausole elastiche, che lasciano all'arbitrio del giudice la concretizzazione dei criteri extragiuridici richiamati dal legislatore, e di norme retroattive, che privano il cittadino della possibilità stessa di conoscere i limiti precisi dell'azione lecita e le conseguenze giuridiche del suo comportamento; il limite rigoroso assegnato al procedimento analogico sulla base del principio della completezza dell'ordinamento giuridico, il quale principio priva quindi l'analogia di ogni funzione eterointegrativa nei confronti dell'ordinamento stesso. Così inteso, il principio di legalità, come garanzia dell'autonomia dell'individuo, è il sotterraneo legame che unisce direttamente il positivismo giuridico in Francia con il giusnaturalismo settecentesco di Rousseau, di Montesquieu e degli autori della codificazione napoleonica.

Questo fecondo motivo, che è alle origini del positivismo giuridico in Francia, viene gradatamente disconosciuto quando, nell'esasperarsi di una astratta polemica contro il giusnaturalismo, il positivismo giuridico finisce con lo svuotare del suo contenuto il principio di legalità riducendolo al formale e sterile nesso tra la legge e l'organo competente

ad emanarla e col trasformare la certezza del diritto, da mezzo per la sicurezza dell'individuo, in un fine riducendo così il valore del diritto all'astratta validità del comando, come avviene nel pensiero del Kelsen.

Nella tradizione giuridica inglese il positivismo giuridico, in una coerente linea di svolgimento che da Bentham e Austin giunge fino ai nostri giorni, raccoglie e realizza, in alcune sue importanti implicazioni, un motivo fondamentale, che rappresenta la conquista forse più decisiva e rivoluzionaria della Scuola del diritto naturale nel secolo XVIII nei confronti del giusnaturalismo classico e medioevale. Questo motivo, sviluppato soprattutto dal Thomasius e da Kant in Germania, è l'autonomia del diritto e della morale, la differenziazione di un ordine di criteri esteriori e coattivi del comportamento umano dai princìpi interiori e incoercibili, che trovano espressione nella coscienza dell'individuo.

Questa autonomia non vuol dire separazione o opposizione, ma possibilità logica, che emerge forse per la prima volta nella storia del pensiero giuridico con il moderno giusnaturalismo e poi con il positivismo giuridico, di instaurare una relazione tra diritto e morale, che riesca ad evitare il pericolo di ogni morale legalistica, derivante dalla confusione tra diritto e morale, il pericolo, cioè, « che il diritto esistente possa soppiantare la morale nel suo ruolo di supremo criterio di condotta, e così venga a sfuggire ad ogni critica » (Hart) e di porre così, accanto all'autorità tutta esteriore della legge giuridica, l'autorità tutta interiore della legge morale. Questa diviene in tal modo un criterio verso cui indirizzare e attraverso cui valutare e controllare il contenuto delle regole giuridiche positive.

Questa distinzione tra diritto e morale si incontra con lo spirito dell'etica moderna intesa come etica autonoma e non eteronoma: essa infatti implica, anche se ciò non è stato chiaramente intravisto dai fondatori del positivismo giuridico inglese, l'autonomia della coscienza morale dell'individuo nei confronti dell'autorità dello Stato. Tale affermazione è implicita nella tesi, decisamente affermata da Bentham e da Austin, secondo cui l'esistenza di una legge è una cosa che non deve venire confusa con il suo valore, l'essere deve venir distinto dal dover essere. Infatti, se la *validità*, ossia l'esistenza stessa delle regole giuridiche positive, è sottratta in tal modo alla dipendenza dal criterio morale della giustizia, il *valore* della legge, che non si identifica con la sua validità, è invece fatto tutto dipendere dal criterio morale della giustizia. Distinguendo in questo modo il fatto del diritto dal suo valore, il positivismo giuridico sottrae alla legge ogni unzione morale o religiosa e si mette in grado di porre il problema dell'obbedienza della legge, il problema della resistenza al diritto ingiusto, non in termini meramente giuridici, ma nei suoi autentici termini di un problema morale, che trova nell'autonomia della coscienza morale dell'individuo, nell'ordine etico che in essa si esprime, il suo fondamentale criterio di risoluzione.

Nel pensiero giuridico tedesco, infine, il positivismo giuridico nasce con la scuola storica (Hugo e Savigny) e trova la sua piena espressione nella dottrina pandettistica (Windscheid) e nella giurisprudenza

dei concetti (Laband, Jellinek, Bierling). L'ideale illuministico della scienza giuridica come sistema razionale di concetti, ricevette un impulso decisivo dalla kantiana scoperta dell'autonomia della categoria giuridica. Attraverso questa idea si esprime fin dalle origini del positivismo giuridico tedesco, nel pensiero di Anselm Feuerbach e di Gustav Hugo, i quali scrivono sotto la diretta influenza del giusrazionalismo di Kant, e nel pensiero del Savigny (il quale, nonostante la sua decisa opposizione al giusnaturalismo liberale, realizzò, come è stato giustamente notato dal Boehmer, il programma giusnaturalistico di una sistemazione unitaria del diritto privato) e poi più compiutamente nella giurisprudenza dei concetti, un altro fondamentale motivo del giusnaturalismo moderno: l'affermazione dell'autonomia della scienza giuridica. Questa affermazione risale al fondatore stesso della moderna Scuola del diritto naturale, Hugo Grotius.

Se essa era stata pensata dal Grozio due secoli prima in ordine al problema di dare alla giurisprudenza autonoma dignità scientifica, rendendo indipendenti i suoi princìpi dalla teologia e cercando di fondarla non più sul principio di autorità, ma sullo stesso metodo empirico razionalistico delle nuove scienze della natura, così ora, mentre il pensiero tedesco è rivolto alla fondazione dell'autonomia delle scienze dello spirito, il problema che il positivismo giuridico tedesco si pone è quello di fondare la scienza giuridica come una delle scienze dello spirito o della cultura, e d'altra parte di stabilire la sua autonomia entro il novero di queste, liberando il suo metodo e i suoi princìpi da ogni contaminazione con l'etica, la politica, l'economia, la sociologia. L'indipendenza logica e metodologica della scienza del diritto dalla politica, già intravista dal Savigny, diventa con il Laband e gli altri rappresentanti della giurisprudenza dei concetti la bandiera stessa del positivismo giuridico e segna, con una linea unitaria che giunge fino alla *dottrina pura del diritto* (Kelsen), il più significativo sforzo che la scienza giuridica moderna, della quale l'opera del Grozio costituisce in questo senso l'atto di nascita, compie per raggiungere la consapevolezza del proprio peculiare metodo e della propria autonomia e per costruire un sistema chiuso e autosufficiente di concetti, cioè un linguaggio rigoroso.

Se dalla Germania allarghiamo di nuovo lo sguardo all'intesa prospettiva europea, vediamo convergere in questo sforzo di realizzare l'idea groziana dell'autonomia della scienza giuridica la tradizione della giurisprudenza analitica del positivismo giuridico inglese (Austin) e quella della giurisprudenza dei concetti del positivismo tedesco. Questa idea della completezza logica del sistema dei concetti della scienza giuridica, autosufficiente ed escludente quindi il ricorso ad ogni forma di etero-integrazione, corrisponde poi all'idea della certezza e della completezza dell'ordinamento giuridico quale sistema codificato di garanzie della libertà individuale e di limiti del potere statuale, che in seguito all'affermazione del giusnaturalismo illuministico nella codificazione napoleonica, costituisce il motivo centrale del positivismo giuridico francese.

Autonomia dell'individuo e contrapposizione della certezza della legge all'arbitrio, dell'eguaglianza dei destinatari delle norme giuridiche al sistema del privilegio proprio del diritto signorile; autonomia della coscienza morale e contrapposizione della sua interiore autorità alla autorità esteriore del diritto, spogliata della sua pretesa obbligatorietà etica; autonomia della scienza e del metodo giuridico e contrapposizione della rigorosa oggettività del sistema giuridico alla soggettività dei criteri giuridici e teologici affidati all'attività etero-integrativa dell'interprete: ecco alcune idee che sono alla base del moderno positivismo giuridico. Queste idee assegnano al positivismo giuridico, rispetto al moderno giusnaturalismo, un ruolo non soltanto alternativo, ma anche complementare, in ordine alla ragione di esistenza del diritto astratto moderno, che la tradizione razionalistica della filosofia moderna, con l'opera di Kant, di Hegel e di Marx, ha chiaramente indicato, non solo come valore, ma anche come limite invalicabile della funzione del diritto nei confronti della *società civile*: la funzione cioè di garantire, in un sistema certo e riconoscibile di rapporti giuridici impersonali, l'autonomia degli individui intesi non nella loro qualità morale di persona, ma nella loro astratta qualità di soggetti di diritto, e quindi non uniti nel vincolo comunitario dell'opera comune e dell'amore, ma distinti come atomi fungibili del meccanismo contrattuale della produzione e dello scambio.

Le analisi storiche sul movimento di idee che è alla base degli indirizzi presi dalla scienza giuridica di questo secolo non hanno raggiunto ancora un sufficiente sviluppo; esse rientrano oggi tra i compiti salienti di una filosofia giuridica, che non voglia essere solo una filosofia *sul* diritto, ma voglia diventare il momento centrale della riflessione critica interna all'esperienza giuridica. Se è lecito tuttavia fare un provvisorio bilancio dei risultati in questo campo acquisiti, possiamo dire che essi ci portano a capovolgere o almeno a modificare decisamente il giudizio affrettato che, nel primo dopoguerra, ha coinvolto il positivismo giuridico tra i responsabili della malattia attraversata dagli ordinamenti giuridici europei durante le recenti dittature e nei tempi immediatamente precedenti ad esse.

Una più oggettiva eziologia ci permette ora di porre in relazione questi processi degenerativi non tanto con il positivismo giuridico, quanto piuttosto con la sua crisi e cioè con lo svuotamento del principio di legalità, con il venir meno del principio della certezza del diritto, con l'oscurarsi della distinzione tra diritto e morale, tra forma giuridica e realtà sociale, in una mistificante esaltazione del valore morale del diritto e della sostanza etica dello Stato, che si traduce poi nella subordinazione incondizionata dell'imperativo morale al comando dell'autorità costituita e, d'altra parte, con l'affermarsi, nella tecnica legislativa e nella scienza giuridica, di tendenze antiformalistiche e irrazionalistiche, dirette ad accentuare la funzione degli elementi assiologici della fattispecie giuridica, a promuovere l'impiego delle clausole in bianco da parte del legislatore, a superare il principio di legalità con il diretto richiamo, nella concretizzazione del diritto, alla « sana morale popolare », ed infine, quel che è peggio, a prestare all'autorità dello Stato l'avallo

incondizionato di pretesi « valori » direttamente emergenti dalla vita della nazione o dallo « spirito del popolo ».

Siamo ora in grado di affermare che le conseguenze dell'asservimento del diritto alla violenza furono ben più gravi là dove al servizio della violenza si vennero a trovare una scienza giuridica e una giurisprudenza, che si erano ormai allontanate dal principio positivistico della certezza del diritto e militavano sotto una confusa ideologia, dalla quale la funzione del diritto veniva dilatata fino ad abbracciare l'intera sfera dell'eticità: essa, nella mente dei suoi sostenitori, voleva essere appunto il « superamento » del positivismo giuridico. E del resto, a ribadire il completo superamento di questa dottrina, non mancarono nemmeno coloro che misero la mistificante ideologia nazionalistica e totalitaria della « comunità popolare » sotto l'insegna di un « nuovo » giusnaturalismo (Dietze).

La *responsabilità* del positivismo giuridico nella degenerazione autoritaria degli ordinamenti giuridici, specialmente per quanto riguarda la Germania, viene dunque posta seriamente in dubbio. Nè si può fare a meno di estendere questo dubbio dalla eziologia di queste degenerazioni alla terapia e alla profilassi alle quali si fece ricorso nel primo momento: le fondazioni giusnaturalistiche, ontologiche (la *natura del fatto*) ed etiche del diritto non riscuotono più quella illimitata fiducia che in esse era stata riposta dal movimento neogiusnaturalistico del primo dopoguerra, che rappresentò la prima reazione critica alla catastrofe dell'ordinamento giuridico nazionalsocialistico, reazione con la quale iniziò il processo di restaurazione degli ordinamenti democratici.

Oggi, guardando con più sereno distacco il processo di degenerazione autoritaria degli ordinamenti giuridici, e analizzando oggettivamente i fattori che lo determinarono e lo condizionarono in diversi paesi, non ci sentiamo più di sottoscrivere il giudizio di condanna del positivismo giuridico: questo in realtà era stato già largamente « superato » quando quel processo entrò nella fase decisiva. Con il principio di legalità e la netta distinzione tra diritto e morale, con queste che sono tra le sue più importanti affermazioni, il positivismo giuridico non avrebbe certo potuto impedire alla violenza di asservire ai propri fini il diritto, ma avrebbe almeno potuto porre un duplice limite a questo processo di degenerazione.

In primo luogo, per quanto ingiuste e inumane fossero le regole giuridiche di cui si servì la violenza per instaurare e sancire il proprio dominio, tuttavia, esse avrebbero pur sempre costituito un limite certo della violenza e circoscritto l'ingiustizia entro confini riconoscibili, se nella loro interpretazione dottrina e giurisprudenza fossero rimaste ancorate al principio di legalità. Il male sarebbe stato definito e riconoscibile, e quindi minore. Invece, una volta superato il limite oggettivo delle fattispecie giuridiche, l'ingiustizia perse anche il goffo paludamento della legalità formale, che, se non serve a nobilitarla, per lo meno ha l'effetto positivo di impacciarne i movimenti e di renderne più denunziabili le insidie. Fu facile allora scivolare dall'ingiustizia perpetrata nella forma del diritto verso il puro ed illimitato terrore. Un esempio chiarirà meglio questo pensiero. La « legge sulla protezione del sangue e dell'onore tedesco » del 1934 puniva severamente le relazioni extraconiugali tra ebrei e tedeschi. Si trattava certamente di una legge inumana e ingiusta: ma questa inumanità e questa ingiustizia divennero ben più gravi, allorchè questa legge venne applicata secondo una larga interpretazione teleologica, tenendo conto, più che dell'elemento descrittivo della fattispecie (le relazioni extraconiugali), del « bene giuridico » protetto e dello scopo del legislatore. È così che caddero sotto la sanzione di questa legge anche semplici manifestazioni erotiche.

In secondo luogo, e questo è molto più importante, il positivismo giuridico avrebbe fornito la base per una più valida resistenza morale contro il diritto ingiusto. La distinzione tra legalità e moralità, tra validità e giustizia, avrebbe impedito la fatale mistificazione di ogni regola giuridica in un obbligo morale, in un aspetto imperioso della più profonda « eticità », che impone alla coscienza individuale di piegarsi di fronte ai valori incarnati nel destino storico di una nazione e di una razza. Un atteggiamento positivistico non avrebbe lasciato questo alibi alla coscienza individuale dei giuristi e dei cittadini; esso avrebbe invece contribuito a mantenere aperto il problema morale dell'obbedienza alla legge ingiusta e avrebbe sottratto così al sistema autoritario buona parte di quel consenso etico, che esso purtroppo riuscì a carpire con il mito della « sana morale popolare ». In questo senso spetta allo Hart e al Bobbio, e ai loro allievi, il merito di avere ripreso e ravvivato una illuminata tradizione del pensiero giuridico inglese illustrando, non senza un diretto riferimento all'esperienza giuridica recente, l'importanza della positivistica distinzione tra diritto ed etica, come di una dottrina dalla quale l'esigenza del controllo morale sul diritto positivo non riesce affatto diminuita, bensì rafforzata.

Se, senza essermelo affatto posto come un programma precostituito per le indagini storiche svolte, mi è avvenuto di dare un contributo alla apologia del positivismo giuridico, ciò è derivato da una serena riflessione sui dati storici esaminati nel corso delle mie ricerche sulla storia del diritto penale tedesco, la quale mi ha fatto cosciente di quanto fu fatale per la scienza giuridica tedesca l'abbandono del principio di legalità e della separazione tra diritto e morale. Mi sembra ora che queste ricerche storiche sul pensiero giuridico e penalistico tedesco vadano a collegarsi, in modo tutt'altro che occasionale, con i risultati cui sono pervenuto in altri lavori, dedicati alla critica di alcuni atteggiamenti giusnaturalistici del pensiero giuridico contemporaneo. E se dunque, a questo punto dello sviluppo dei miei studi, mi accorgo di trovarmi « impegnato » nel superamento della astratta polemica tra giusnaturalismo e positivismo e nella doverosa rivalutazione delle « buone ragioni » che il positivismo giuridico ha sempre da far valere contro ogni sua negazione basata sull'interpretazione dell'esperienza giuridica recente, non posso fare a meno di precisare in questa occasione, anche se in modo forse troppo succinto e meramente programmatico, ciò che per me il positivismo giuridico rappresenta come atteggiamento di pensiero nei confronti della realtà sociale e culturale: e cioè proprio l'atteggiamento

opposto a quello che ripone una illimitata fiducia nel valore della legalità e attribuisce una decisiva importanza al diritto nella considerazione delle cose di questo mondo. La rivalutazione del positivismo giuridico discende per me piuttosto dal netto rifiuto di ogni visione pangiuridica della realtà sociale, di ogni identificazione di questa con la forma giuridica, di ogni sopravvalutazione del compito che spetta al diritto tra i fattori cui è affidato il progresso umano. In questo senso il « ritorno » al positivismo giuridico rappresenta, se non il punto di arrivo, una tappa importante del cammino che conduce, attraverso la puntuale critica delle ideologie giuridiche, alla demitizzazione del diritto, o, se si vuole, alla demistificazione della categoria giuridica, dirigendosi così verso una fondazione razionale e realistica della teoria del diritto.

Questa mia « difesa » del positivismo giuridico deriva infatti da una posizione di pensiero che vuol restare legata ad un sano e « positivo » scetticismo sulla situazione umana: essa corrisponde ad una immagine abbastanza realistica dello « stato civile » e si contrappone a quelle ideologie giuridiche e politiche che cercano di farci dimenticare che questo stato civile non è ancora diventato qualcosa di fondamentale diverso da una artificiale correzione dello « stato di natura » e che è proprio il diritto il « grande artifizio », che permette all'egoismo di svilupparsi in condizioni di maggiore sicurezza e agli uomini e ai gruppi sociali di continuare a sopraffarsi a vicenda con qualche migliore speranza di sopravvivere (almeno per coloro che hanno la forza dalla loro parte).

È questo un insuperabile pessimismo? Non lo è e non vuole esserlo. Ma per superare questa visione disincantata della realtà umana non basta certo « superare » con generosi tratti di penna, o con idee ancora più generose, il positivismo giuridico, che da questa visione discende: occorre prima aver cambiato la realtà che in essa si rispecchia. Ma, quando questo sarà avvenuto, anche la polemica sul positivismo giuridico avrà perso ogni sua ragion d'essere. Per ora essa ci serve a tener desto lo sguardo e a non illuderci che la società sia sana solo perchè la vediamo camminare appoggiata alla stampella del diritto. Alla civiltà il diritto non può offrire altro che questa stampella per il suo vacillante cammino. Se esso riuscirà a garantire un minimo di sicurezza alla esistenza individuale e un limite certo e riconoscibile del comportamento lecito, ci avrà dato tutto quanto è in grado di darci. L'esperienza storica recente e lo squallido crepuscolo di tutte le mistiche comunitarie, di cui la violenza politica ha amato ammantarsi, ci ammonisce contro la pericolosa tentazione di trasferire nello strumento coercitivo del diritto quelle speranze per il progresso verso una società migliore, che solo è dato riporre nella decisa lotta politica per l'emancipazione umana e nell'affermazione incondizionata degli incoercibili valori morali.

ALESSANDRO BARATTA

DIRITTO E LOGICA IN HANS KELSEN

di Mario G. Losano

1. *Introduzione.* Per poche dottrine giuridiche si è tanto parlato di logica quanto per la dottrina pura del diritto. Poichè 'logica' è termine non univoco, il suo uso ha dovuto subire un radicale ripensamento nell'ormai più che cinquantennale evoluzione della dottrina pura. Tale ripensamento si colloca in quella fase del pensiero di Kelsen, in cui egli, costruito il sistema, mira ad eliminare le contraddizioni intrasistematiche (1). In particolare, l'analisi dell'applicazione dei principî logici al diritto costituisce la più recente evoluzione della dottrina pura. Essa, infatti, è successiva alla seconda edizione della *Reine Rechtslehre* e si colloca nel quinquennio 1960-65.

Hans Kelsen ha parlato di logica — pur senza delimitare il termine — nelle sue opere principali. Tuttavia soltanto nella *Reine Rechtslehre* (1960) si è occupato di problemi logici nel senso tecnico del termine, affermando la possibilità di applicare al diritto il principio di contraddizione e le regole di inferenza. Nel successivo articolo *Derogation* (2), invece, dimostra l'inapplicabilità dei principî logici al diritto, con specifico riferimento al solo principio di contraddizione. Nel

---

(*) In questo scritto rielaboro completamente le rapide osservazioni formulate nel corso della Tavola Rotonda sul Positivismo Giuridico, tenutasi a Pavia il 2 maggio 1966. Il dibattito si soffermava, tra l'altro, sul carattere logico della dottrina pura del diritto. Secondo Norberto Bobbio, nel *working paper* di Bruno Leoni (*A proposito della teoria del diritto e del positivismo giuridico*, in « Il Politico », 1966, n. 2, pp. 222-236) era rilevabile un eguagliamento tra « positivismo giuridico e formalismo, e anzi formalismo logico. In realtà, il giuspositivista che parla di formalismo si riferisce soprattutto alla teoria di Kelsen, la quale non è affatto un formalismo logico, bensì un sistema dinamico di successive delegazioni di potere » (*Resoconto della Tavola Rotonda sul Positivismo Giuridico*, in « Il Politico », 1966, n. 2, p. 364). Bruno Leoni, a sostegno della sua tesi, citava un brano della *Teoria generale del diritto e dello stato* (*loc. cit.*, p. 366). A questo punto si inseriva il mio tentativo di chiarire la portata del termine 'logica' in Hans Kelsen; riprendo qui il discorso, adducendo quegli argomenti testuali che sarebbe stato impossibile esporre nel corso del dibattito.

Traduco '*Soll-Norm*' (e gli equivalenti '*Norm*', '*Rechtsnorm*', '*vorschreibende Norm*' ecc.) con 'norma', 'norma giuridica'; '*Soll-Satz*' (o gli equivalenti '*Rechtssatz*' ecc.) con 'proposizione normativa'. Traduco '*Aussage*' con 'asserzione', mentre uso 'affermazione' solo nel senso più stretto del termine, cioè di 'asserire accettando'. Ho cercato di ridurre le oscillazioni sinonimiche dei testi originali a questi vocaboli fondamentali, per dare all'esposizione la massima chiarezza compatibile con la sinteticità, imposta dalla natura filologica di questo lavoro.

(1) Cfr. il *Saggio introduttivo* all'edizione italiana de *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, p. LV.

(2) Hans Kelsen, *Derogation*, « Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound ». Prepared by the American Society for Legal History. A cura di Ralph A. Newman. The Bobbs-Merrill Co., Inc., Indianapolis-New York 1962, pp. 339-61.

1965, infine, il saggio *Recht und Logik* (3) — rispondendo negativamente al quesito sull'applicabilità al diritto dei principî logici in generale — completa il capovolgimento delle asserzioni su diritto e logica contenute nella *Reine Rechtslehre* (1960).

Questa nota — puramente espositiva — dovrà, in primo luogo, stabilire in quale senso sia stato usato il termine 'logica' nel corso dell'elaborazione dottrinaria che ha il suo compimento nella *Reine Rechtslehre* (1960); in secondo luogo, esporre quali motivi abbiano reso necessario un successivo ripensamento; in terzo luogo, infine, analizzare il contenuto dei due saggi *Derogation* e *Recht und Logik*.

2. *Uso tecnico ed atecnico di 'logica' prima della Reine Rechtslehre (1960)* Già nelle prime pagine della prima opera di dottrina pura si parla di 'logica': «L'opposizione tra essere e dover essere è di natura logico-formale (*formal-logisch*) e, finchè ci si muove nell'ambito logico-formale (*formal-logische Betrachtung*), i due mondi si fronteggiano, divisi da un insuperabile abisso» (4). Quando, nella medesima opera, si espone il dualismo di *Sein* e *Sollen*, l'aggettivo 'logico' è costantemente contrapposto a 'psicologico'. Quest'uso di 'logica' si può ricondurre a Georg Simmel e ad Arnold Kitz, cui Kelsen si richiama nell'esposizione del dualismo fra essere e dover essere. Se ci si chiede che cosa significhi 'logica' in questo contesto, si deve concludere che solo apparentemente il vocabolo è usato in senso tecnico; in realtà, esso significa 'metodologicamente corretto', cioè conforme al principio, secondo cui non è lecito affastellare elementi non omogenei (nel nostro caso, elementi di *Sein* e di *Sollen*) in un medesimo ragionamento. Accettato il dualismo fra essere e dover essere (e, con esso, l'impossibilità di dedurre l'uno dall'altro), la scienza giuridica pura viene definita una «*insbesondere von soziologisch-psychologischen und politischen Elementen gereinigte Rechtstheorie*» (5).

A questo punto si rivela la natura equivoca del termine 'logica'. Possiamo distinguere due sottospecie del suo uso atecnico:

a) 'logica' è termine definito puramente *ex negativo*: invece di non-psicologismo, non-sociologismo ed apoliticità della dottrina pura del diritto, si può parlare più semplicemente di un suo logicismo. Ma allora bisogna essere consapevoli del fatto che questa logica non è lontana dalla definizione che ne dà il linguaggio ordinario: «arte di ben pensare, e di ben usare della ragione, nel diffinire, dividere e argomentare» (6);

b) 'logica' sta per 'formalismo': quando Kelsen parla di «*formal-logische Betrachtung*», l'aggettivo «*logisch*» è pleonastico. Quest'uso di 'logica' è più preciso, ma pur sempre atecnico. Infatti, la dottrina pura del diritto è una teoria formale del diritto ed il formalismo del suo procedere presenta una stretta analogia con il formalismo del ragionamento logico. Come la logica si propone di dire se un'asserzione *può* essere vera (e non se, in concreto, una certa asserzione *è* vera o no), così il formalismo kelseniano si propone di dire quale norma *può* esser considerata valida norma giuridica. Questo parallelismo, tuttavia, non deve portare ad un eguagliamento tra 'logica' e 'formalismo', poichè fra i due non v'è corrispondenza biunivoca: proprio l'identificarli è causa dell'atecnicità di questa accezione del termine 'logica'.

È a questi usi atecnici di 'logica' che si richiamano molti studiosi di Kelsen. Basti per tutti Alf Ross, che parla di una «logica inesorabile» del pensiero kelseniano e proprio in essa vede il nerbo della dottrina pura: «la forza d'attrazione di quest'opera non è dovuta ad alcuna idea rivoluzionaria, ma alla *logica* con cui Kelsen sviluppa le premesse del positivismo giuridico» (7). 'Logica' è qui usato come sinonimo di 'logicità', 'correttezza metodologica', 'consequenzialità', 'coerenza ai proprii principî' e, in fondo, 'purezza metodologica' in senso strettamente kelseniano. Infatti Alf Ross, dicendo che la dottrina pura è 'logica', riconosce soltanto che essa ha conseguito lo scopo che si proponeva, cioè la rigorosa costruzione d'una teoria giuridica fondata sul solo *Sollen*.

Tra uso atecnico ed uso tecnico di 'logica' non v'è incompatibilità. Il primo uso include il secondo, almeno nel senso che, con il primo, si designano anche i risultati ottenuti ricorrendo ai mezzi offerti dal secondo: la dottrina pura del diritto è logica perchè, per esempio, le proposizioni di cui si compone sono correttamente dedotte le une dalle altre, perchè esse non si contraddicono e così via. Un'accezione di 'logica', tanto generica quanto questa ora esposta può esser utile nel linguaggio ordinario, ma è pericolosa in quello scientifico. Infatti, con la seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960), accanto all'uso atecnico, si riscontra anche un uso tecnico del termine 'logica'. Con questo, la stessa parola viene a designare due cose diverse.

Un avvertimento si rende qui necessario: Hans Kelsen non parla di un passaggio dall'uso atecnico all'uso tecnico del termine 'logica' nei suoi scritti; tale distinzione è una mia ipotesi di lavoro, al fine di spiegare il capovolgimento delle sue concezioni sui rapporti tra diritto e logica. Un richiamo al testo kelseniano può essere chiarificatore. Kelsen parla di «applicare i principî logici [...] al rapporto fra norme giuridiche, *così come la dottrina pura ha fatto sin dall'inizio*» (8). Alla luce del recente ripensamento — che nega tale applicazione — questo passo può voler dire: 1) la dottrina pura è caratterizzata non già dall'applicazione di principî logici (in senso tecnico) ai rapporti fra norme, bensì

(3) Hans Kelsen, *Recht und Logik*, in «Forum», 1965, n. 142, pp. 421-425; n. 143, pp. 495-500.

(4) Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Tübingen 1911, p. 8.

(5) Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen 1920, p. V.

(6) Lorenzo Nesi, *Dizionario ortologico-pratico della lingua italiana*, Milano-Pavia 1825, *sub vocem* «Logica».

(7) Alf Ross, *Diritto e giustizia*, Introduzione e traduzione di Giacomo Gavazzi, Torino 1965, p. 65 [sottolineatura mia].

(8) Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Saggio introduttivo e traduzione di Mario G. Losano, Torino 1966, p. 91 [sottolineatura mia].

da una rigorosa logicità dell'esposizione (' logica ' in senso atecnico); oppure, 2) la dottrina pura è caratterizzata dall'applicazione di principî logici (in senso tecnico) ai rapporti fra norme. Ora, se ' logica ' è sempre usato in senso tecnico, l'ulteriore evoluzione rappresenterebbe una frattura nella *Begriffsbildung* kelseniana; se, invece, ' logica ' è usato in senso ora tecnico ora atecnico, l'ulteriore ripensamento — mentre consolida e razionalizza l'intera costruzione — non richiederebbe, al massimo, che una diversa formulazione dei passi analoghi a quello sopra citato. Di qui, a parer mio, l'opportunità di distinguere il senso tecnico da quello atecnico di ' logica '.

3. *' Logica ' nella Reine Rechtslehre (1960).* Nella *Reine Rechtslehre* (1960) si parla di problemi logici in due punti distinti: nel capitolo « Diritto e scienza » e nel capitolo « Dinamica del diritto » (9).

Nel capitolo dedicato a « Diritto e scienza », il discorso sulle proposizioni descrittive e prescrittive porta a discutere la possibilità di applicare i principî logici ad entrambe. Tali principî sono senz'altro applicabili alle proposizioni descrittive, che possono essere vere o false; ma possono essere applicati anche alle proposizioni prescrittive, che invece vogliono essere valide? Kelsen risponde: « I principî logici possono essere applicati a norme giuridiche, se non direttamente, almeno indirettamente, nella misura in cui essi sono applicabili alle proposizioni giuridiche che descrivono queste norme giuridiche: le proposizioni giuridiche possono infatti essere vere o false » (10).

Nella nomodinamica, il discorso sulla norma fondamentale introduce il problema dell'« unità dell'ordinamento giuridico » e dei « conflitti di norme » (11). L'unità di un ordinamento giuridico *deriva* dal fondarsi su un'unica norma fondamentale; tale unità *si esprime* nella descrizione dell'ordinamento giuridico mediante proposizioni non contraddittorie. La definizione di « unità logica dell'ordinamento » è quindi la seguente: « Questa unità si esprime *anche* nel fatto che un ordinamento giuridico può essere descritto in proposizioni giuridiche le quali non siano in reciproca contraddizione » (12). Che cosa vuol esprimere quell'« anche »? In primo luogo, che l'unità dell'ordinamento giuridico può esprimersi in vari modi (e lasciamo ora senza risposta il quesito: quali sono gli altri modi in cui si esprime tale unità?); in secondo luogo, che non basta una contraddizione fra proposizioni giuridiche per far venir meno l'unità dell'ordinamento giuridico.

Questa ed altre incertezze nella formulazione sembrano adombrare un dubbio, ancora inespresso, nei riguardi della pur asserita applicabilità dei principî logici alle norme giuridiche: e questo dubbio porta Hans Kelsen ad attenuare molte affermazioni, quasi per evitar di costruire su fondamenta malsicure. Quest'incertezza si ritrova a proposito

(9) *Op. cit.*, p. 91 sg., p. 231 sgg.
(10) *Op. cit.*, p. 91.
(11) *Op. cit.*, p. 231.
(12) *Ibid.* [sottolineatura mia].

del conflitto di norme: « Questo conflitto *non* è una contraddizione logica *nel senso stretto del termine*, sebbene si dica, comunemente, che due norme si « contraddicono » (13). A prima vista, la spiegazione è semplice. Date le asserzioni ' A è ' - ' A non è ', una delle due è falsa; il principio di contraddizione si applica direttamente, quindi siamo in presenza di una contraddizione logica *in senso stretto*. Date invece le norme ' L'adulterio deve essere punito ' - ' L'adulterio non deve essere punito ', si applicherà il principio di contraddizione alle proposizioni normative che descrivono queste norme giuridiche valide; una delle due proposizioni normative (riteneva Kelsen nel 1960) risulterà falsa e, pertanto, la norma giuridica da essa descritta non sarà valida. Il principio di contraddizione è qui applicato indirettamente, quindi siamo in presenza d'una contraddizione logica *in senso lato* (14).

Questo passo, però, suscita problemi più gravi: 1) le due norme contraddittorie sono entrambe valide, quindi le proposizioni che le descrivono sono entrambe vere: il principio di contraddizione non viene applicato neppure al livello delle proposizioni descrittive; 2) la quanto mai problematica analogia — anzi, identificazione — fra verità e validità è data per scontata, ma non dimostrata. Di questi due problemi, il secondo è estraneo alla presente nota, oltre che superato dall'evoluzione del pensiero kelseniano; sul primo problema, invece, si fonda l'ulteriore ripensamento di Kelsen: è di esso, pertanto, che ci dovremo occupare.

4. *' Logica ' in Derogation.* Nel 1962, lo studio *Derogation* consente a Kelsen di riaffrontare l'analisi del rapporto fra logica e diritto. Esaminerò soltanto le parti del saggio strettamente legate a quest'ultimo problema, omettendo ogni considerazione sulla natura e sulle funzioni della norma derogatoria. La derogazione (14-*a*) è uno dei mezzi per ri-

(13) *Op. cit.*, p. 232.
(14) L'esposizione di Kelsen è molto cauta e conferma l'impressione d'incertezza di cui s'è parlato. Se i principî logici sono applicabili indirettamente, « *es ist somit keineswegs so abwegig, zu sagen, dass zwei Normen einander widersprechen* » (*Reine Rechtslehre*, Wien 1960, p. 210 = p. 232 trad. it.). Su questa assolutoria con formula dubitativa si fonda un'asserzione più recisa: « quindi soltanto una delle due [norme in conflitto] può essere considerata oggettivamente valida » (p. 232 trad. it.). Questa tortuosa ammissione d'un parallelismo fra proposizioni descrittive e prescrittive consente a Kelsen di concludere: « Un conflitto di norme rappresenta dunque un'assurdità pari ad una contraddizione logica » (p. 232 trad. it.).

(14-*a*) Uso il neologismo « derogazione » perchè Hans Kelsen, con « *derogation* », indica sia l'abrogazione implicita d'una norma giuridica sia la deroga ad una norma giuridica. Preferisco il neologismo alla ridefinizione *ad hoc* di uno dei due termini italiani, perchè questi ultimi, nel diritto positivo italiano, hanno un ben preciso significato: l'art. 15 D.Gen. statuisce il principio *Lex posterior derogat priori* con le parole « le leggi non sono *abrogate* che da leggi posteriori [...] »; gli artt. 28 e 29 c.p.c. — aventi per oggetto la *deroga* alla competenza per territorio regolata dall'art. 18 c.p.c. — stabiliscono quali parti dell'art. 18 c.p.c. non sono derogabili, sottolineando così il carattere parziale della deroga. Quindi, ' derogazione ' (totale) corrisponde ad ' abrogazione ' (implicita); ' derogazione ' (parziale) corrisponde a ' deroga '; ' derogazione ' ad ' abrogazione e deroga ', *tout court*.

solvere un conflitto di norme: con ciò, Kelsen riprende il discorso iniziato nella *Reine Rechtslehre* (1960), proponendo però una soluzione diametralmente opposta.

In quest'ultimo scritto, riconosce Kelsen, il ragionamento era viziato dal non aver tenuto conto del fatto che un conflitto di norme in tanto esiste, in quanto le norme in conflitto sono entrambe valide (cioè esistenti). Ora si pone il problema, se le due proposizioni che descrivono due norme antinomiche soggiacciano al principio di contraddizione. Kelsen risponde di no: infatti le due proposizioni, descriventi due norme valide ed in conflitto, sono entrambe vere. (Falsa è soltanto la proposizione normativa che esprime un dover essere diverso da quello contenuto nella norma da descrivere: ciò che avverrebbe, per esempio, se la norma giuridica « Il furto deve essere punito con la reclusione » venisse descritta con la proposizione normativa « Il furto deve essere punito con l'ammenda » ovvero « Il furto è punito con la reclusione »).

A questo punto diviene insostenibile la già citata affermazione contenuta nella *Reine Rechtslehre* (1960), secondo cui « un conflitto di norme rappresenta un'assurdità pari ad una contraddizione logica » di asserzioni. Il parallelismo tra conflitto di norme e contraddizione di asserzioni è venuto meno: infatti, mentre, se v'è contraddizione logica tra asserzioni, per il principio di contraddizione una delle due asserzioni è necessariamente falsa, invece due norme in conflitto sono — *ex hypothesi* — ambedue valide (e quindi le proposizioni descrittive che veridicamente le descrivono sono ambedue vere).

La conclusione, cui Kelsen perviene in *Derogation*, è pertanto diametralmente opposta a quella contenuta nella *Reine Rechtslehre* (1960): « Un conflitto di norme non è una contraddizione logica e non può neppure essere paragonato ad una contraddizione logica » (15).

Individuata così la *natura del conflitto* di norme, si impone la revisione dei mezzi da adottare per la *soluzione del conflitto* stesso. Uno dei possibili mezzi è la derogazione: tuttavia, come il conflitto di norme non è una contraddizione logica, così il principio di derogazione non è un principio logico. La derogazione è funzione d'un'apposita norma giuridica, distinta dalle due norme in conflitto: si può dire che la prima è norma metalinguistica, mentre le seconde sono norme linguistiche.

La norma (posta o presupposta) che attua la derogazione suona *Lex posterior derogat priori.*

Nel 1962, Kelsen respinge questo principio per due motivi: 1) *La formulazione del principio* sembra affermare che la derogazione è funzione d'una delle due norme in conflitto, e precisamente di quella posteriore; tutto il saggio *Derogation*, invece, tende a dimostrare che la funzione derogatoria compete ad una terza norma metalinguistica, la norma derogatoria, che ha caratteristiche sue proprie: in particolare, essa ha per oggetto soltanto la validità di altre norme, mentre le norme in conflitto hanno per oggetto comportamenti od omissioni di comportamenti; 2) *L'uso del principio* è errato: poichè il conflitto di norme non è una

(15) Hans KELSEN, *Derogation*, cit., p. 351.

contraddizione logica, non lo si può risolvere ricorrendo ad un principio logico. Ed il principio romanistico è non già un principio logico, bensì una norma giuridica, o tacitamente presupposta, o esplicitamente posta. Esso, infatti, non ha quella portata generale che è propria dei principî logici: 1') esso può, ma non deve necessariamente, essere applicato a conflitti di norme; 2') esso può essere applicato solo se o statuito positivamente o tacitamente presupposto dal legislatore; 3') esso, anche se statuito, può essere applicato soltanto a conflitti tra norme giuridiche paritetiche (in caso di conflitto tra la costituzione ed una legge ordinaria ad essa successiva e con essa in contrasto, invece, si avrebbe *Lex prior derogat posteriori*); 4') le norme in conflitto, oltre che paritetiche, devono essere anche cronologicamente distinte, perchè il principio *Lex posterior derogat priori* non può evidentemente essere applicato a norme emanate contemporaneamente.

In particolare, riferendosi al punto 2'), Kelsen specifica che « i principî della derogazione sono norme giuridiche positive » in questi tre casi (16): 1'') esiste una disposizione costituzionale che stabilisce la nullità (o l'annullabilità, sia *ex tunc* sia *ex nunc*) di norme in contrasto con la costituzione; 2'') Il legislatore adotta una norma e presuppone « *as self-evident* » che la norma antecedente perda la propria validità se entra in conflitto con quella più recente; 3'') Il legislatore ritiene (« *to take for granted* ») che, in caso di conflitto, entrambe le norme siano invalide ovvero che l'organo preposto alla loro applicazione possa scegliere quella che ritiene opportuno applicare.

Ma, in realtà, mi sembra che soltanto per il primo dei tre casi si possa parlare di una norma giuridica *positiva*; negli altri due casi si tratta piuttosto d'una mera consuetudine interpretativa o d'una prassi giudiziaria.

5. *'Logica' in Recht und Logik.* In *Recht und Logik*, Hans Kelsen dimostra l'inapplicabilità al diritto tanto del principio di contraddizione quanto delle regole d'inferenza. Qui è sufficiente esaminare come Kelsen respinga l'applicazione al diritto delle regole d'inferenza: infatti, gli argomenti contro l'applicazione al diritto del principio di contraddizione sono quelli già esposti in *Derogation.*

Per una corretta impostazione del problema, bisogna distinguere tra l'applicazione di un principio logico ad asserzioni e la sua applicabilità a norme. Analizziamo un esempio addotto da Kelsen. Data l'asserzione « Tutti i ladri sono puniti », la verità di questa asserzione si esprimerà dicendo « La norma generale ⟨ Tutti i ladri devono essere puniti ⟩ (α) è applicata » (a). Non v'è dubbio che, dall'asserzione (a), si possa inferire l'asserzione (a') del seguente tenore: « La norma individuale ⟨ Il ladro Schulze deve essere punito ⟩ (α') è applicata » (a') (asserzione che sta ad indicare la verità dell'altra asserzione « Il ladro Schulze è punito »). È dubbio, invece, se dalla norma generale (α), contenuta in

(16) *Op. cit.*, p. 354 sg.

(*a*), debba logicamente essere inferita la norma individuale (a'), contenuta in (*a'*). In breve: se $a \rightarrow a'$, è forse corretto dire $a \rightarrow a'$? Kelsen risponde negativamente.

Quando parla di norme giuridiche, Kelsen intende sempre e soltanto norme giuridiche positive, cioè statuite. Dovrà dunque esistere una persona che statuisce norme, una persona, cioè, il cui atto di volontà ha, soggettivamente ed oggettivamente, il senso d'una norma giuridica. Ora, un atto di volontà non è un'operazione intellettuale (*Denkakt, Denkoperation*); pertanto, quanto è proprio del primo non è necessariamente proprio anche della seconda. Se dico « Tutti gli uomini sono mortali » e « Socrate è un uomo », nelle due premesse è già implicita la conclusione « Socrate è mortale ». Ma se dico « Tutti i ladri devono essere puniti » e « Schulze è un ladro », non è lecito inferire « Schulze deve essere punito ». Infatti, perchè la norma individuale sia valida, è necessario che essa venga statuita dall'autorità competente; però nulla esclude che la volontà di quest'ultima — pur essendo valida la premessa maggiore e vera quella minore — si formi in modo tale, da statuire « Il ladro Schulze *non* deve essere punito ».

V'è, dunque, una netta differenza tra sillogismo teoretico e sillogismo normativo, se così lo si vuol chiamare. Nel primo, si parla di ' asserzioni ' e si pensa a frasi effettivamente pronunciate o comunque espresse, mentre in realtà ciò non è necessario: Kelsen consiglia di parlare di applicazione di principî logici non alle asserzioni, bensì al « senso contenuto » nelle asserzioni stesse (*Sinngehalt*): « *Der Aussageakt ist weder wahr noch unwahr, nur sein Sinngehalt kann wahr oder unwahr sein* » (17). Nel cosiddetto sillogismo normativo, invece, è possibile conoscere qual è la conclusione derivante dalle premesse soltanto quando il giudice competente si è pronunciato, cioè quando ha statuito la norma individuale. Non si può sostenere che il legislatore, statuendo la norma generale, voglia punire anche il ladro Schulze, che può non essere ancor nato: « Soltanto il tribunale, accertato che Schulze ha rubato un cavallo a Meier, può volere che il ladro Schulze debba andare in prigione. E il giudice è un uomo diverso dal legislatore: il suo atto di volontà non può essere implicito in quello d'un altro uomo » (18).

Descrivendo questo procedimento — diverso dalle regole d'inferenza, proprie del sillogismo teoretico — giunge a compimento la dimostrazione dell'inapplicabilità dei principî logici al diritto. Ma questa inapplicabilità non significa, per Kelsen, totale mancanza di rapporti logici fra norme giuridiche sia generali, sia individuali. Due norme giuridiche generali, aventi diverso grado di generalità, oppure la norma giuridica generale e la norma giuridica individuale che da essa deriva la propria validità, sono legate da un rapporto logico di sussunzione: « questa sussunzione è logicamente analoga alla sussunzione d'una rappresentazione concreta in un concetto astratto » (19). Si è quindi in presenza

(17) Hans Kelsen, *Recht und Logik*, cit., p. 496.
(18) *Op. cit.*, p. 497.
(19) *Op. cit.*, p. 499.

d'un rapporto logico; ma bisogna precisare che: 1) tale rapporto logico *non* si riferisce alla validità delle norme in questione; 2) esso ha funzione contemporaneamente conoscitiva e volitiva. Infatti, si ha sussunzione quando il giudice accerta, in concreto, una fattispecie prevista, in astratto, dal legislatore; questa sussunzione « è parte essenziale del procedimento con cui si produce il diritto » (20), cioè, in altri termini, è un elemento indispensabile alla formazione della volontà del giudice.

6. *Esiste una logica giuridica?* Se i principî logici non sono applicabili al diritto, Kelsen si chiede quale senso abbia parlare d'una logica giuridica, cioè di « una logica applicata dalla scienza del diritto soprattutto alle norme giuridiche » e diversa « dalla comune logica formale (*allgemeine formale Logik*) » (21). Si ritiene che il ricorso all'*argumentum a simili* (o analogia) ed all'*argumentum a maiore ad minus* siano tipiche applicazioni di questa logica giuridica.

Ricorrendo all'analogia, l'organo giudicante crea diritto nuovo: unici limiti — in realtà puramente illusori — sono il rispetto dello spirito della legge e la somiglianza della fattispecie da giudicare con la fattispecie prevista dalla norma, statuita ma non applicabile. Ma chi è, se non il giudice, che determina in che consiste sia la somiglianza sia lo spirito della legge? Il richiamo allo spirito della legge, in particolare, è una finzione destinata a far ritenere che il diritto nuovo, posto in essere dal tribunale, derivi da quello già statuito. « Quando la giurisprudenza tradizionale parla d'una decisione giudiziaria *per analogiam*, non si è affatto in presenza d'una deduzione, in cui la validità della norma individuale, contenuta nella sentenza, è logicamente dedotta dalla validità d'una norma generale positiva; ciò di cui si è effettivamente in presenza è la statuizione (autorizzata dall'ordinamento giuridico vigente) d'una norma individuale, che non corrisponde ad alcuna norma giuridica generale e sostanziale, cioè dal contenuto ben precisato » (22).

Per l'*argumentum a maiore ad minus*, Kelsen si richiama alla definizione ed all'esempio addotto da Ulrich Klug (23). Poichè il legislatore prescrive espressamente di non punire il correo che informa la polizia prima della realizzazione del progetto criminoso, è prassi costante dei tribunali tedeschi lasciar impunito anche colui che, con il suo comportamento, impedisce il verificarsi del reato. Questo avviene perchè, si dice, *se* il legislatore avesse pensato a chi impedisce in qualunque modo il reato, avrebbe prescritto di non punirlo. In realtà, il legislatore non ci ha pensato, almeno nel senso che non esiste alcuna statuizione positiva al riguardo: « Ma, con ciò, non si deduce dalla validità d'una norma generale la validità d'un'altra norma generale, bensì — sulla

(20) *Ibid.*
(21) *Ibid.*
(22) *Ibid.*
(23) Ulrich Klug, *Juristische Logik*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958, p. 137.

base d'una considerazione teleologica — si ritiene già esistente la validità d'una norma non statuita positivamente. Dal punto di vista teleologico ciò può anche essere giustificato, ma è fuor di dubbio che non si tratta d'una qualche forma di deduzione logica» (24).

Vengono così meno le pietre angolari su cui si regge la costruzione d'una specifica logica giuridica. Anche nel diritto, è sempre la logica tradizionale che trova applicazione, illimitata nel caso delle proposizioni normative e limitata nel caso delle norme giuridiche.

7. *Conclusione.* Duplice è l'importanza teorica delle nuove concezioni kelseniane sui rapporti fra diritto e logica: da un lato, è stato fornito un contributo che alimenterà considerevolmente il dibattito sulle proposizioni descrittive e prescrittive; dall'altro, è stata eliminata un'impropriętà terminologica ed una contraddizione intrasistematica, in una costruzione teorica che già aveva raggiunto un notevole grado di coerenza. A questo proposito, bisogna sottolineare che la purezza della scienza giuridica ha una duplice radice: la totale eliminazione d'ogni influenza di elementi extragiuridici e la precisa delimitazione, all'interno della scienza giuridica stessa, delle insostituibili tecniche ragionative offerte dalla logica. Infatti, circoscrivendone il campo d'azione, Kelsen riconquista alla scienza del diritto àmbiti ritenuti proprii di un'altra disciplina.

Il ripensamento kelseniano si rivela continuazione dei più caratteristici pensieri critici contenuti nella *Reine Rechtslehre* (1960).

L'esigenza d'una rigorosa formulazione delle norme viene ripresa allorchè si analizza il modo in cui si può ridare validità ad una norma estinta per mezzo d'una norma derogatoria (25); a proposito delle norme che vengono talora formulate come asserzioni (26); a proposito dei problemi connessi con la derogazione in testi di legge contenenti più articoli (27). L'esigenza di una maggior certezza del diritto trova espressione anche nella richiesta di formulare esplicitamente certi presupposti tacitamente accettati, quali il principio *Lex posterior derogat priori* (28). Infine, denunciando quanto si cela dietro lo spirito della legge, cui si ricorre nell'interpretazione analogica, Kelsen continua la lotta contro le finzioni, intrapresa sulle orme di Hans Vaihinger fin dal 1919 (29).

A pieno diritto, pertanto, questa *appendix logica* può essere considerata un coerente proseguimento e perfezionamento della *summa* di dottrina pura, pubblicata sei anni or sono.

MARIO G. LOSANO

---

(24) Hans KELSEN, *Recht und Logik*, cit., p. 500.
(25) Hans KELSEN, *Derogation*, cit., p. 341.
(26) *Op. cit.*, p. 342.
(27) *Op. cit.*, p. 348.
(28) *Op. cit.*, p. 354.
(29) Hans KELSEN, *Recht und Logik*, cit., p. 499; ID., *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 186, 278 sg., 332.

Intervento di Guido Fassò

Mi dispiace di non avere avuto la diligenza, di cui hanno dato prova i colleghi che hanno parlato prima di me, di preparare un intervento scritto e perciò meditato ed organico. Confesso di essere stato colto di sorpresa dall'annuncio di questa Tavola Rotonda e di essermi limitato a ridare uno sguardo ai due volumi di Bobbio e di Scarpelli che avevo letto al momento della loro pubblicazione. Parlo quindi disordinatamente, riferendomi ad aspetti diversi di questi due libri, accennando ai problemi più gravi che secondo me essi suscitano e alle tesi in essi contenute che mi hanno lasciato un po' perplesso. Del volume di Bobbio apparirà prossimamente una mia recensione sulla «Rivista di diritto civile», e perciò mi riferirò ad esso molto brevemente, rinviando chi volesse conoscere la mia opinione in proposito più particolareggiatamente alla detta recensione.

Debbo dire che, in complesso, mi trovo d'accordo con ciò che ha detto Leoni nella sua relazione, anche se, per la mia scarsa competenza in materia economica, non avrei saputo servirmi degli argomenti — che mi sono apparsi molto efficaci — da lui ricavati dal confronto tra teoria del diritto e teoria dell'economia. Delle «quattro radici» dell'insufficienza delle teorie logico-formali del diritto e del positivismo giuridico mi sembra particolarmente rilevante quella che Leoni ha elencato come terza: il fatto cioè che l'atteggiamento «puro» o «logico-formale» costituisce per lo studioso un espediente comodo e relativamente facile per trattare del diritto semplificando arbitrariamente il problema di quest'ultimo, che non è semplice e neppure semplificabile. Naturalmente non voglio dire con questo che i teorici puri e i giuspositivisti ricorrano ad arte ad espedienti per faticare meno davanti a problemi complicati; quello che mi sembra è che essi, proprio per la loro lodevolissima tendenza a preferire le idee chiare e i discorsi rigorosi, vogliano avere idee troppo chiare e fare discorsi troppo rigorosi quando la materia è di per sé tale che di fatto non consente nè totale chiarezza di concetti nè totale rigore di argomentazioni; e che per ottenere lo scopo — in sè stesso, ripeto, lodevolissimo, ma in certi campi materialmente impossibile da raggiungere — semplifichino artificiosamente i problemi, ingannando non certo gli altri, ma sè stessi. Per fare un paragone approssimativo e grossolano, ma che forse può far meglio capire che cosa intendo dire, mi sembra che l'atteggiamento dei nostri amici giuspositivisti sia un po' come quello di uno studioso di anatomia che, davanti alla complessità del corpo umano, costituito da un intrico di sistemi e apparati eterogenei, nervoso, digerente, circolatorio, respiratorio o che so io, e desideroso di fare sul corpo umano un discorso assolutamente rigoroso, che non gli fosse consentito che dalla trattazione del sistema osseo, dicesse: «il vero corpo umano è lo scheletro: tutto il resto, sì, sembra che ci sia, ma non è essenziale e quindi non lo prendo in considerazione: io faccio un bel trat-

tato sull'uomo come sistema di ossa, e chi si occupa del sangue o dei nervi o dei muscoli è un giusnaturalista che vive ancora nel medioevo».

In altre parole, io ho l'impressione che Bobbio e Scarpelli (dato che in pratica si sta parlando di loro) si siano lasciati tentare dalla sirena del *sistema*; e che al sistema abbiano sacrificato la realtà della materia che essi trattavano, cioè del diritto, scarnificandolo fino a che non hanno avuto in mano quella sola parte di esso che si adatta a essere posta in sistema; e che quindi facciano un discorso assolutamente astratto, che prescinde in modo totale dalla realtà, dalla storia: facendo esattamente ciò che facevano i vituperati giusnaturalisti del Sei e del Settecento, che proprio alla costruzione di un sistema razionale di diritto sacrificavano la realtà storica del diritto medesimo. Chiedo scusa di dover accusare di giusnaturalismo persone per le quali temo che «giusnaturalista» sia poco meno che un insulto, ma non posso fare diversamente.

Così mi sembra che, sempre per il piacere estetico che in loro desta il sistema, i nostri amici chiudano alquanto di occhi davanti agli aspetti del positivismo giuridico suscettibili di un giudizio diverso da quello «estetico» relativo alla perfezione, all'armonia del sistema logico-formale. E qui capisco di ricorrere ad argomenti banali, perchè ormai è banale, ed abusatissima, l'accusa al positivismo giuridico di essere un possibile strumento di dispotismo: la cosiddetta *reductio ad Hitlerum*. D'altro canto, non è detto che un argomento, perchè è abusato, non debba esser valido; chiedo perciò ancora scusa, e mi richiamo un momento anch'io a questo aspetto del positivismo giuridico: tanto più che dal libro di Bobbio (che raccoglie scritti di varia data, che vanno da sette od otto anni fa fino al 1965) mi sembra di capire che anche lui, che in passato non riteneva valida questa specie di argomenti, ultimamente li prenda in considerazione. Proprio nell'*Introduzione*, che è il più recente degli scritti compresi nel volume, Bobbio riconosce infatti (p. 12) che, se nei primi tempi del regime fascista la difesa positivistica della legalità operò in senso progressivo e liberale, invece «quando la dittatura si fu imposta e la macchina dello stato totalitario ebbe cominciato a funzionare regolarmente, dando corso alla 'nuova legalità', la concezione positivistica del rispetto alle leggi servì benissimo proprio all'uso contrario, cioè a inculcare l'obbedienza all'autorità, a spegnere ogni velleità di resistenza, a giustificare ogni delitto purchè fosse compiuto in nome di un comando ricevuto da un potere almeno formalmente legittimo». Tuttavia Bobbio ritiene che ciononostante il positivismo giuridico conservi tutta la sua validità come *teoria* del diritto; perchè l'accoglimento di esso come teoria non ne implica necessariamente l'approvazione come ideologia.

Ora qui mi sembra che si pecchi un'altra volta di astrattismo. In astratto, si possono certamente distinguere come piani diversi, sui quali del diritto si può trattare separatamente, quelli della giustizia, della validità e dell'efficacia. È una distinzione che appunto Bobbio ha resa, potrei dire, popolare, e che è di molta utilità soprattutto nel campo didattico, nel quale infatti me ne servo volentieri anch'io. Ma questi tre piani sui quali noi possiamo astrattamente considerare il diritto in concreto

interferiscono fra loro e si implicano in modo inestricabile. Isolarli come se non comunicassero fra di loro mi sembra, non tanto erroneo sotto l'aspetto metodologico, quanto pericoloso sotto quello politico. Ricorrerò ad un altro paragone, rozzo e forse ridicolo come quello di poco fa, ma, credo, non privo di efficacia. La tigre è un animale bellissimo; la sua pelle ha vivaci colori, il suo corpo è snello e flessuoso, la sua andatura è agile ed elegante. Sul piano estetico, io ho della tigre un concetto altissimo; e, sempre sotto l'aspetto estetico, mi piacerebbe molto possederne una e tenermela in casa. Però, poichè mi risulta che sul piano, anzichè estetico, pratico (e potremmo anche dire «politico») questo animale bellissimo ha la cattiva abitudine di mangiare gli uomini, io, nonostante tutta la mia ammirazione per la sua bellezza, una tigre in casa non la voglio: perchè è vero che il piano estetico e il piano pratico sono distinti; ma la tigre concreta partecipa disgraziatamente di entrambi, e, pur bella com'è, non esiterebbe a mangiarmi.

Ora mi sembra che Bobbio, almeno adesso, a questo ci abbia pensato; e che, pur non rinunciando a tenere in casa la tigre per la sua bellezza, ritenga che sia prudente rinchiuderla in gabbia: il che è già una notevole concessione agli avversari di essa, ed è già l'ammissione di un forte dubbio sull'opportunità di concederle troppa familiarità. Scarpelli invece no: Scarpelli la tigre se la vuol tenere in casa libera; non solo, ma vorrebbe che ce la prendessimo in casa tutti, perchè secondo lui non soltanto è bella, ma è anche buona: anzi è quella che ci difenderebbe da altri animalacci che non solo non si possono mettere in sistema logico-formale, e quindi son brutti, ma sono anche, a differenza dalla povera tigre, veramente cattivi.

A differenza, dicevo, dalla povera tigre. Questa infatti, secondo Scarpelli, lungi dall'esser feroce, è vittima della ferocia altrui. In particolare è vittima del fascismo. Infatti, fin dalla copertina del suo libro, è detto che fra i molti cattivacci che attaccarono e attaccano il positivismo giuridico, ci fu appunto il fascismo; e nella prima pagina si ribadisce che a quest'ultimo esso è «sopravvissuto». A questo proposito però non mi sembra fuor di luogo ricordare che nel codice civile prefascista, liberale, del 1865 c'era — nell'art. 3 delle preleggi — dimenticato nel compatto edificio giuspositivistico, un piccolo buco, attraverso il quale infatti qualcuno tentò di far passare (o, se vogliamo, di contrabbandare) un poco di giusnaturalismo. Tutti ricordiamo la prolusione del 1920 di Giorgio Del Vecchio *Sui principî generali del diritto*, in cui il ricorso ai princìpi generali del diritto, stabilito da quell'art. 3 per il caso di lacune non colmabili per *analogia legis*, veniva inteso come ricorso al diritto naturale: interpretazione discutibile forse, ma senza dubbio possibile. Tanto possibile che il legislatore più tardi si preoccupò di impedirla; e stabilì, all'art. 12 delle preleggi attuali, che i princìpi generali a cui si deve ricorrere sono quelli «dell'ordinamento giuridico dello Stato»: perfetta attuazione di quel principio fondamentale del positivismo giuridico che è l'autointegrazione dell'ordinamento. Ora, che firme porta il codice che contiene questo art. 12? Forse quelle di liberali o so-

cialisti « sopravvissuti al fascismo »? O non piuttosto quelle di Mussolini e di Grandi?

Così pure, l'argomento principale di cui si serve Scarpelli per esaltare il positivismo giuridico sotto l'aspetto, oltre che teorico, politico, ossia quello che esso sta a fondamento dello Stato di diritto, non mi pare fondato. Con « Stato di diritto », è noto, si possono intendere concetti diversi; e in alcuni di questi senza dubbio lo Stato fascista non potrebbe entrare neppure a forza. Ma se con « Stato di diritto » intendiamo — come non può non intendere il conseguentissimo e coerentissimo positivista Scarpelli — lo Stato limitato da quel solo possibile diritto che è il diritto positivo (cioè dal diritto posto da esso Stato medesimo), lo Stato fascista era uno Stato di diritto: come infatti fu detto da molti, che non sempre erano adulatori del regime, e come è stato ripetuto anche dopo la scomparsa di questo. I fascisti infatti fecero senza dubbio molte brutte cose, ma le fecero per legge: legge che in un bello *Stufenbau* kelseniano era perfettamente valida, e che avrebbe potuto essere considerata, non invalida, ma illegittima, soltanto da chi si fosse riferito ad un criterio di legittimità superiore, o comunque esterno, all'ordinamento dello Stato: cioè, per un giuspositivista, al solo ordinamento che è giuridico. Tanto per fare l'esempio solito — banale, lo so, ma per chi ne ha fatto le spese non lo è poi tanto —, le leggi razziali, suprema onta del fascismo, da un punto di vista di puro positivismo giuridico erano leggi perfette.

So che Scarpelli non ama, o per lo meno non considera molto probanti, gli argomenti storici; e che preferisce quelli strettamente logici, che a me invece sembrano spesso parenti di quelli di Don Ferrante. Ma se mi è lecito addurre un argomento storico, in quali paesi si è affermato e vive, senza aver mai subito negazioni e crisi, lo Stato di diritto? Nei paesi dove è fiorito, fin dall'inizio dell'Ottocento, il positivismo giuridico: Francia, Italia, Germania, Spagna? O non piuttosto in quei paesi la cui arretrata dottrina giuridica ha permesso la sopravvivenza di forme di diritto d'origine, orribile a dirsi, medievale e di carattere sostanzialmente giusnaturalistico, come l'Inghilterra e gli Stati Uniti? Mario A. Cattaneo ci dice, fondandosi su Bentham, che questa forma di diritto — la *common law* — era incivile. Può darsi. Ma io (e, credo, anche lui; e, se fosse ancora al mondo, magari anche Bentham) preferirei oggi vivere in uno Stato il cui diritto agli illuministi fosse apparso incivile ma che fosse diventato uno Stato civile, al vivere in Stati che hanno seguìto i saggi consigli di Bentham — non seguiti affatto dai suoi compatrioti — e, fornitisi così di un diritto illuministicamente *civile*, se ne sono serviti per certi scopi a cui Bentham non aveva pensato.

Altro argomento di Scarpelli. Il positivismo giuridico è la forma moderna, aggiornata, di scienza giuridica: quella seguendo la quale ci libereremmo finalmente dal provincialismo della nostra cultura aduggiata dallo storicismo, dall'idealismo e da simili miti da paesi sottosviluppati. Racconterò un episodio, forse insignificante, ma che mi viene in mente perchè vi ho assistito di recente. Ha avuto luogo qualche giorno fa a Bologna un convegno di professori, studenti e studiosi interessati

alla riforma delle Facoltà di Scienze Politiche, e ho avuto la curiosità di andare a sentire di che cosa parlavano. Tutti, ma soprattutto i più giovani (e non si trattava di idealisti, di crociani, o di consimili fantasmi del passato, ma di studiosi d'avanguardia, che volevano la cibernetica al posto della storia medievale, e cose del genere) tuonavano contro le materie giuridiche; per il metodo formalistico e astratto con cui vengono trattate, per la preoccupazione dei giuristi per il sistema, per la distanza del diritto, così come viene insegnato nelle nostre università dai fedeli del positivismo giuridico, dalla realtà della società. Un illustre storico presente disse che perfino la filosofia del diritto, che avrebbe avuto la possibiltà di salvarsi dal formalismo, si è ormai ridotta a teoria formale del diritto; tanto che io mi risolsi, contro le mie abitudini, a chiedere la parola, per spiegare che non è proprio sempre così; e che ci sono teorie del diritto non formalistiche, che possono essere utilmente studiate anche dai più moderni cultori di scienze politiche. E ricorderò anche qui, come ho fatto nella recensione al libro di Bobbio di cui dicevo, che in una rivista americana, la *Stanford Law Review*, in cui uno studioso ottimo conoscitore della vita giuridica italiana ha pubblicato recentemente tre articoli dedicati alla legislazione, alla dottrina e alla giurisprudenza, come egli scrive, « Italian style », in quello dedicato alla dottrina l'autore, Merryman, appare esterrefatto proprio davanti a quegli aspetti di essa che sono da ricondurre al positivismo giuridico e per i quali questo, secondo quanto sostiene Scarpelli, si presenta come atteggiamento moderno e allineato con le più avanzate posizioni di pensiero, quelle della cultura inglese e americana. A questo studioso americano, non certo succubo dell'influenza « nefasta » a cui soggiace, secondo Scarpelli, larga parte della cultura italiana, l'accento posto sul sistema, il prescindere da ogni considerazione non strettamente « giuridica », e cioè storica, filosofica, economica, politica, morale, sociologica, la « purezza » insomma del rigoroso discorso logico-sistematico caro ai nostri positivisti appare « incomprensibile atteggiamento di giuristi sofisticati ».

Scarpelli, come ho già detto, a differenza da Bobbio — e, per la verità, con maggiore coerenza, o per lo meno con maggiore consequenziarietà — non si limita ad accettare il positivismo giuridico come teoria, ma lo esalta anche come ideologia politica: la copertina stessa del suo libro ci dice che egli mette francamente e decisamente in luce l'impegno politico che sostiene il positivismo giuridico, e che mostra come, connessa a strutture democratiche e costituzionalistiche, la scelta del positivismo giuridico sia la scelta della libertà politica. Non torniamo su quello che ho detto prima, e cioè sul fatto storico che strutture saldamente democratiche e costituzionalistiche, e conseguente libertà politica, ci sono, guarda caso, proprio nei paesi che hanno sempre rifiutato il positivismo giuridico (pur avendone posseduto insigni teorici: il cui insegnamento però è rimasto confinato nel mondo dei professori) e hanno fondato la loro vita giuridica sulla medievale e, secondo Cattaneo, « barbara » *common law*; lasciamo da parte le teorie — che io peraltro condivido — secondo le quali il costituzionalismo si è sviluppato storicamente dai limiti al potere del sovrano posti dalla concezione medievale del di-

ritto come creazione popolare e giudiziaria indipendente dalla volontà dello Stato; soltanto, vorrei fare a Scarpelli una domanda, la risposta alla quale fugasse i miei dubbi sull'idoneità del positivismo giuridico — questa forma di volontarismo statuale che si è sostituito al volontarismo teologico, e quindi di « clericalismo » statuale che si è sostituito al clericalismo ecclesiastico — a soddisfare le esigenze etico-politiche della « schiera esigua di filosofi del diritto liberali e laici » che, nella premessa al suo volume, egli dice difensori appunto del positivismo giuridico ed alla quale egli evidentemente appartiene: la medesima premessa si chiude con una bella dedica ai « buoni giudici con cui *ha* condiviso l'esperienza morale di applicare con fedeltà, al servizio di valori di giustizia, di libertà e di ordine, il diritto positivo »: ebbene, se per disgraziate, ma tutt'altro che impossibili circostanze, si fosse trovato a dover applicare il diritto positivo al servizio di « valori » di ingiustizia, di tirannide e di disordine, come l'avrebbe messa? Avrebbe condiviso con gli altri buoni giudici l'esperienza morale di applicarlo con fedeltà? Scarpelli ora mi risponde « mi sarei dimesso ». E con ciò? Avrebbe, certo, risolto il proprio personale problema di coscienza; ma il positivismo giuridico, da ciò per nulla scalfito, avrebbe continuato a funzionare: al suo posto sarebbe andato un altro buon giudice, che avrebbe applicato con fedeltà le leggi ingiuste, liberticide e sovversive. Dice ancora, adesso, Scarpelli: « sarei insorto, avrei incitato alla disobbedienza ». E cioè sarebbe ricorso all'« appello al cielo » del giusnaturalista Locke: come Antigone, simbolo eterno del giusnaturalismo, avrebbe invocato le « leggi non scritte » contro le leggi dello Stato! e il positivismo giuridico dove sarebbe andato a finire?

Io in realtà credo proprio che il positivismo giuridico sia un atteggiamento *vecchio*: che risponde ad una fase dell'evoluzione della società che ormai si è conclusa. Si ha un bel costruire sistemi logico-sistematici: Kelsen stesso ha definito il diritto « tecnica sociale », ed è alla società, alla società storica, concreta, che noi dobbiamo rapportare le nostre teorie sul diritto. Ora il positivismo giuridico era la teoria giuridica adatta alla società statica anteriore alla rivoluzione industrale, alla società i cui « valori » non cambiavano perchè non ne cambiavano le strutture e perciò gli interessi e gli ideali. In una società fluida, in movimento continuo e rapido quale è la società d'oggi, la considerazione del diritto entro lo schema del positivismo è fatalmente una considerazione astratta e quindi, nella migliore delle ipotesi, sterile; ma che può essere anche dannosa ed ingiusta. Guardiamoci intorno: la nostra vita, la vita di noi italiani, riproduce oggi in una quantità di suoi aspetti la vita americana di settanta od ottanta anni fa; noi stiamo compiendo in questo periodo l'esperienza che gli americani compirono nel secolo scorso. Ebbene, ricordiamoci che le idee americane intorno al diritto passarono in quel secolo da quelle « scarpelliane » del giudice Marshall, per il quale « il potere del giudice, in quanto distinto dal potere della legge, non ha esistenza », e « i tribunali sono meri strumenti della legge, e non possono volere nulla », a quelle del giudice Holmes, per il quale il diritto non è se non ciò che i tribunali effettivamente faranno. Certo non è al

giusnaturalismo illuministico, nè a quello clericale del tipo padre Liberatore o padre Taparelli che noi possiamo richiamarci quando la nostra fiducia nel positivismo giuridico è scossa; ma se continuiamo a rifiutare, come abbiamo sempre rifiutato, l'idea di un diritto naturale extrastorico, immutabile ed eterno, dobbiamo per questo abbracciare il culto di un diritto positivo altrettanto extrastorico e astratto?

Intervento di Mario Stoppino

Farò due brevi osservazioni. La prima riguarda il libro del prof. Scarpelli: *Cos'è il positivismo giuridico*. Ricercando una definizione esplicativa che riconduca ad unità il concetto di positivismo giuridico, il prof. Scarpelli distingue acutamente tra interpretazione scientifica e interpretazione politica del positivismo giuridico, rigettando la prima e accettando e proponendo la seconda, per la quale la scienza e la pratica del diritto di orientamento giuspositivistico implicherebbero una scelta politica preliminare. Non si tratta ovviamente di una scelta politica caratterizzata ed individuata in modo preciso. Il rapporto tra positivismo giuridico e stato moderno non basta a caratterizzare questa scelta politica, dal momento che lo stato moderno ha avuto numerosi volti diversi. Né basta a caratterizzarla il dire che il positivismo giuridico implica il prevalere di norme generali ed astratte, perché anche le norme naziste sulla razza potrebbero essere interpretate come generali ed astratte. È vero che, nella sua conclusione, il prof. Scarpelli integra il positivismo giuridico che propone come oggetto di scelta con la procedura democratica ed i principi del costituzionalismo. Ma questa è soltanto la scelta politica che l'autore si sente di fare, e sulla cui base soltanto è disposto ad accettare il modello giuspositivistico. Niente vieta, naturalmente, che altri adotti il modello giuspositivistico sulla base di tutt'altra scelta politica, accettando ad esempio uno stato illiberale ed antidemocratico. Non si dice dunque che la scelta politica preliminare, che sarebbe inerente al positivismo giuridico, è una scelta politica particolare, precisa; ma si dice che l'adozione del modello giuspositivistico implica una scelta politica, benché essa possa essere diversa da caso a caso. Confesso di avere qualche perplessità su questo punto. Non so fino a dove si possa asserire che una scienza del diritto di orientamento giuspositivistico comporti sempre e necessariamente, in chi la fa, l'accettazione politica dello stato alle cui norme giuridiche la scienza si riferisce. E anche nella pratica del diritto le ragioni di ordine pratico che spingono taluno a scegliere una professione giuridica, e a professarla secondo il modello giuspositivistico, possono essere diverse dall'accettazione politica dello stato in cui egli opera, o possono addirittura essere in contrasto con i suoi ideali etico-politici. Può avvenire, ad esempio, che un giudice, dopo una profonda trasformazione dello stato in cui operava, continui la sua opera secondo il modello giuspositivistico, benché il regime di recente instaurazione sia in contrasto con le sue idealità politiche, e magari per motivi molto meno ideali. Che, in questo caso, il nostro giudice collabori di fatto all'attuazione della volontà politica prevalente non cambia la circostanza che il suo lavoro di orientamento giuspositivistico non è stato subordinato ad una scelta politica preliminare. In tal senso, quello del prof. Scarpelli mi sembra, almeno entro certi limiti, piuttosto che un discorso descrittivo sul positivismo giuridico, un discorso persuasivo volto in primo luogo a convincere gli scienziati ed i pratici del diritto a subordinare il loro lavoro orientato in senso giuspositivistico ad una scelta politica preliminare relativa al tipo di stato in cui operano, e in secondo luogo a consigliare loro quale sia la scelta politica buona che giustifica l'adozione del modello giuspositivistico. Ma se, in vista di una definizione del concetto di positivismo giuridico, si deve prescindere dalle diverse motivazioni pratiche che possono spingere taluno a farsi scienziato o pratico del diritto di orientamento giuspositivistico, e quindi anche — quando vi siano — dalle diverse scelte politiche che possono stare alla base dell'adozione del modello giuspositivistico, cos'è ciò che rimane e che possiamo denominare positivismo giuridico? Rimane un modo di avvicinarsi al diritto, che si rivolge al diritto che è ad esclusione del diritto che deve essere, un certo modo di teorizzare il diritto, e un certo modo di trattare il diritto nella pratica che — a mio modesto avviso — possono essere molto meglio individuati come giuspositivistici una volta che si accolga l'interpretazione scientifica del positivismo giuridico perspicuamente avanzata dal prof. Bobbio. Il che, evidentemente, non rende per nulla illegittimo un discorso, che è anzi apprezzabilissimo e che personalmente ritengo molto opportuno, tendente a ricordare agli scienziati ed ai pratici del diritto di orientamento giuspositivistico le loro responsabilità politiche, e a proporre le condizioni etico-politiche alle quali il modello giuspositivistico possa considerarsi moralmente accettabile. Ma si tratta, mi sembra, di un altro discorso.

La seconda osservazione, brevissima, riguarda la relazione introduttiva del prof. Leoni. Dico subito che la direzione, indicata dal prof. Leoni, dello studio dei rapporti tra i fini ed i mezzi dell'azione giuridica mi sembra ricca di prospettive fruttuose. Anche il paragone da lui fatto tra la teoria economica e quella giuridica è particolarmente illuminante. Mi pare però che questa analogia non possa essere portata avanti oltre un certo limite. In particolare, credo che i risultati di una teoria del diritto come quella proposta dal prof. Leoni sarebbero diversi da quelli raggiunti dalla teoria economica. Quest'ultima ha potuto porre le basi di una scienza particolare delle azioni umane perché il suo oggetto di studio è costituito da un contesto di comportamenti specifici, individuato da un fine preciso dell'azione — quello della massimizzazione delle utilità nella produzione, scambio e consumo di beni e servizi — assunto come qualificante ed unificante quel contesto di comportamenti. Viceversa, i rapporti e le azioni umane che vengono qualificati dal diritto sono disparati e di varia natura: dai rapporti economici a quelli politici, dai rapporti familiari a quelli relativi alle pratiche di culto religioso, e così via. Pertanto, una teoria del diritto che si proponga di studiare le relazioni tra gli scopi ed i mezzi dell'azione giuridica sfocerà in una teoria generale dell'azione umana, in una prasseologia, piuttosto che in una scienza particolare dei comportamenti umani come è quella economica.

Intervento di Giovanni Tarello

Negli ultimi anni la locuzione « positivismo giuridico » ha costituito oggetto di attenzione particolarmente nei circoli di giuristi che a vario titolo vengono ricondotti alla tendenza « analitica ». In una serie di studi troppo noti per richiedere citazione, autori quali Bobbio, Carrió, Cattaneo, Gavazzi, Hart, Scarpelli ed altri ancora hanno fornito, in via principale o incidentale, liste (sempre più lunghe) dei significati d'uso che la locuzione ha assunto, o si ritiene abbia assunto, o si ritiene possa assumere. Sino all'ultimo libro di Scarpelli, gli studi dei detti autori sembravano ispirati dalla preoccupazione (principale e talvolta esclusiva) di « polizia linguistica ». Ci si proponeva, nell'ambito dei circoli « analitici », di accertare anzitutto gli usi lessicali, di verificare, successivamente, la compatibilità teorica delle diverse posizioni rispettivamente designate dalla locuzione nei suoi vari usi; di schedare impieghi della locuzione consapevolmente o inconsapevolmente ambigui; di accertare in quali contesti la polisemia della locuzione avesse dato luogo, o potesse dar luogo, a paralogismi; di indicare le matrici ideologiche delle varie posizioni designate da « positivismo giuridico », le matrici ideologiche delle varie appellazioni in termini di « positivismo giuridico » (e delle connotazioni elogiative o dispregiative di siffatte appellazioni), e — ove possibile — le matrici ideologiche di impieghi consapevolmente ambigui di « positivismo giuridico ».

Queste analisi, quantunque non sempre foriere di risultati imprevisti o tantomeno peregrini, rispondevano sempre ad una esigenza che pare (almeno a me) la più importante: l'esigenza di chiarire (prima di ogni altro discorso) chi usa una parola, e quando, e a qual fine, e a quali condizioni, e in quale compagnia.

Esigenza sentita anche, come è troppo evidente, al di fuori dei circoli degli « analisti » professi. E difatti nuove osservazioni sugli impieghi di « positivismo », e nuove liste di impieghi accertati e delle loro ragioni, ci sono fornite nello stesso torno di tempo anche da altri autori, che perseguono finalità ulteriori e diverse da quelle di « polizia linguistica »: come ad esempio gli autori che perseguono (previa finale riduzione di tutti gli accertati « positivismi » ad unità) scopi di critica dei positivismi; ovvero che perseguono una ricostruzione delle « grandi » linee di sviluppo del pensiero giuridico. In questo ambito si collocano a vario titolo opere di studiosi quali Bagolini, Fassò, Fuller, Leoni, Matteucci, Palazzolo, Passerin d'Entrèves, Piovani, ed altri: opere anch'esse troppo note per richiedere citazione.

Dopo un periodo non brevissimo di attenzione rivolta alla locuzione « positivismo giuridico », ci si trova oggi a disposizione una bella lista di impieghi registrati, di appellazioni variamente usate con le più disparate connotazioni, di modi di pensare a vario titolo solidali con quelle appellazioni e con quegli impieghi. Questa lista è, oltrechè bella, anche

molto lunga; e le cose in essa comprese sono, oltrechè laboriosamente accertate e schedate, anche molto disparate.

Così stando le cose, ci si sarebbe potuto aspettare (io, ad esempio, mi sarei aspettato) un levarsi di voci per suggerire che oramai l'operazione più opportuna, in sede di discussioni teoriche, è quella di non usare, cioè di espungere, *il termine* « positivismo » e *la locuzione* « positivismo giuridico ». Infatti, ad evitare equivoci, quel termine e quella locuzione debbono essere scrupolosamente qualificati, e allora tanto vale sostituire siffatte scrupolose qualificazioni al termine: invece di dire « positivismo giuridico inteso nel senso di dottrina della separazione tra diritto e morale » si può dire addirittura « dottrina della separazione tra diritto e morale » *tout court*; e così via esemplificando. Il termine e la locuzione, in questo modo, possono essere espunti dal discorso del teorico e dal discorso diretto dello storico; mentre ovviamente rimangono, tra virgolette, nel discorso indiretto con cui lo storico delle idee e del linguaggio giuridico riferisce impieghi storici del termine o della locuzione. « Positivismo giuridico », ci si sarebbe aspettati di sentir dire, è locuzione così logorata dall'uso da non servire più nè in sede di teoria, nè come canone di interpretazione storica, nè come appellazione polemica; perciò non occorrono più definizioni esplicative (che invece per altre locuzioni si rivelano tanto opportune), non bastano più definizioni convenzionali, ed è necessario procedere alla espunzione. Espunzione del resto agevole ed indolore per due ragioni: *a*) talune discussioni che un tempo si soleva condurre (assieme ad altre, *per saturam* e perciò confusamente) sotto la generica rubrica di « positivismo » oggi si conducono con minor numero di inopportune commistioni sotto la rubrica « fallacia naturalistica »; *b*) data la grande varietà di accezioni di « positivismo giuridico », non è rimasto oggi un solo problema di teoria generale o di filosofia del diritto che ammetta più di una risposta, delle quali una e non più di una possa univocamente dirsi « positivista » rispetto a qualsivoglia accezione della locuzione.

Nonostante quanto ci si sarebbe potuti aspettare, tuttavia, si è verificato recentemente qualcosa di inatteso. E cioè che nell'ambito del circolo « analitico », ad opera di Scarpelli, si è proposta (al di là delle distinzioni acquisite) una definizione unitaria di « positivismo giuridico ».

Il libro di Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, contiene molte cose. Anzitutto una finissima analisi della nozione di validità; in secondo luogo una acuta contrapposizione di due modelli ideali di giudice; in terzo luogo un deciso, quanto oggigiorno opportuno, richiamo del giurista e del giudice alle sue responsabilità morali e politiche, attraverso una attenta discussione delle implicazioni reciproche intercorrenti tra l'uso di norme come norme e l'accettazione del sistema di norme; in quarto luogo una decisa professione di fede nel valore morale e politico della fedeltà alla legge tranne in situazioni particolarissime, della quale professione si può criticare il presupposto implicito (quello della possibilità di discriminare, nella maggioranza dei casi, l'applicazione « fedele » da quella « infedele ») ma non si può non apprezzare la tensione dell'im-

pegno morale e politico. Ma oltre a tutte queste analisi si incontra anche la proposta di una definizione esplicativa (unitaria) di positivismo giuridico: definizione per cui « positivismo giuridico » designa quell'atteggiamento in cui si accolgono i risultati delle analisi di Scarpelli, si pongono i problemi nei termini in cui se li pone Scarpelli, si compiono quelle scelte che Scarpelli compie. Cioè a dire, l'insieme delle analisi, delle impostazioni di problemi, delle scelte cui si accennava compaiono, associate, nel *definiens* di una definizione esplicativa di « positivismo giuridico ».

Sul che vorrei fare due considerazioni. Scarpelli non si è sottratto ad una tentazione ricorrente, che è quella di trovare « qualcosa di comune » a tutte le cose che si chiamano con lo stesso nome: e poichè egli si sente, per una serie di simpatie ideologiche, affine a molti autori che (secondo abitudini acquisite) si pensano come « positivisti », ha anche identificato la « cosa comune » a tutti i positivismi con le ragioni delle sue affinità con questi « positivisti ». Ma, ed ecco le due considerazioni, mi sembra che il risultato di questo procedimento sia discutibile sotto due profili. Sotto il profilo del suo impiego come canone di interpretazione storica, la definizione esplicativa di « positivismo giuridico » data da Scarpelli non è la più idonea perchè non rende giustizia a Scarpelli medesimo: infatti l'approccio di Scarpelli ai problemi e alle scelte sopra accennati mi sembra (pur nell'ambito di un certo filone di pensiero) assai originale, cosicchè la identificazione del nucleo comune a tutti i positivismi non sfugge all'alternativa tra il togliere all'approccio di Scarpelli le ragioni della sua originalità, e l'imprestare a disparati « positivismi » talune idee di Scarpelli che (anche per ragioni storiche) non potevano essere le loro. Sotto il profilo del suo impiego come discriminazione, in sede teorica, tra due diversi approcci ai problemi teorico-generali, la definizione esplicativa di « positivismo giuridico » data da Scarpelli tende a ricacciare fuori dall'ambito del « positivismo giuridico » (cioè a negare la denominazione di « positivista ») a tutti coloro che — come chi scrive — hanno ragioni di perplessità su di un qualche presupposto implicito nelle scelte di Scarpelli (ad es., che nella maggior parte dei casi sia possibile discriminare tra applicazione fedele e applicazione infedele della legge) e, ciononostante, per una qualche ragione di affinità ideologica presumibilmente giustificabile, preferirebbero pensarsi come « giuspositivisti » anzichè come « non giuspositivisti » se proprio dovessero (visto che espungere il termine pare davvero così difficile) etichettarsi in uno di questi due modi (congiuntamente esaustivi).

Intervento di Mario A. Cattaneo

Mi dichiaro d'accordo con l'esigenza fatta valere al termine del suo intervento da Tarello: e con questo vorrei anche riallacciarmi all'osservazione del prof. Bagolini relativa alla estrema difficoltà e ambiguità del concetto di positivismo giuridico, soprattutto per quanto riguarda la sua determinazione positiva. Il prof. Bagolini ha poi osservato che più facile è una determinazione negativa del concetto di positivismo giuridico, per la quale esso viene presentato come espressione di un atteggiamento antigiusnaturalistico ed antimetafisico (pur avvertendo che anche questa non è poi semplice ed è a sua volta suscettibile di diversi significati).

A me pare — e mi riallaccio qui al motivo centrale dell'intervento di Baratta — che anche questa determinazione negativa non sia facile e non sia in fondo opportuna, perchè uno dei significati di « positivismo giuridico », quello forse prevalente, e in particolare quello che forma oggetto della definizione esplicativa offerta da Scarpelli, attraverso la razionalizzazione di certe esperienze storiche (cioè la concezione statalistica del diritto, legata ai valori della legalità e della certezza) ha la sua radice storica nel giusnaturalismo: in particolare, nel giusnaturalismo illuministico. Molte vicende storiche sono connesse con questo concetto: Baratta ha ricordato a questo proposito la scuola dell'esegesi; si può dire che questa, storicamente, attraverso l'avvenuta codificazione, rappresenta, in quanto positivismo giuridico, il giusnaturalismo divenuto conservatore. Questa considerazione mi serve per mostrare che il concetto di positivismo giuridico che ha formato maggiormente oggetto della nostra discussione è strettamente connesso con una posizione giusnaturalistica: e questo, a mio avviso, spiega il vero senso della posizione di Scarpelli, delle sue conclusioni.

Io mi trovo in un sostanziale accordo etico-politico con Scarpelli, e in un disaccordo soltanto terminologico, in quanto chiamerei « illuminismo » quello che egli chiama « positivismo giuridico »: ed è infatti quanto farò in un libro di prossima pubblicazione (*Illuminismo e legislazione*, Comunità). Questa è, dunque, la ragione per cui Scarpelli difende certe cose, e per cui anch'io mi sento di difenderle con lui.

A questo proposito vorrei fare un'osservazione in relazione all'intervento del prof. Fassò, il quale ha citato l'Inghilterra e gli Stati Uniti come esempi storici di stati di diritto preferibili a quelli del continente europeo dove ha imperato il positivismo giuridico. Prescindendo dalla questione della validità dell'argomento storico in sede di discussione teorica — che anche il prof. Fassò ha lasciato da parte —, vorrei obbiettare che la *common law* ha avuto nel suo sviluppo una serie di irrazionalità e di barbarie, soprattutto in relazione al diritto penale, come attestano le critiche di Bentham.

Infine, vorrei fare un'osservazione in rapporto alla relazione introduttiva del prof. Leoni: mi sembra che l'esigenza di fondo manifestata dal

prof. Leoni — cioè il rilievo dato al giudizio tecnico nella vita del diritto, contro la concezione giuridica strettamente logico-formale — ricordi quella che sta alla base di un aspetto della teoria di un autore da lui citato e in parte criticato: cioè la teoria del « contenuto minimo del diritto naturale » di Hart. La concezione di Hart a questo proposito è un tipo di giusnaturalismo che chiamerei « ontologico »: non è un giusnaturalismo deontologico (del tipo a cui mi sentirei più vicino). Questa concezione è, a mio avviso, una delle parti più deboli della dottrina di Hart: essa è basata su una certa categoria di asserzioni che hanno uno *status* logico molto indeterminato: cioè quelle asserzioni la cui verità è condizionata dal permanere della natura umana e del mondo in cui viviamo con le caratteristiche che oggi hanno. Tale concezione porta in sostanza alla conseguenza che gli ordinamenti giuridici i quali non garantiscono un certo « minimo etico » anche soltanto per la classe dominante, non possono reggersi; essa viene a risolversi in un'osservazione di fatto, che ha però delle conseguenze anche per il problema della definizione; basandosi su questa osservazione Hart afferma infatti che non ha senso definire come « diritto » un ordinamento che non garantisce il minimo etico e non è perciò esistente, effettivo. La concezione di Hart rimane però al livello dell'ordinamento giuridico, a livello generale: Hart non l'ha sviluppata al livello della interpretazione, cioè a quel livello concreto e particolare, relativo alle norme giuridiche singole, su cui si svolge il discorso del prof. Leoni e in genere dei teorici della *Natur der Sache*.

Vorrei chiedere al prof. Leoni se ritiene che vi sia una certa rispondenza fra la sua posizione e la teoria del contenuto minimo del diritto naturale di Hart.

Intervento di Amedeo G. Conte

Appartengo ai *happy few* che lo hanno quasi visto nascere, questo fervido libro di Scarpelli (*Cos'è il positivismo giuridico*); ne ho ormai parlato tante volte, che questo mio intervento non potrà non risentire di quei colloquî, e, temo, varrà forse più per quel che Scarpelli disse prima del libro che per quanto egli intanto vi scrisse. Comunque sia, sia esso o no tempestivo, ecco il mio commento alla tesi che il giurista affermi la validità delle norme positive di cui egli parla.

Le operazioni del giurista sono varie, e non v'è ragione di presumere che, se una operazione implica o comporta un'affermazione di validità, implichino o comportino un'affermazione di validità anche le altre. Le operazioni del giurista mi sembra si possano distribuire in (almeno) tre specie. In primo luogo, il giurista giudica della validità di norme (pronunzia giudizî di validità o, rispettivamente, invalidità di norme; riconosce, o, rispettivamente, disconosce, la validità di norme); in secondo luogo, il giurista giudica del significato di norme (determina, mediante la interpretazione, che significhino le norme); in terzo luogo, il giurista giudica di relazioni logiche tra norme (afferma relazioni di conseguenza, o di derivabilità, tra norme). Correlativamente a questa tricotomia delle operazioni del giurista, il problema, se il giurista affermi la validità delle norme delle quali egli parla, viene a dividersi in tre problemi: V'è affermazione di validità nei giudizî sopra la validità di norme? V'è affermazione di validità nei giudizî sopra il significato di norme? V'è affermazione di validità nei giudizî sopra le relazioni logiche tra norme? Ad ognuna delle tre domande mi sembra di poter rispondere di no. In primo luogo, non v'è affermazione di validità nei giudizî sopra relazioni logiche tra norme. Colui che affermi che, da certe norme, conseguono, o sono derivabili, altre, non afferma la validità giuridica dell'uno o dell'altro termine della relazione logica, ma afferma soltanto la validità logica di essa relazione. (Analogamente: chi affermi che, se tutti gli uomini sono mortali e se Socrate è uomo, allora Socrate è mortale, non afferma né che tutti gli uomini siano mortali, né che Socrate sia uomo, né che Socrate sia mortale: ciò che egli afferma è solo che, se gli uomini sono mortali e se Socrate è uomo, allora Socrate è mortale.) In secondo luogo, non v'è affermazione di validità nei giudizî sopra ciò che le norme significano. Colui che affermi che una data norma ha un certo significato, *ex hypothesi* non giudica se essa sia valida, così come, per converso, colui che affermi che una certa norma è, in un ordinamento, valida, non giudica che cosa essa significhi. (Che il giudizio sul significato di una norma non sia un giudizio sulla validità non esclude, ovviamente, che il processo intellettuale che porta al giudizio sul significato, cioè l'interpretazione, si configuri altrimenti secondo che la norma interpretata sia o non sia valida, nè esclude ciò che Fritz Schreier felicemente espresse con la

formula « *immer bedingt Auslegung Geltung und Geltung wieder Auslegung* ».) In terzo luogo, non v'è affermazione di validità nei giudizî sopra la validità di norme. Colui che affermi che una certa norma è, in un certo ordinamento, valida, pronunzia non un giudizio categorico di validità, ma un giudizio ipotetico della forma: 'Se questi sono i criterî di validità di questo ordinamento, allora questa norma è in quest'ordinamento valida'. Riassumendo: nei giudizî sopra il significato di norme, *ex hypothesi* non s'afferma, categoricamente o ipoteticamente, la validità di norme; nei giudizî sopra le relazioni logiche tra la validità di certe norme e la validità di certe altre norme, *ex hypothesi* non s'afferma, categoricamente o ipoteticamente, la validità di norme; nei giudizî sopra la validità di norme, la validità s'afferma sì, ma ipoteticamente, non categoricamente.

Intervento di Norberto Bobbio

Ho l'impressione che la discussione sia diventata sempre più complessa, una vera giungla in cui diventa sempre più difficile aprirsi una strada. Vorrei cominciare da un'osservazione di carattere generale: un certo senso di disagio mi viene dal fatto che alcune obiezioni al positivismo giuridico che sono state sollevate in questa discussione non mi pare colgano nel segno, abbiano sbagliato bersaglio. Non sempre mi è accaduto di trovare nella dottrina che è stata criticata come positivismo giuridico quello che Scarpelli ed io abbiamo inteso e continuiamo ad intendere per positivismo giuridico.

Adduco due esempi. Si è fatta spesso una confusione, del resto frequente, tra positivismo e formalismo logico, per esempio nel discorso di Leoni e nell'immagine dello scheletro adoperata da Fassò. Si è sentito dire che la logica non serve al diritto, che il diritto non è logica e via dicendo. Ora, quando il positivismo giuridico parla di formalismo si riferisce al formalismo, che meglio si direbbe « strutturalismo », kelseniano: il formalismo quale risulta dal sistema del Kelsen non ha niente a che vedere col formalismo logico. Non ho bisogno di ripetere quel che tutti sanno, e cioè che la struttura dell'ordinamento giuridico di cui parla Kelsen è una struttura non logica, ma dinamica, che il rapporto che intercorre tra le diverse norme di un sistema non è un rapporto di inferenza ma di delegazione. Traggo l'altro esempio dall'intervento di Bagolini, il quale a mio avviso ha sovrapposto al problema del positivismo giuridico quello della scienza del diritto. Quando egli ci ha presentato una sua critica del neo-positivismo di Olivecrona, ha fatto una critica non di un particolare modo di intendere il positivismo giuridico ma di un particolare modo di intendere la scienza del diritto. Egli ci ha presentato un modello di scienza giuridica diverso da quello proposto da Olivecrona: tutto ciò è molto interessante ma non mi pare che riguardi il problema del positivismo giuridico. Tanto è vero che io metterei Olivecrona tra i più macroscopici fautori del positivismo giuridico: la sua teoria secondo cui il diritto è un insieme di regole sulla forza (si badi non di regole sostenute dalla forza) è forse la formulazione più conseguente del positivismo giuridico come teoria.

Queste confusioni fanno sorgere inevitabilmente ancora una volta l'eterna domanda: ma che cosa è questo positivismo giuridico? Devo dire, se pure a malincuore, che per rispondere a questa domanda sono costretto a scindere le mie responsabilità da quelle di Scarpelli. Mi pare che la maggior parte delle accuse mosse al positivismo giuridico negli interventi di quest'oggi siano state rivolte soprattutto al positivismo come scelta politica, così come l'ha inteso Scarpelli. Il quale con molta chiarezza distingue una interpretazione scientifica da una interpretazione politica del positivismo giuridico ed opta decisamente per la seconda. Io opto, invece, per la prima. Credo che il positivismo giuridico sia nato nel momento in cui i giuristi hanno avuto chiara consapevolezza della

distinzione tra il diritto che è e il diritto che deve essere e hanno dichiarato che il loro mestiere era di occuparsi soltanto del primo. Non c'è bisogno di richiamarsi alla famosa distinzione di Austin tra il diritto che è e il diritto che deve essere: è ripetuta in tutti i manuali ed è diventata una specie di via obbligata per entrare nel sacro tempio della scienza giuridica. Il positivismo giuridico nasce nel momento in cui i giuristi hanno cominciato ad affermare che la scienza giuridica doveva occuparsi soltanto del diritto che è, che era poi il diritto positivo, e doveva lasciare l'elaborazione del diritto che deve essere ai giusnaturalisti. Insomma la contrapposizione tra diritto positivo e diritto naturale corrisponde prima di tutto ad un'esigenza di metodo scientifico: non è una scelta etica.

Il passaggio da un atteggiamento giusnaturalistico ad un atteggiamento positivistico si vede molto bene nel campo del diritto internazionale. Consideriamo la teoria della guerra giusta. I primi teorici del diritto naturale si erano sbizzarriti sulla scia dei teologi nell'elaborare una teoria della guerra giusta: capitoli interi dei primi trattati di diritto internazionale erano dedicati a questo problema. L'interesse per il problema venne meno quando i giuristi cominciarono a considerare come diritto internazionale l'insieme delle regole che vengono effettivamente osservate dagli stati nelle loro relazioni reciproche, cioè quando assunsero di fronte al diritto internazionale l'atteggiamento di chi distingue il diritto che è dal diritto che deve essere. Siccome nel diritto che è non risultava che vi fossero regole osservate dagli stati che permettessero di distinguere guerre giuste da guerre ingiuste, la guerra dovette essere considerata dal punto di vista del diritto internazionale una procedura lecita, e la teoria della guerra giusta fu considerata l'espressione di una nobile esigenza morale ma nello stesso tempo irrilevante dal punto di vista giuridico (s'intende del diritto positivo). L'amputazione della teoria della guerra giusta dalle trattazioni del diritto internazionale è a mio giudizio un esempio interessante delle conseguenze prodotte nello studio del diritto da un mutamento di *approach*, cioè dall'assunzione dell'*approach* positivistico.

Ho portato questo esempio per far vedere che ciò che noi chiamiamo positivismo giuridico è strettamente connesso con una scelta scientifica piuttosto che con una scelta etica. In conformità di questo punto di vista anche la crisi del positivismo giuridico, di cui si va parlando da tante parti e ormai da tanto tempo, può essere meglio giudicata se la si considera come strettamente connessa al venir meno di alcune convinzioni che avevano permesso la netta distinzione tra il diritto che è e il diritto che deve essere, e quindi la separazione tra un diritto effettivo, dato una volta per sempre e per così dire precostituito al giurista che lo osserva, e un diritto ideale o potenziale o possibile che dovrebbe sovrastare al diritto positivo senza contaminarlo, e che per il giurista positivo non sarebbe di nessuna utilità. In contrasto alla convinzione che aveva alimentato l'idea della incomunicabilità del *diritto che è* col *diritto che deve essere* si venne formando la convinzione che il diritto è continuamente in divenire e che pertanto per l'osservatore esterno è

estremamente difficile separare con un taglio netto il diritto formato dal diritto in formazione, il diritto costituito dal diritto che si viene costituendo, il diritto posto dal diritto da porre, il *ius conditum* dal *ius condendum*. Questa convinzione si venne formando di pari passo con l'approfondimento dello studio delle fonti che mise in evidenza nuove fonti e con la conseguente critica delle fonti tradizionali. Si è accennato stamattina alla natura delle cose: via via che si va facendo strada la convinzione che il giudice può trarre e trae di fatto la sua decisione dalla natura delle cose, la rigidità del sistema precostituito di norme che dovrebbe rappresentare, esso solo, il diritto effettivo, si viene sciogliendo. Se è diritto anche una regola tratta dalla natura delle cose, dove va a finire il sistema precostituito dal *diritto che è* e la distinzione del diritto che è dal diritto che deve essere? Lo stesso si dica per i princìpi generali di diritto: in quanto il giudice si vale per decidere un caso nuovo dei principi generali di diritto che possono essere intrasistematici ma possono anche essere extrasistematici, contribuisce, anche senza volerlo, a modificare il sistema del diritto dato. I princìpi generali del diritto appartengono al diritto che è o al diritto che deve essere? È noto quale eco ebbe nella disputa tra giusnaturalisti e positivisti nel campo del diritto internazionale l'introduzione dei « princìpi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili » nell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale (1920). Fu considerata di solito come una rivincita dei giusnaturalisti sui positivisti di stretta osservanza.

L'altra ragione di crisi del positivismo giuridico, anch'essa legata al problema delle fonti, fu la consapevolezza a poco a poco raggiunta che il giudice, anche senza saperlo, anche nei sistemi in cui gli è rigorosamente interdetto, crea diritto nuovo. Ancora una volta se il diritto non sta fermo, se il diritto è in continuo movimento per opera di coloro che applicando ai casi concreti regole generali producono nuove regole, se questo movimento è imprevedibile e dipende dall'intervento di valutazioni influenzate da correnti di opinioni, e quindi non sempre razionali e mai oggettive, che senso ha il distinguere il diritto che è dal diritto che deve essere? Là dove il diritto è in continuo divenire i confini tra ciò che è e ciò che deve essere vengono di fatto cancellati.

Non posso nascondermi che l'*approach* scientifico caratteristico del positivismo giuridico era legato al primato del valore della certezza. Questo può spiegare che anche come movimento scientifico il positivismo giuridico sia stato condizionato storicamente. Tanto Fassò che Cattaneo hanno richiamato la nostra attenzione sul nesso tra positivismo giuridico e valore della certezza. E poichè Fassò ha citato i recenti articoli del prof. Merryman dell'Università di Stanford, voglio aggiungere che il prof. Merryman, venuto a stabilirsi in Italia per studiare il nostro sistema giuridico, mi chiese un colloquio. Voleva sapere da me per quale ragione noi dessimo tanta importanza al valore della certezza: nulla l'aveva meravigliato di più nello studio della dottrina giuridica italiana che l'elevazione del principio della certezza a vero e proprio tabù. Mi fece capire che a un cittadino americano che si rivolge ai tribunali im-

porta non già che la sentenza sia certa ma che sia giusta. Per rispondergli dovetti fargli una breve lezione di storia, vale a dire spiegargli che il dogma della certezza era sorto come garanzia contro l'arbitrio del principe e che pertanto si spiegava nel contesto storico della battaglia illuministica contro il dispotismo, di un regime in cui il cittadino era troppo spesso in balìa del potere esecutivo e del giudice suo alleato. Il principio della certezza rispecchiò un atteggiamento di diffidenza verso il giudice; ma appunto fu elevato all'onore di principio supremo del diritto in una situazione storica in cui i giudici non costituivano un corpo indipendente ma erano funzionari del re. Proprio questa spiegazione era la miglior prova della storicità e quindi della relatività del valore della certezza e costituiva la miglior premessa ad un ripensamento intorno al condizionamento storico del positivismo giuridico.

Vengo ora a qualche osservazione particolare per rispondere individualmente ad alcuni interventi. Leoni, a proposito della ambiguità da me rilevata in una regola tecnica per il fatto che la scelta del fine dipende da un giudizio di valore, mi fa osservare che in certi casi questa ambiguità non c'è, perchè le conseguenze sono del tutto ovvie, come per esempio accadrebbe se s'imponesse una determinata cura per guarire dal cancro. L'osservazione è giusta, ma mi preme di far rilevare che la considerazione della guarigione del cancro come di una buona cosa è un giudizio di valore: si tratta di un giudizio di valore generalmente condiviso, ma il fatto di essere generalmente condiviso, se lo può rendere per quanto è possibile intersoggettivo, non lo rende oggettivo, cioè non gli toglie il carattere di giudizio di valore. Sull'interessante distinzione tra giudizio tecnico e giudizio di valore introdotta e illustrata da Leoni, vorrei chiedere un chiarimento: la mia impressione è che sotto il nome di «giudizio tecnico» Leoni si sia riferito a due cose diverse, ora ad un giudizio che riguarda il contenuto delle norme ora ad un giudizio che riguarda il modo di produzione delle norme, e che questo secondo si riferisca quindi non più ad una questione di sostanza ma ad una questione di procedura. Personalmente non ho nulla in contrario alla teoria generale dei fini di cui ha parlato Leoni, anche se per me sarebbe non più una teoria del diritto ma una teoria della giustizia, una specie di diritto naturale ammodernato, di natura non più razionalistica ma empirica, che potrebbe trovare la propria base in una teoria generale dell'azione o prasseologia su cui ha richiamato l'attenzione Stoppino. Ma il problema di una teoria del diritto è piuttosto un problema di mezzi che non di fini: il diritto nel suo insieme è una tecnica, come ha precisato lo stesso Kelsen senza per questo pretendere di dire una cosa nuova, è una tecnica della convivenza. Ciò vuol dire che quando si parla di giudizi tecnici nel diritto bisogna precisare: i giudizi tecnici del diritto sono sempre giudizi che collegano un qualche mezzo al fine della convivenza. Ciò spiega tra l'altro anche il formalismo del Kelsen tanto criticato e insieme tanto mal compreso: se il diritto è una tecnica della convivenza il *proprium* del diritto è di essere un ordinamento di poteri che tendono a garantire al massimo la loro effettività, il che significa che per capire che cosa è il diritto non conta tanto ciò che ogni ordi-

namento statuisce ma il modo con cui lo statuisce. Dico questo non per difendere a spada tratta il Kelsen ma per spiegare la natura e insieme i limiti della sua posizione, che considera il diritto dal punto di vista del suo valore strumentale prescindendo dal problema dei fini.

L'ultimo punto su cui vorrei soffermarmi è quello che riguarda il tema quest'oggi più dibattuto del positivismo come scelta politica, proposto da Scarpelli. M'interessa vedere quale sia il nesso tra la tesi di Scarpelli del positivismo giuridico come scelta politica e quell'aspetto del positivismo giuridico che io ho chiamato il positivismo come ideologia. Mi pare che la differenza stia in questo: per me il positivismo come ideologia si ha quando si afferma che la legge deve essere ubbidita in quanto tale indipendentemente dal suo contenuto; se si vuol parlare di scelta politica si tratta della scelta politica dell'ordinamento in quanto tale, quale che sia il valore etico di questo ordinamento. Mi pare invece che Scarpelli distingua una scelta buona da una scelta cattiva: la scelta buona è quella di chi sceglie, sì, l'ordinamento nel suo complesso ma sceglie non qualsiasi ordinamento bensì solo quello che contiene certe garanzie di libertà individuale e di partecipazione al potere caratteristiche dello stato di diritto, che Scarpelli chiama più genericamente stato moderno. Il positivismo giuridico come ideologia, visto da Scarpelli, è, sì, l'accettazione del sistema, ma del sistema non in quanto tale ma in quanto è un buon sistema. Certo, in questo modo si scagiona il positivismo giuridico da tante colpe che gli sono state attribuite, ma nello stesso tempo s'introduce di soppiatto una tesi giusnaturalistica, cioè la tesi che bisogna ubbidire alle leggi, in questo caso non alle singole leggi ma all'ordinamento nel suo complesso, non in quanto valido ma in quanto giusto.

A questo punto siamo portati dallo stesso andamento della nostra discussione a chiederci: ma che cosa rimane del positivismo giuridico? Prendo atto che il positivismo giuridico è in crisi non solo come ideologia e come teoria, come del resto io stesso avevo già ammesso, ma anche come modo di accostarsi allo studio del diritto. Ho cominciato col dire che il positivismo giuridico è nato come scelta scientifica, ma ora mi sia lecito riconoscere che dietro la scelta scientifica c'era un'esigenza politica. Politicamente il positivismo è l'accettazione dello *status quo*. In quanto tale è soggetto come tutte le scelte a subire gli alti e bassi della storia. Fassò mi ha giustamente osservato che io ho detto nella prefazione al mio volume che in un certo periodo della nostra storia abbiamo accettato il positivismo perchè ci permetteva di difenderci contro i mutamenti di un sistema che consideravamo buono, mentre in un altro momento lo abbiamo rifiutato perchè ci avrebbe costretti ad accettare un sistema che consideravamo cattivo. Poichè la concezione positivistica del diritto implica l'accettazione dello *status quo* è buona o cattiva secondo che si consideri buona o cattiva la situazione da conservare.

Volete una conclusione? Eravamo venuti con l'idea di concludere: «È morto il positivismo, viva il positivismo». Mi pare invece che ce ne andremo esclamando: «È morto il positivismo, viva il giusnaturalismo!».

Intervento di Bruno Leoni

Cattaneo mi ha chiesto se non esista una certa affinità fra il punto di vista da me enunciato e la teoria, richiamata da Hart, del « minimo etico » che starebbe a fondamento del diritto. Non nego l'affinità: nego invece che questo assunto di Hart sia uno dei lati deboli della sua teoria del diritto, come vorrebbe il Cattaneo. Vi è indubbiamente poca chiarezza in Hart quando egli intende distinguere fra morale e diritto: ma è, a mio avviso, un pregio di Hart il suo senso del diritto come realtà, e non come insieme di pure forme, e inoltre il senso della morale come insieme di regole che, al pari del diritto, *servono* agli uomini.

Al contrario di Hart, il suo maestro Kelsen sembra quasi vergognarsi di considerare il diritto come una realtà: parendogli questo punto di vista non sufficientemente *puro,* e non sufficientemente *giuridico*: col risultato che il Kelsen ci ha dato, colla sua dottrina del diritto come insieme di forme, una teoria distorta del diritto come insieme di tecniche, e in particolare colla sua dottrina della cosiddetta « nomodinamica » ci ha dato una teoria distorta del processo di produzione delle norme, che è anch'esso anzitutto un processo tecnico.

Hart non ha — ed è un suo merito — di queste inibizioni « puristiche »: le norme che egli chiama « secondarie », e che caratterizzano secondo lui ogni sistema propriamente giuridico di norme, hanno tutte una funzione dichiaratamente *tecnica*: servono infatti a riconoscere le norme valide, a mutarle e ad applicarle.

A Scarpelli, il quale nega che Hart, colla sua teoria del « punto di vista esterno » e del « punto di vista interno » riproduca in fondo, deformandola (come io ritengo) la classica teoria kantiana degli imperativi, rispondo: il punto di vista hartiano dell'osservatore è il punto di vista di colui che ricollega cause ad effetti e che, *trasformando inoltre gli effetti in fini da raggiungere,* si adopera per porre in essere le cause di quegli effetti, ossia trasforma le cause in mezzi per raggiungere gli effetti-fini. Tutto ciò non è, mutatis verbis, che l'atteggiamento di colui che secondo Kant è guidato nella sua azione da imperativi ipotetici: posto in ipotesi un fine, egli deve infatti volere il mezzo per raggiungere quel fine. Hart chiama questo punto di vista « esterno » probabilmente per significare che si tratta di un punto di vista fondato sull'osservazione di rapporti cause-effetti, senza necessaria adesione del soggetto osservante ad alcuna linea di condotta da adottarsi per intimo convincimento. Ma l'uso della parola « esterno », e peggio ancora quello della parola « osservatore », è a questo proposito sviante, perchè tende a farci perdere di vista il fatto che tra l'osservatore e l'attore c'è una sostanziale differenza, e che l'attore adotta in proprio determinati motivi della sua azione, mentre l'osservatore non fa nulla di simile: chi agisce trasforma per così dire in mezzi le cause degli eventi e in fini gli eventi che sono effetti di tali cause: l'osservatore si limita invece a constatare connessioni di cause e di effetti, senza mai trasformarle in moventi della sua azione.

Questa confusione impedisce inoltre a Hart di distinguere in modo soddisfacente tra l'operatore giuridico e quello morale: parendogli l'operatore giuridico, unicamente colui che agisce perchè convinto che la norma della sua azione vada osservata: ma in tal modo attribuisce all'operatore giuridico un atteggiamento che è proprio del soggetto morale.

Bobbio censura la mia pretesa confusione tra formalismo e logicismo a proposito del pensiero di Kelsen. A me pare invece che Kelsen abbia inteso il suo formalismo proprio come una forma di logicismo, ed è rivelatore a questo proposito quanto egli afferma nella *General Theory* in un passo che mi pare centrale (1).

A proposito delle censure che a mia volta io rivolgo a questo tipo di teorie, sono il primo a riconoscere che altro è un giudizio tecnico (di idoneità a raggiungere un certo scopo) e altro un giudizio giuridico (ad esempio di liceità o di illiceità o di obbligatorietà): ciò che io rimprovero ai teorici del diritto di tipo « kelseniano » (e sono oggi i più) è la sterilità di una teoria che perde di vista il diritto come realtà, e si rivela infine incapace di dare alcuna indicazione utile ai giuristi ed agli operatori giuridici in generale. Se gli economisti si fossero baloccati con una semplice serie di distinzioni più o meno sottili sui giudizi di utilità, avrebbero fatto qualcosa di egualmente inutile agli operatori economici. Gli economisti hanno invece costantemente posto in relazione i giudizi di utilità coi giudizi tecnici corrispondenti, e ciò ha permesso loro di dare una « spiegazione » del processo economico, laddove i teorici del diritto di tipo « formalistico » o « puro » non sono stati in grado di fare nulla di simile, ovvero lo hanno fatto parzialmente e in modo distorto.

Non a caso una delle poche branche della teoria del diritto che poteva corrispondere per il suo « approach » e per la sua utilità alle teorie degli economisti, la « scienza della legislazione », ha avuto vita effimera, ed oggi nessun teorico « formalista » riterrebbe serio occuparsene: men-

(1) Riportiamo il passo citato dal prof. Leoni: « If, as stated above, it is the function of the hypothetical basic norm to shape the empirical legal material into a meaningful, that is, a non-contradictory order, the result of legal positivism seems to approach rather closely that of the doctrine of natural law. It is not decisive that they both provide a basis for positive law; positivism directly and consciously, the natural-law doctrine indirectly and, for the most part, unconsciously. The decisive point is this: all the endeavors of natural-law doctrine to determine an absolute value measurement for positive law, to define justice as its archetype, ultimately converge in the idea of a formal order, in the idea of a non-contradictory system, in a formula, in other words, which is reconcilable with any positive law. The ideal of justice has ultimately no other meaning than the hypothetical basic norm of critical positivism with its function of constituting the empirical legal material as an order. The idea of equality, for instance, which adherents of natural law most frequently affirm to be the essence of justice, the principle that equal things must be treated equally or, in other words, that equals deserve equally, *suum cuique*, does not actually proclaim anything more than the logical principle of identity or the principle of contradiction » (Hans KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Massachusetts, 1946, p. 439).

tre ad una teoria della legislazione dovrebbe corrispondere una teoria del diritto giudiziario, e una del diritto dei « privati » come lo chiamava Widar Cesarini Sforza, nonchè una teoria generale del rapporto fra queste varie forme di produzione del diritto.

Se i teorici del diritto mantengono la loro posizione volutamente sterile, non possiamo meravigliarci che il diritto (inteso oggi superficialmente soltanto come legislazione) venga lasciato al braccio secolare dei « politici » i quali assai di rado hanno la competenza per risolvere i problemi fondamentali della teoria del diritto, e passano quindi senz'altro ad un'azione (la legiferazione) che non può non risultare carente, quando non è addirittura dissennata.

Risposta di Uberto Scarpelli

Desidero dire, per prima cosa, di essere estremamente lusingato per l'attenzione che in questa tavola rotonda si è voluto dedicare al mio piccolo libro *Cos'è il positivismo giuridico*; e di essere particolarmente grato al nostro ospite prof. Leoni che, oltre a proporre il mio libro per la discussione, ha mostrato nella relazione di apertura di averne fatto una lettura così accurata, intelligente e penetrante. Sono anche molto lieto, come condirettore della collana « Diritto e cultura moderna », di vedere presi insieme ad oggetto della discussione i due primi volumi della collana, il libro di Bobbio e il mio; è questa la miglior prova che la collana è nata con una formula felice e si è avviata su una buona strada; peccato che non sia con noi, a condividere la mia soddisfazione, Renato Treves, il primo, certamente, fra i due direttori della collana.

A questi piacevoli sentimenti si unisce in me un vivo senso di imbarazzo. Nella relazione di Leoni e nei successivi interventi sono venute fuori tante mai cose interessanti e stimolanti che io, reso tardo dall'abitudine analitica a procedere lentamente e pedantemente punto per punto, ahimè non riesco ancora a riordinarle nella mia mente per trarne buon frutto. Sono dunque un po' confuso e, devo aggiungere, anche spaventato. Mi sono accorto nientemeno, ascoltando Fassò, che il mio mondo filosofico, il quale a me sembrava sì povero e schematico ma almeno abbastanza limpido e sereno, è invece un mondo di scheletri e di tigri fameliche. Non saprò insomma dare alle critiche risposte adeguate; tutto quel che posso riuscire a fare, adesso, è riproporre nei punti essenziali una mia linea di pensiero, inserendovi qualche tentativo di chiarimento e di giustificazione rispetto a quanto qui è stato detto.

Mi rifaccio per cominciare al rimprovero di astrattezza, anzi di arbitraria semplificazione, rivolto da Fassò alle posizioni di Bobbio e mia, e in generale a quelle dei teorici puri del diritto (ovviamente in senso kelseniano) e dei giuspositivisti. Ecco qui la faccenda dello scheletro: noi giuspositivisti siamo secondo Fassò come studiosi di anatomia che, desiderando svolgere sul corpo umano un discorso assolutamente rigoroso consentito soltanto dalla trattazione del sistema osseo, si occupino soltanto del sistema osseo e pretendano che sia questo il vero corpo umano. L'arguta immagine è molto efficace e suggestiva, ma sarà più appropriata se la gireremo in un'altra maniera. Ci sono alcuni filosofi del diritto non-giuspositivisti (alcuni, non tutti), i quali procedono come chi, volendo studiare e far studiare il corpo umano, non avesse voglia di indugiare nelle noiose distinzioni fra apparato osseo, muscolare, nervoso, circolatorio etc. e pretendesse di studiare e far studiare tutto insieme; o meglio tutte insieme l'anatomia, la fisiologia e la patologia. Una scuola di medicina così orientata po-

trebbe avere per slogan quello di «esperienza medica». Ma chi andrebbe a farsi curare da un medico educato in una simile scuola? Il fatto è che per capire le cose complicate bisogna rassegnarsi a distinguere, e solo dopo aver distinto ricomporle in unità: ciò che si può e si deve chiedere, certamente, allo scienziato intento a studiare lo scheletro, è di aver coscienza e di avvertire (se mai qualcuno potesse pensare il contrario) che lo scheletro non è tutto il corpo e partecipa alla vita dentro il corpo, non per suo conto. I teorici del diritto (più o meno) kelseniani e (più o meno) giuspositivisti, come Bobbio e come me, studiando quella cosa assai complicata che è il diritto si sentono pertanto tenuti a procedere attraverso le distinzioni di piani, di livelli e di metodi che Fassò chiama arbitrarie semplificazioni: se poi volta a volta cercano di fare un discorso rigoroso, sarebbe davvero stupefacente che proprio questo avesse a diventare contro di loro un capo di accusa. Ma abbiamo coscienza ed avvertiamo, quando (per riprendere l'immagine) studiamo lo scheletro, ossia quando ci dedichiamo alla teoria generale o formale o pura o come si voglia dire del diritto, che il discorso di tale teoria non esaurisce tutto il discorso sul diritto e le forme o strutture determinate da tale teoria non esauriscono tutti gli aspetti del diritto e della vita del diritto? Bobbio lo sa benissimo e, modestamente, lo so benissimo anch'io, e lo sanno in generale kelseniani e giuspositivisti. Non è un caso che, nella rinascita delle scienze sociali in Italia dopo la guerra, fra i più impegnati a promuovere la rinascita della sociologia del diritto ci siamo stati e ci siamo proprio noi kelseniani e giuspositivisti.

Affermando che negli studi sul diritto è bene procedere attraverso distinzioni di piani, livelli e metodi si viene ad assumere l'onere di indicare i possibili piani, livelli e metodi di ricerca e di discorso e di precisare ciascuna volta che ricerca si stia compiendo e che discorso si stia facendo. Io cercherò dunque di far qualcosa che mi sembra importante ai fini d'ogni discussione sul positivismo giuridico: cercherò di mettere in chiaro quali siano, fra i discorsi in vario modo relativi al diritto, il piano, il livello, il metodo assegnabili al discorso che stiamo svolgendo, al discorso sul positivismo giuridico. Ha detto Bagolini, dopo l'ormai rituale premessa che l'espressione «positivismo giuridico» ha nell'uso significati diversi: «Si tratta però di una espressione che, intesa in senso lato, indica in generale un atteggiamento mentale del giurista dottrinario e operatore, concernente il modo di fare il proprio lavoro e di intenderne la natura, l'oggetto e le finalità». Il discorso sul positivismo giuridico sarebbe dunque un discorso su un atteggiamento mentale, cioè un discorso di tipo psicologico. È invece mia impressione che, se non sempre, nella maggior parte dei casi i discorsi che si valgono dell'espressione «positivismo giuridico» per designare il proprio oggetto non siano discorsi psicologici. Poichè si è voluto in questa sede fare riferimento ai due libri sul positivismo giuridico di Bobbio e mio, aggiungo che, in particolare, il discorso di Bobbio mi par proprio non essere un discorso psicologico; e un discorso psicologico certamente non ha inteso essere e non è il mio.

Come può essere dunque fatto e preso, in correlazione ad almeno un significato attribuibile all'espressione «positivismo giuridico», il discorso sul positivismo giuridico? Il discorso sul positivismo giuridico può essere fatto e preso come un discorso sopra un modello di operazioni concettuali (operazioni con segni significanti, non importa se compiute «nella mente» o all'esterno, per esempio scrivendo, e con astrazione dagli eventi psicologici che le accompagnano) e sopra le condizioni che rendono possibili quelle operazioni. Un discorso su un modello di operazioni può esser mosso da un'intenzione descrittiva: cercando di costruire un modello di operazioni corrispondente a quanto certi operatori effettivamente fanno in certe condizioni si afferma appunto tale corrispondenza (corrispondenza con lo scarto che passa, ovviamente, fra le operazioni concrete e le determinazioni astratte di un modello). Oppure un discorso su un modello di operazioni può essere svolto con intenzione normativa: si propone e si raccomanda il modello suggerendo, esplicitamente o implicitamente, l'accettazione delle condizioni che rendono possibili quelle operazioni. Considerando un modello di operazioni, si tratti di un modello ritenuto corrispondente a quanto certi operatori effettivamente fanno o si tratti di un modello proposto o proponibile, possiamo portare la nostra attenzione sulle condizioni che rendono possibili quelle operazioni, mettendo in luce la loro eventuale dipendenza da scelte, impegni, convenzioni, e la loro eventuale connessione con le condizioni di altre operazioni concettuali e non concettuali. Possiamo in generale procedere a una collocazione del modello nel quadro d'una cultura e degli atteggiamenti e delle operazioni propri d'una cultura, così come noi la interpretiamo e ne costruiamo il quadro, rilevando le affinità e le differenze tra il nostro modello e altri modelli accettati in questa cultura. Il discorso sul positivismo giuridico, in correlazione ad almeno un significato attribuibile all'espressione «positivismo giuridico», può esser fatto e preso come un discorso sopra un modello di operazioni concettuali dei giuristi e sulle condizioni che rendono possibili quelle operazioni, nell'una o nell'altra delle direzioni ora indicate. È naturalmente importante avere chiara consapevolezza della direzione in cui il discorso sul positivismo giuridico si svolge: cambia infatti, secondo che uno voglia adoperare il modello in funzione descrittiva o normativa o esaminare le condizioni delle operazioni del modello o collocare culturalmente il modello, il tipo di argomenti appropriati a stabilire o confutare le varie tesi.

Il discorso di Bobbio e il mio discorso sul positivismo giuridico possono essere caratterizzati come discorsi sopra un modello di operazioni concettuali dei giuristi. Qui però, entro un orizzonte filosofico e teorico-giuridico in larga parte comune (in larga parte comune perchè io l'ho ricevuto da lui) viene fuori una grossa differenza tra le posizioni di Bobbio e le mie. Bobbio, come tutti sappiamo, distingue fra il positivismo giuridico quale modo di accostarsi allo studio del diritto, quale teoria e quale ideologia: trovando peraltro l'elemento dominante e costante e determinante del positivismo giuridico nel modo

di accostarsi allo studio del diritto, che è il modo scientifico (per la motivazione di questa affermazione rinvio a *Cos'è il positivismo giuridico*, pp. 25-26 e 40-41). L'essenza del trattamento dedicato da Bobbio al positivismo giuridico sta nella collocazione culturale del modello di operazioni concettuali dei giuristi, cui viene primariamente correlata l'espressione « positivismo giuridico », fra i modelli delle scienze. Il modello rimane piuttosto indeterminato; ne abbiamo però, con la sua collocazione nel campo delle scienze, una importanze caratterizzazione negativa, essendo escluse dal modello le operazioni concettuali di valutazione. Dalle condizioni che rendono possibili le operazioni del giuspositivista restano fuori, nel maggior grado possibile, scelte e convenzioni con il loro ineliminabile carattere soggettivo: l'unico impegno alla base del modello è l'impegno a conoscere le cose come stanno, l'impegno scientifico, e le operazioni del giuspositivista vertono sul diritto come è, sul diritto come fatto, sul diritto reale, ad esso volte da un'appropriata definizione del diritto siccome diritto positivo. Bobbio afferma la corrispondenza del suo modello all'effettivo operare dei giuristi scienziati, ossia ci fa vedere che nella storia della cultura giuridica c'è, e con una parte di grande rilievo, il positivismo giuridico quale modo scientifico di accostarsi allo studio del diritto; ed insieme lo ripropone e lo difende con fermezza, rinnovando anche a questo proposito la sua assidua battaglia per la moralità del conoscere imparziale ed oggettivo.

Per contrapporre nella maniera più netta il mio trattamento del positivismo giuridico al trattamento di Bobbio posso dire che mentre Bobbio pensa soprattutto alla conoscenza del diritto io penso soprattutto all'applicazione ed esecuzione del diritto. Siamo entrambi, in una linea liberamente e criticamente kelseniana, normativisti, entrambi concepiamo il diritto come sistema di norme, come ordinamento giuridico; ma Bobbio, quando parla di positivismo giuridico, mette al centro del discorso la conoscenza degli ordinamenti giuridici, ed io, quando parlo di positivismo giuridico, metto al centro del discorso, per riprendere un'espressione di Tarello, l'uso come norme delle norme degli ordinamenti giuridici. Questo non significa, naturalmente, che le questioni attinenti alla conoscenza del diritto non mi interessino: soltanto che, a mio giudizio, tutta la nostra materia va risistemata utilizzando la fondamentale distinzione, elaborata in particolare da Hart, fra il punto di vista esterno e il punto di vista interno nella considerazione delle norme di condotta e, in particolare, delle norme giuridiche. Il discorso sul positivismo giuridico va impostato quale discorso su operazioni di chi assuma il punto di vista interno. Come che sia da adoperare, in ogni modo, l'etichetta di « positivismo giuridico », il difetto sostanziale della posizione di Bobbio, quale si manifesta negli scritti sul positivismo giuridico (che qui sarebbe troppo lungo tentar di inquadrare nell'opera intera di Bobbio), è secondo me quello di trascurare la distinzione fra il punto di vista esterno e il punto di vista interno, o meglio di non utilizzarla alla stregua di una distinzione fondamentale, mancando per questo di conseguire alcune importanti chiarificazioni intorno alle operazioni concettuali concernenti il diritto.

La distinzione di Hart fra il punto di vista esterno e il punto di vista interno è stata attaccata da Leoni, il quale l'ha chiamata una cattiva copia della distinzione kantiana fra imperativi categorici e imperativi ipotetici. Mi consenta il nostro cortese ospite di affermare in modo alquanto... categorico (non essendoci qui il tempo di riesaminare la distinzione kantiana per metterla a confronto con quella di Hart) che le due distinzioni, anche se possono avere qualche punto di contatto, sono stabilite su piani e con criteri diversi. Stiamo comunque, senza preoccuparci del suo rapporto con la distinzione di Kant, alla distinzione di Hart. Il punto di vista esterno rispetto a norme è il punto di vista dell'osservatore che constata la produzione e l'impiego, da parte di uno o più soggetti, delle norme a guida e qualificazione della condotta; il punto di vista interno rispetto a norme è il punto di vista di chi assume egli stesso le norme a guida e qualificazione della condotta propria ed altrui. L'osservatore esterno può trovarsi a constatare che si producono e si impiegano a guida e qualificazione della condotta norme collegate in sistema, ossia norme formanti un ordinamento; e ci si può mettere dal punto di vista interno rispetto a un ordinamento, mettendosi in tal caso prima di tutto dal punto di vista interno rispetto ai criteri regolativi dell'appartenenza delle norme al sistema. Per lo sviluppo di queste tesi sono costretto a rinviare ancora una volta a *Cos'è il positivismo giuridico*: ora voglio sottolineare che di conoscenza del diritto come è, del diritto come fatto, del diritto reale, conoscenza libera da impegni al di fuori dell'impegno a conoscere le cose come stanno, si può appropriatamente parlare soltanto con riguardo alla conoscenza elaborata da un osservatore esterno.

La conoscenza dell'osservatore esterno è conoscenza storica se si rivolge alle individuali vicende di un ordinamento giuridico nel tempo, è conoscenza sociologica se dai dati rilevati a proposito di uno o più ordinamenti giuridici risale a generalizzazioni circa connessioni di causa — effetto, condizione — condizionato fra il diritto ed altre strutture, altri aspetti delle organizzazioni sociali. Conoscenza del diritto come è, del diritto come fatto, del diritto reale non possono essere considerate, invece, le elaborazioni dei giuristi che si pongono rispetto a un ordinamento giuridico dal punto di vista interno, assumendone le norme a guida e qualificazione della condotta. Intendo i giuristi « pratici », ovviamente, gli operatori del diritto che « usano » applicandole le norme di un ordinamento; ma intendo anche i giuristi « dottrinari », cultori delle discipline giuridiche dogmatiche. I giuristi dogmatici non attendono a procacciare conoscenza fattuale: non studiano il fatto che altri produca o impieghi norme, bensì, con un modo di procedere che è stato illuminato con particolare forza nelle opere di Cammarata, elevano le norme a criterio di regolarità e di qualificazione della condotta; non studiano il fatto che altri interpreti i segni espressivi di una norma in una certa maniera, ottenendo dai segni una certa norma, bensì interpretano essi stessi quei segni, prendendo partito fra le varie interpretazioni possibili; e integrano le norme e le rendono coerenti e le ricostruiscono in sistema, giungendo a proposizioni e insiemi di

proposizioni di cui non è facile chiarire a fondo la natura logica, ma che sicuramente non sono proposizioni descrittive di fatti. Tutti gli sviluppi meno recenti e più recenti della metodologia giuridica portano a concludere che il lavoro del giurista dogmatico può essere qualsiasi cosa, non però conoscenza del diritto come è, del diritto come fatto, del diritto reale.

Fra le discipline storico-giuridiche, sociologico-giuridiche e dogmatico-giuridiche non si sa bene dove collocare la teoria generale del diritto, per la ragione che, nonostante il gran parlare di teoria generale del diritto, non esiste un corpo sufficientemente omogeneo di attività comunemente praticate e comunemente denominate teoria generale del diritto, su cui si possa intervenire con una riflessione metodologica sistemandolo nell'universo delle discipline giuridiche. Ogni libro che rechi il titolo di «teoria generale del diritto», ha osservato argutamente Bobbio, è una scatola a sorpresa. Ora posso dire soltanto che per una teoria generale del diritto rigorosamente concepita e svolta si può pensare, nelle prospettive dell'epistemologia contemporanea, a due direzioni di ricerca. Una è la direzione empirica, quella adombrata da Kelsen nella prefazione alla *General Theory of Law and State*: una teoria generale del diritto risultante da un'analisi comparata dei diversi ordinamenti giuridici. In tal caso, almeno in qualche senso dell'espressione «analisi comparata», si potrà probabilmente affermare che la teoria generale del diritto procura conoscenza del diritto come è. L'altra direzione è quella di un'analisi trascendentale volta a determinare le forme dei possibili contenuti giuridici e delle possibili operazioni giuridiche. Quest'analisi, spesso tentata dai filosofi del diritto in versioni metafisiche, può essere oggi compiuta in versione logico-linguistica, esplorando, nell'universo di discorso identificato da una certa definizione del concetto di diritto, i rapporti fra gli elementi delle proposizioni giuridiche, i rapporti fra le varie specie di proposizioni giuridiche ed i rapporti fra le proposizioni giuridiche, i comportamenti ed i fatti cui esse si riferiscono. Sviluppando le implicazioni della definizione del concetto di diritto e delle altre, esplicite o sottintese, premesse costitutive dell'universo del discorso giuridico si accertano i rapporti necessari o possibili fra elementi di proposizioni, fra proposizioni, fra proposizioni e comportamenti e fatti, entro cui ogni contenuto giuridico e ogni operazione giuridica (giuridici secondo quella certa definizione del concetto di diritto) trovano posto e svolgimento. Si costituisce così un quadro di rapporti logici e semantici necessari e possibili, forme dei possibili contenuti giuridici e delle possibili operazioni giuridiche: forme determinabili a priori, e tuttavia esenti da ogni carattere e pretesa di assolutezza, in quanto dipendenti dalla definizione stabilita del concetto di diritto e dagli altri assunti cui è collegata. La via dell'analisi trascendentale è quella in effetti percorsa da Kelsen, con una impostazione notoriamente di tipo kantiano; la via, in ispecie, dell'analisi trascendentale in versione logico-linguistica mi sembra quella percorribile per un ripensamento attualmente valido della teoria di Kelsen. Una teoria generale del diritto

così concepita e sviluppata non porta a conoscere il diritto come è, il diritto come fatto, il diritto reale, ma soltanto a sapere come il diritto deve essere e può essere nell'aspetto formale quando siano accettate certe premesse; ed ha legami strettissimi con le discipline giuridiche dogmatiche, rendendo esplicito il quadro delle premesse e dei rapporti logici e semantici entro cui, se accettano tali premesse, le discipline dogmatiche svolgono il loro lavoro.

Il difetto sostanziale del trattamento del positivismo giuridico di Bobbio, dicevo più in alto, è secondo me quello di non utilizzare la distinzione fra il punto di vista esterno e il punto di vista interno nella considerazione delle norme di condotta alla stregua di una distinzione fondamentale, e così mancar di chiarire che il modo scientifico di accostarsi allo studio del diritto come è, del diritto come fatto, del diritto reale, è soltanto il modo di un osservatore esterno; lasciandoci incerti sull'identificazione delle discipline che possono vantar di conoscere il diritto come è. L'esemplificazione della teoria storicamente prodotta dal modo scientifico di accostarsi allo studio del diritto ci mette innanzi a tesi di teoria generale del diritto; ma quando Bobbio ci dice esser giuspositivista, giuspositivista nel senso dell'accostamento scientifico allo studio del diritto, chi «assume a criterio per distinguere una regola giuridica da una non giuridica la derivazione da fatti accertabili, come l'essere stata emanata da certi organi con certe procedure, o l'essere stata effettivamente seguita per un certo periodo di tempo da un certo gruppo di persone, e non la corrispondenza o meno a un certo sistema di valori», dà una caratterizzazione del giuspositivista che si applica benissimo anche ai giuristi dogmatici. Vediamo comunque le due alternative: o si ammette che conoscenza del diritto come è, del diritto come fatto, del diritto reale, sia soltanto quella di un osservatore esterno, appiccicando l'etichetta di positivismo giuridico sul modo scientifico di accostarsi allo studio del diritto di osservatori esterni, e allora si fa un uso del tutto improprio dell'etichetta stessa, che è sempre stata in una maniera o nell'altra connessa alle operazioni dei giuristi dogmatici e alla teoria generale del diritto che ne determina il quadro; o si attacca l'etichetta di positivismo giuridico sulle, o anche sulle operazioni dei giuristi dogmatici e sulla teoria generale del diritto che ne determina il quadro, indicando tuttavia l'essenziale del positivismo giuridico nel modo scientifico di accostarsi allo studio del diritto come è, del diritto come fatto, del diritto reale, e allora a mio giudizio si rischia di provocare gravi fraintendimenti intorno alla natura della dogmatica giuridica e della teoria generale del diritto.

L'etichetta di positivismo giuridico io l'ho adoperata, nel mio libro *Cos'è il positivismo giuridico*, a proposito delle operazioni concettuali dei giuristi pratici e dei giuristi «dottrinari», cultori della dogmatica giuridica, ed a proposito della teoria generale del diritto: più precisamente, l'ho appiccicata su un modello di operazioni dei giuristi pratici e dei cultori della dogmatica giuridica e sulla teoria generale del diritto ad esso corrispondente. Mi sono sforzato nel libro

di determinare adeguatamente il modello così etichettato: ora ricorderò, in sintesi, che caratteri principali del modo di operare secondo il modello giuspositivistico sono il riconoscere le norme valide nel diritto in base alla posizione delle norme stesse in conformità a norme giuridiche di livello superiore; e il procedere nell'applicazione pratica e nella ricostruzione sistematica delle norme attenendosi fin dove sian certi ai significati dei segni espressivi delle norme statuiti dalla tradizione linguistica, dall'uso tecnico etc. e attenendosi ai valori ispiratori delle norme stesse. Giuspositivisti sono dunque, nel mio uso di « positivismo giuridico », i giuristi pratici ed i cultori della dogmatica giuridica che si mettono dal punto di vista interno rispetto alle norme giuridiche riconosciute come valide perchè poste in conformità a norme giuridiche di livello superiore e procedono nell'applicazione e nella ricostruzione sistematica delle norme medesime restando fedeli ai significati dei segni espressivi delle norme, fin dove son certi, ed ai valori ispiratori delle norme; giuspositivistica è la teoria generale del diritto che muova per le sue analisi da un concetto di diritto definito in maniera da comportare quel modello di operazioni. Ritengo che questo impiego dell'espressione « positivismo giuridico » rimanga nel cuore dell'area di significanza in cui l'espressione è stata in passato ed è comunemente impiegata.

Riguardo al modello di operazioni su cui ho messo l'etichetta di positivismo giuridico ho cercato di fare due cose ben distinte. Prima cosa: attraverso una discussione centrata sulla validità delle norme giuridiche, sul presupposto logico dei giudizi di validità relativi alle norme giuridiche, la kelseniana norma fondamentale, e sui rapporti tra la norma fondamentale di un ordinamento giuridico e l'effettività dell'ordinamento stesso, ho cercato di mostrare come le condizioni del modello di operazioni giuspositivistico dipendano da una decisione, non giustificabile all'interno di un ordinamento giuridico, non fondabile sulla constatazione dell'effettività dell'ordinamento, che involge una scelta politica, legata a valori morali e ideologici. Una scelta politica, vorrei osservare a Leoni, che istituisce le condizioni delle operazioni del modello, e quindi su un piano logico può esser detta anteriore a quelle operazioni, ma va pragmaticamente mantenuta e si conferma in effetti, almeno per implicito, ogni volta che si operi secondo il modello, in un continuo esercizio della propria libertà. Portando in luce la scelta politica sotto le condizioni del modello di operazioni giuspositivistico, e illustrando i caratteri del modello, sono pervenuto a spostare questo modello dall'universo della scienza all'universo delle attività politiche, volte a realizzare un tipo o l'altro di organizzazione politica. Qui ho fatto la seconda e ben distinta cosa: a certe condizioni, ma soltanto a certe condizioni (e mi sono trattenuto in particolare sulla sua combinazione con strutture democratiche e costituzionalistiche) mi sono impegnato per il modello di operazioni giuspositivistico, riproponendolo e raccomandando ai giuristi, suggerendo apertamente la scelta politica che lo sottende. Questa presa di posizione politica, però, è venuta alla fine: la parte principale del mio lavoro

filosofico sul positivismo giuridico è stata dedicata, come ha bene inteso e detto Tarello, a mettere il giurista giuspositivista innanzi alle sue responsabilità morali e politiche.

Chiedo scusa di avere così a lungo insistito su quanto ho cercato di fare nel mio lavoro sul positivismo giuridico: ma da un lato è per me preoccupazione sempre risorgente, nota costante della mia esperienza intellettuale, quella di chiarire le mie idee e le mie posizioni nei confronti delle idee e delle posizioni del mio maestro Bobbio; dall'altro lato mi stava a cuore eliminare un fraintendimento che sembra esserci con Fassò, il quale mi considera un giuspositivista più... autentico di quel che in realtà sono. Se il positivismo giuridico veramente fosse, come dice Fassò, una tigre, potrei rispondere a Fassò che il mio primo intento è stato proprio quello di rivelarne la natura tigresca: si tratta poi di decidere, sapendo bene che la tigre è una tigre, se servircene contro belve ancora peggiori (i miei figli, ragazzini molto divertiti a sentire che il padre filosofo si occupa di tigri, mi segnalano una storia a fumetti, sul *Corriere dei piccoli*, in cui una stupenda tigre di nome Aram è appunto la preziosa alleata di un guerriero contro tremendi nemici). Io non sono un adoratore della tigre giuspositivistica, e sono disposto a servirmene solo in certe condizioni, quando posso ragionevolmente pensare che sia amica degli uomini... ma la tigre non è il positivismo giuridico. La tigre, che può dilaniarci e divorarci, e che purtroppo non possiamo toglierci di casa, è il potere politico. Il problema fondamentale del positivismo giuridico è il problema della scelta di strutture e metodi giuridici che, in concorrenza di certe condizioni, possano giovarci per imbrigliare la tigre e volgerne la forza a scopi umani.

Ancora due parole su punti toccati da Tarello e da Cattaneo. Tarello coglie il punto più dolente e critico di ogni discussione sul positivismo giuridico allorchè esprime il dubbio che si possa discriminare, nella maggioranza dei casi, fra interpretazioni e applicazioni fedeli e interpretazioni e applicazioni infedeli delle norme giuridiche. Può sembrare che la mia impostazione non-conoscitivistica della pratica giuridica e della dogmatica giuridica, sopra delineata, confermi ed aggravi simili dubbi. È invece proprio su questo terreno non-conoscitivistico, a mia opinione, che ha senso parlare, in luogo di interpretazioni e applicazioni vere o false, di interpretazioni e applicazioni di norme fedeli o infedeli: fedeli, fin dove sian certi, ai significati dei segni espressivi delle norme, statuiti dalla tradizione linguistica, dall'uso tecnico etc., fedeli ai valori ispiratori delle norme. L'approfondimento dei problemi di quest'ordine è però impresa complessa e difficile, in cui ora non possono addentrarmi.

Così Cattaneo come Tarello disapprovano l'impiego che ho fatto dell'espressione « positivismo giuridico »: Cattaneo, che è d'accordo con me su importanti tesi sostanziali, preferisce adoperare al posto di « positivismo giuridico » l'espressione « illuminismo giuridico »: Tarello consiglia che l'espressione « positivismo giuridico », fonte di notevoli confusioni, non sia più nè impiegata nè definita. Osservo a Cattaneo

che mentre « positivismo giuridico » mette l'accento su un metodo giuridico, su un modello di operazioni concettuali dei giuristi, « illuminismo giuridico » mette piuttosto l'accento sugli orientamenti e valori in nome dei quali possiamo, a certe condizioni, giustificare la scelta del modello giuspositivistico. Se io dunque son pronto a dirmi, insieme a Cattaneo (con le differenze che sappiamo) illuminista, Cattaneo dovrebbe esser disposto a dirsi insieme a me, quando si tratti specificamente del metodo giuridico e quando si faccia la scelta del modello giuspositivistico, giuspositivista. Osservo a Tarello che il suo atteggiamento è pericoloso. Quasi non c'è espressione filosofica che non abbia provocato confusioni, come e peggio di « positivismo giuridico »: ma se dovessimo eliminarle tutte, a quale povertà ridurremmo il linguaggio filosofico? La definizione esplicativa delle espressioni filosofiche controverse è invece una via per arrivare al cuore dei grandi problemi di una cultura: com'è accaduto, mi sembra, nelle discussioni che in questi anni si sono avute intorno al significato e alla definizione di « positivismo giuridico ».

Intervento finale di Angelo Ermanno Cammarata

Mi permetto di osservare che la discussione, nel modo in cui si è svolta finora, non è stata condotta sul piano speculativo, ma su quello sociologico. E poichè la sociologia si risolve immancabilmente in una descrittiva di fatti che si dicono storici, ma che in realtà sono fatti tipizzati sulla base di « punti di vista » diversi e non sempre, anzi assai raramente conciliabili o quanto meno suscettibili di integrarsi, i dissensi che sono affiorati in questa giornata e che ad un certo punto mi hanno dato l'impressione di assistere ad un epicedio del positivismo giuridico, erano e sono inevitabili; e non dissensi di lieve entità, ma, a momenti, impossibilità d'intendersi reciprocamente.

Psico-sociologico, infatti, è uno dei punti di vista che stanno alla base del c.d. positivismo giuridico: quello della maggiore o minore efficienza, diciam così, motivatrice, di certe norme al confronto di altre: ma ciò sottintende il criterio che la conformità di un comportamento ad una norma si spieghi solo con la sollecitazione psicologica esercitata dalla norma, sicchè tale comportamento costituirebbe l'attuazione della norma stessa. Ma questo criterio, in sede filosofica, è insostenibile (ed è insostenibile, oserei aggiungere, in sede di buon senso) perchè i motivi di un comportamento che si presenti conforme ad una norma non sono enumerabili, ed è arbitrario ridurlo ad uno solo, che per altro può anche mancare del tutto. Partendo, quindi, da un siffatto criterio, si navigherà nel mare dei « supergiù » e dei « press'a poco » assunti a fondamento della c.d. validità, condizionata o meno dalla c.d. effettività, e l'una e l'altra mescolate in dosi variabili per stabilire la « positività » di una norma o di un complesso di norme. Positività non certo in senso rigorosamente storico ma, appunto, sociologico, poichè ogni norma di cui si accerti la realtà storica non è meno « positiva » di altre cui si attribuisca una particolare e diversa efficienza psicologica. L'osservazione, a mio modesto avviso, decisiva, del Croce, essere ogni regola o norma un elemento della situazione reale in cui l'individuo opera, epperò destinata a risolversi nella sintesi sempre nuova dell'azione, quasi un pezzo di quel combustibile che si bruci alla sua fiamma — e questa osservazione, purtroppo, è rimasta ignorata — tronca alla radice, sul piano speculativo, tutte le discussioni pro e contro la « statualità » o la « socialità » delle norme giuridiche: si fondi, perciò, sull'una o sull'altra la « positività » si resterà sempre sul piano di una descrittiva che può chiamarsi soltanto sociologica, non storiografico-giuridica, e meno che mai filosofica.

Anche un altro punto di vista affiora non di rado nelle discussioni sul positivismo giuridico: è quello che chiamerei « strumentalistico » meglio che « teleologico », richiamato implicitamente o esplicitamente allorchè si cerca di far leva sulla c.d. coazione o coercibilità che si dica. È perfettamente legittimo considerare una norma o un complesso di norme come « strumenti » volti a conseguire certi risultati: ma anche su

questo terreno, indubbiamente cònsono all'indole delle costruzioni sociologiche, il cammino è piuttosto infido, perchè le finalità che si possono assegnare alle norme, p. es., a quelle « statuali » raramente presentano un carattere di univocità: basti pensare al divario tra finalità del *legis lator* e finalità dei *subiecti*.

La questione, ovviamente, cambia d'aspetto se la positività della norma s'intende come « esclusività » avente per fondamento una scelta. È questa la strada che ho cominciato a battere or sono quarant'anni, anche se oggi mi sembra più esatto parlare di una scelta che si fa volta per volta, in relazione al singolo « caso », anzichè di scelta di un complesso di norme. Giurista antico e giurista moderno, giurista continentale e giurista anglo-sassone, giurista teorico e giurista pratico hanno in comune, infatti, un terreno che è quello dei « casi »: una « dogmatica » che risulti incapace di risolvere singoli « casi » rimane sostanzialmente tagliata fuori dal sapere giuridico vero e proprio. Ora proprio con il criterio della scelta si è in grado di chiarire, se è vero, come mi sembra vero, che l'essenziale di ogni « caso » — a parte il c.d. conflitto d'interessi che talvolta appare tirato addirittura per i capelli — si può riassumere nella formula « come doversi comportare », si è in grado di chiarire, ripeto, la genesi, diciam così mentale, di quel « dover essere del comportamento » in cui è il significato preciso di ciò che chiamiamo « obbligo » o « dovere » in senso legalistico. Ma su questa stessa via — e qui aderisco a quanto ha osservato Bruno Leoni sulla necessità che giuristi ed economisti comincino a conoscersi meglio — si potrà chiarire il senso economicistico della scelta: poichè, in fondo, anche per l'economista, e poi in modo addirittura macroscopico per il politico, ogni concreto problema, presupposto di ogni e qualsiasi descrittiva, si riassume sempre nella formula del « come doversi comportare ».

IL POLITICO

RIVISTA TRIMESTRALE DI SCIENZE POLITICHE

diretta da **BRUNO LEONI**

COLLABORATORI

Henry J. Abraham, Gerald Abrahams, Mario Albertini, A. A. Alchian, Maurice Allais, Ettore Anchieri, S. Anglo, Pietro Armani, Mario Arpea, D. E. Ashford, Vittorio Bachelet, L. Bagolini, Nicholas Balabkins, Laura Balbo, Tito Ballarino, A. Baratta, Filippo Barbano, Harry E. Barnes, Silvio Basile, Maurice Battelli, P. T. Bauer, Mario Bendiscioli, Anacleto Benedetti, Feliciano Benvenuti, Paolo Beonio-Brocchieri, Vittorio Beonio-Brocchieri, Paolo Biscaretti di Ruffia, Norberto Bobbio, Giorgio Borsa, Anthony T. Bouscaren, G. Bruni Roccia, James M. Buchanan, Luigi Bulferetti, Carlo Cipolla, Arturo Colombo, Mario Comba, A. G. Conte, P. Cortney, G. Cotti-Cometti, Thomas A. Cowan, Pietro Crespi, Vezio Crisafulli, Emilio Crosa, Charles Crowe, Federico Curato, Aldo Dami, Félix Débyser, W. T. Deininger, Giorgio Del Vecchio, Rodolfo De Nova, L. Derwa, Agostino De Vita, Maria Antonia Di Casola, Ferdinando Di Fenizio, Ennio Di Nolfo, Léon Dion, Mattei Dogan, Milan St. Durica, Luigi Einaudi, F. C. Engelman, I. Faso, Carlo Emilio Ferri, Lawrence Fertig, Francesco Forte, G. Freddi, Alfred Frisch, Eugenio Frola, Robert M. Frumkin, Silvio Furlani, Giuseppe Gadda Conti, Ludovico Geymonat, Carlo Giglio, Corrado Gini, Alessandro Giuliani, S. S. Goodspeed, Pietro G. Grasso, L. S. Greene, A. Grisoli, Jenny Griziotti Kretschmann, Feliks Gross, G. Haberler, Otto de Habsbourg, Charles M. Hardin, F. A. Harper, Ralph Harris, Paul Hatry, Henry Hazlitt, F. A. Hayek, M. H. Heilperin, Walter Heinrich, Karl L. Herczeg, R. E. Herzstein, D. C. Hodges, I. L. Horowitz, F. W. Howton, W. H. Hutt, Dudley W. Johnson, Roberto Jouvenal, K. P. Karunakaran, R. Kelf-Cohen, Arthur Kemp, Basile Kerblay, Ernst Kern, Jerome G. Kerwin, Robert W. King, H. B. Kirshen, George Koether, James Kritzeck, Alain Lancelot, Jacob M. Landau, Ivo Lapenna, P. E. Lapide, Gaston Leduc, Franco Leidi, Libero Lenti, Bruno Leoni, Remo Linda, J. F. Lively, Joseph Lob, Kenneth V. Lottich, H. M. Macdonald, Paul D. McCusker, Manuel Maldonado-Denis, Giuseppe Maranini, Antonio Marongiu, Geoffrey Marshall, Temistocle Martines, Gino Martinoli, Angiola Massucco-Costa, André Mathiot, Melvin Mednick, Renato Melis, U. Melotti, Jean Meynaud, Boris Mirkine-Guetzevitch, Hans J. Morgenthau, W. H. Morris-Jones, Franco Mosconi, Leonard W. Moss, M. Mozzati, Atanasio Mozzillo, Jacques Narbonne, E. F. Nash, A. A. Navarro Vasquez, Guglielmo Negri, Giuseppina Nirchio, E. Noël, Alec Nove, Bino Olivi, Giancarlo Origgi, Mario Ortolani, Kenneth H. Parsons, Talcott Parsons, Alessandro Passerin d'Entrèves, S. Passigli, Mario Pedini, Eugenio Pennati, Giacomo Perticone, C. E. Philbrook, David Philip, Hanns Pichler, Enrica Pischel, Alessandro Pizzorno, Gerald Popiel, K. R. Popper, Michael M. Postan, Roscoe Pound, Romain Rainero, Jean Ranger, Victor A. Rapport, L. E. Read, Graham Rees, John C. Rees, George Reisman, Riccardo Richard, Sergio Ricossa, Arnold Rivkin, Lionel Robbins, R. O. Roberts, D. H. Robertson, Wilhelm Roepke, Francesco Rossolillo, Salvatore G. Rotella, Joseph S. Roucek, Bertrand Russell, Luciano Saffirio, A. Sakoff, G. Sartori, Pasquale Scaramozzino, G. Schmölders, Helmut Schoeck, Robert M. Schuchman, Isacco Sciaky, A. M. Scott, H. F. Sennholz, Guido Sertorio, A. A. Shenfield, B. R. Shenoy, C. W. Shull, D. Sidjanski, O. M. Smolansky, Gioele Solari, Louis M. Spadaro, R. Spann, R. F. Staar, W. Stervander, Mario Stoppino, Leo Strauss, Anagarika Sugatananda, Kelichi Takeuchi, Mario Talamona, J. S. Talarico, Seigen Tanaka, Georges Ténékidès, Jean Touchard, Liliana Treves, L. R. Tripp, Gordon Tullock, T. E. Utley, J. M. Van der Kroef, Jacques Van Offelen, J. Van Sickle, Georges Vedel, Guido Vestuti, Daniel Villey, Gerhard Weinberger, Egbert S. Wengert, D. Wightman, J. S. G. Wilson, Peter Winch, H. Winthrop, Eugène Zaleski, W. Zartman, Carter Zeleznik, Jean Ziégler, Carle C. Zimmerman, Armando Zopolo.

Abbonam. annuo **per il 1967: Sostenitore L. 10.000 - Italia L. 4000**
Studenti L. 3000 - Estero $ 8.00 (+ $ 1.00 per spese postali)
Abbonamento ridotto per i Magistrati L. 3.200.

ISTITUTO DI SCIENZE POLITICHE - UNIV. DI PAVIA