

in F. Viola, *Concezioni dell'autorità e teorie del diritto*, Japadre, L'Aquila 1982, pp. 133-165

Capitolo Primo

KELSEN E L'AUTORITÀ

La vastità del problema esige un'immediata specificazione ed un'autolimitazione riguardo all'ambito dell'indagine. Noi siamo interessati al significato giuridico che Kelsen attribuisce al concetto di autorità. Trascureremo quindi non solo il significato psicologico e teologico di autorità, ai quali Kelsen ha dedicato una certa attenzione, ma soprattutto quello politico, che pure è molto presente nei numerosi scritti kelseniani sulla democrazia e sul socialismo¹. Più modestamente ci occuperemo, dunque, del modo in cui la teoria kelseniana del diritto affronta il problema dell'autorità. E già questo è un compito gravoso, specie in considerazione della copiosa produzione da esaminare².

E' nota la sostanziale continuità di pensiero tra le prime opere giuridiche di Kelsen e le ultime, nonostante qualche modifica e aggiustamento di carattere secondario

¹ Cfr., ad esempio, H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in H. KELSEN, *La democrazia*, trad. di G. Melloni, Bologna, IV ed., 1981, pp. 119-132 e H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, trad. di R. Racinaro, Bari, 1978, p. 93 e ss.

² Ci riferiremo principalmente ai seguenti scritti di Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Aalen, rist. an. della II ed., 1960 - d'ora in poi citata come HS; *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, 1911 (trad. it. di G. Calabrò, Napoli, 1974) - d'ora in poi citata come GZ; *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Aalen, rist. an. della II ed., 1960 - d'ora in poi citata come PS; *General Theory of Law and State*, New York, rist., 1973 (trad. it. di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1963) - d'ora in poi citata come GTLS; *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960 (trad. it. di M. G. Losano, Torino, 1966) - d'ora in poi citata come RR; *Allgemeine Theorie der Normen*, herausgegeben von K. Ringhofer und R. Walter, Wien, 1979 - d'ora in poi citata come ATN. Per il nostro tema cfr. J. W. HARRIS, *Kelsen's Concept of Authority*, in «Cambridge Law Journal», 36 (1977), pp. 353-363.

e, in ogni caso, relativo ad una più corretta applicazione dei principi generali della sua dottrina. Conosciamo da parte di Kelsen ben poche ritrattazioni esplicite concernenti punti importanti della sua teoria e ancor più scarsi sono i riconoscimenti della debolezza delle proprie concezioni. Uno di essi riguarda la norma fondamentale. Kelsen ha riconosciuto che la sua norma fondamentale poggia su una finzione³, ammissione significativa per chi aveva scritto un volume per combattere le finzioni della scienza giuridica tradizionale⁴. Siccome la problematica che ruota intorno alla norma fondamentale interessa direttamente il concetto kelseniano di autorità, questo riconoscimento ha per noi un notevole rilievo e ci aiuta ad individuare tre fasi nella evoluzione del concetto kelseniano di autorità.

La prima fase, che prende l'avvio da *HS* (1911), consiste nell'espulsione del concetto di autorità dall'ambito della scienza giuridica, poiché esso è troppo legato alla matrice volontaristica ed imperativistica. La critica radicale dell'imperativismo giuridico, ritenuto responsabile della confusione tra politica e diritto, è anche critica del concetto giuridico tradizionale di autorità. Tale concetto risulta infatti troppo legato a spiegazioni di tipo causale e non normativo.

La seconda fase, che prende l'avvio dalla riflessione sul problema della sovranità (*PS*, 1920), approda all'elaborazione di un concetto di autorità proprio della scienza giuridica e coincidente con quello di *autorità costituita* (*GTLS*, 1945). Ma quest'autorità non è per definizione autosufficiente e rimanda al problema del suo fondamento, che è poi il fondamento di validità del sistema giuridico. Bisognerà quindi provare l'autosufficienza del concetto di autorità elaborato dalla scienza giuridica in altro

³ Cfr. « Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht », 13 (1964), p. 119 e ss.

⁴ Che la lotta alle finzioni sia il primo obiettivo della scienza giuridica kelseniana, lo si legge nella prefazione alla I edizione di *HS*, Tübingen, 1911, p. VIII.

modo, cioè dimostrando che i fondamenti del sistema giuridico non riposano fuori di esso.

La terza fase è costituita dal travaglio di pensiero relativo alla teoria della norma fondamentale. Essa è evidentemente la sede di un discorso sulla fonte e l'origine dell'autorità costituita. In tal senso la seconda edizione della *Dottrina pura del diritto* (1960) si può considerare l'espressione più compiuta di questa teoria. Ma il fondamento dell'autorità è un'autorità? Kelsen nega che la norma fondamentale possa considerarsi propriamente tale. Tuttavia, se è una vera e propria norma, deve avere collegamenti con un atto di volontà. L'approfondimento di questi legami, particolarmente presente nell'opera postuma (ATN, 1979), evidenzierà la presenza nel pensiero di Kelsen di un persistente residuo imperativistico.

1. *Espulsione del concetto di autorità dalla scienza giuridica*

Fin dalle prime pagine di *HS* il concetto di autorità si presenta collegato alle norme, siano esse morali o giuridiche. Kelsen parla dell'autorità come della fonte di produzione delle norme (*die gesetzgebende Autorität*)⁵ ovvero anche come di un'attività normatrice (*die normierende Autorität*)⁶. Proprio questa relazione essenziale tra autorità e norma induce a parlare di « autorità del diritto » (*die Autorität des Rechts*)⁷. L'espressione non indica una intrinseca autorità che le norme giuridiche possederebbero, ma piuttosto quell'autorità che è propria della fonte di produzione giuridica. Il termine 'diritto' comprende in tal caso non solo le norme, ma anche la fonte autoritativa di esse. Infatti si vede nello Stato un'autorità al di sopra degli individui (*äusserindividuelle Autorität*)⁸, vale a dire

⁵ *HS*, p. 40.

⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁷ *Ibidem*, p. 40.

⁸ *Ibidem*, p. 41.

in una posizione di dominio che giustifica già di per sé la forza obbligatoria dei suoi comandi.

Questi usi del concetto di autorità, che Kelsen registra senza ancora assumere una posizione teorica personale nei loro confronti, evidenziano già due aspetti rilevanti di tale concetto: da una parte una relazione causale tra autorità e norma e, dall'altra, una relazione di superiorità tra il soggetto che pone la norma ed i soggetti che sono obbligati da essa. Mentre il primo aspetto concerne il concetto generale di autorità, il secondo è di estrema importanza per distinguere le varie specie di autorità.

Nell'epoca del diritto consuetudinario l'autorità giuridica si confondeva con quella morale. Il diritto infatti si presentava come prodotto della volontà del popolo e la sua autorità riposava sull'interiorità di coloro che lo producevano ed, al contempo, si sottomettevano ad esso. Non essendovi in sostanza una vera e propria relazione di superiorità, non è possibile distinguere nettamente l'autorità giuridica dall'autorità morale.

Nell'epoca del diritto codificato lo Stato si presenta come un'autorità sopraindividuale che produce diritto. Questo diritto è obbligatorio indipendentemente dalla volontà del singolo. Si stabilisce così una profonda differenza tra morale e diritto, tra il carattere autonomo dell'una e il carattere eteronomo dell'altra. E' ciò sufficiente ad attribuire al concetto di autorità un significato propriamente giuridico? E' quasi superfluo ricordare che per Kelsen un concetto è giuridico quando è prodotto dalla scienza del diritto, cioè quando può essere assimilato dalla costruzione giuridica senza entrare in contrasto con l'unità metodica ed il carattere normativo della scienza del diritto. A quella domanda Kelsen risponde negativamente. La risposta è il risultato di una paziente analisi del concetto giuridico di volontà, che costituisce l'obiettivo centrale di *HS*.

La teoria imperativistica ha strettamente collegato il concetto di autorità giuridica a quello di «volontà dello Stato». La critica kelseniana all'imperativismo e, in particolare modo, alla concezione imperativistica della volontà

dello Stato ha perciò una diretta influenza anche sul modo d'intendere l'autorità dello Stato.

Nell'ambito dell'imperativismo il concetto di autorità ha la funzione di spiegare l'obbligatorietà delle norme giuridiche. Jellinek aveva considerato tra le caratteristiche essenziali delle norme giuridiche anche la proprietà di essere emanate da un'autorità esterna riconosciuta. In questo contesto l'obbligatorietà di una norma o — il che è lo stesso — l'autorità di chi l'emana è la sua capacità di determinare la volontà mediante una motivazione⁹. La critica più elementare, che si può muovere a questa concezione della validità di una norma, è quella di notare quanto essa sia intrisa di elementi naturalistici e quindi non rispettosa della distinzione tra *Sein* e *Sollen*. Si può dire che il desiderio di separare nettamente le norme giuridiche da quelle morali abbia non di rado spinto l'imperativismo verso una concezione fattuale e naturalistica del diritto. Lo Stato realizza il suo volere mediante l'uso della forza fisica e ciò conferisce forza obbligatoria alle norme giuridiche, che sono l'espressione della volontà dello Stato¹⁰. In questa formula si stabilisce un'equivalenza tra volontà e autorità dello Stato e si dà ad entrambe una portata fattuale. In tal modo non sarà mai possibile intendere l'autorità dello Stato come un'autorità morale, anche se i contenuti della volontà dello Stato possono coincidere con quelli delle norme morali.

All'estremo opposto di questa scissione tra autorità morale e autorità giuridica sta la loro identificazione. Anche per questa direzione di pensiero bisogna risalire a Jellinek, che intendeva allargare il campo delle motivazioni che spingono ad obbedire alle norme giuridiche. Le pressioni esterne (*äussere Mächte*), che inducono a conformarsi alle norme, non si limitano infatti alla minaccia della coazione fisica, ma hanno un più ampio spettro di azione. Ciò significa che non bisogna considerare restrittivamente

⁹ Cfr. la citazione di Jellinek in *HS*, p. 222.

¹⁰ *Ibidem*, p. 56.

le norme giuridiche come norme coattive, ma più opportunamente come « garantierte Normen »¹¹. Accanto alle altre garanzie di adempimento del diritto si pone così anche la autorità dello Stato. Non è necessario che lo Stato ricorra alla minaccia della sanzione per essere obbedito, molte volte basta la sola coscienza che un comando procede dallo Stato per assicurarne l'osservanza¹².

E' facile per Kelsen cogliere il sofisma di tale argomentazione. L'autorità, che qui è chiamata in causa, non è per nulla l'autorità dello Stato, ma un'autorità fondata sull'autonomia morale. Siamo di fronte ad un'autorità morale o religiosa, non già ad un'autorità giuridica. Soltanto i comandi di Dio debbono essere obbediti per il solo fatto che provengono da Dio, ma non già quelli dello Stato. L'eteronomia dell'autorità giuridica si manifesta dal fatto che solo in ragione della pena e dell'esecuzione forzata appartiene allo Stato un'autorità propria, indipendente da tutte le altre. Pena ed esecuzione sono nei confronti dei cittadini le manifestazioni giuridiche del potere dello Stato. La norma giuridica esprime la volontà dello Stato solo in quanto contiene la volontà della pena o dell'esecuzione. In tal modo l'autorità è rivestita di una forma giuridica¹³. La conclusione è che il ricorso all'autorità dello Stato non è cosa diversa dal ricorso a determinate manifestazioni di questa volontà.

A ben guardare le due posizioni dell'imperativismo giuridico a proposito dell'autorità statale, cioè la netta separazione tra autorità giuridica e morale e il tentativo di far valere l'autorità dello Stato come autorità morale, rientrano ambedue in una concezione naturalistica ed esplicativa della scienza giuridica. Il ricorso all'autorità dello Stato *sic et simpliciter* ha qui significato solo in quanto costituisce una motivazione psicologica che induce all'osservanza della norma. Essa propriamente è causa dell'efficacia

¹¹ *Ibidem*, p. 222.

¹² *Ibidem*, p. 224.

¹³ *Ibidem*, p. 225.

della norma¹⁴. Non v'è quindi alcuna incoerenza metodologica nelle oscillazioni dell'imperativismo tra la teoria del comando e la teoria della sanzione. Entrambe appartengono ad una concezione esplicativa, non già normativa, della scienza giuridica.

Nella teoria imperativistica lo Stato è presentato come un'autorità fornita di potere, che mediante comandi e divieti impone ai cittadini determinati comportamenti. Il rapporto tra Stato e cittadini è dunque un rapporto di sovrordinazione da una parte e di subordinazione dall'altra. Secondo Kelsen caratterizzare lo Stato per la sua posizione di supremazia è dare di esso una concezione sociologica, non giuridica. La supremazia dello Stato è infatti una posizione di forza che lo Stato ha nei confronti dei sottoposti e che risulta dalla capacità effettiva dei suoi organi di dare adempimento alle sanzioni. Ma ciò non interessa al giurista, perché riguarda il dato di fatto sociale e psichico del potere dello Stato. I rapporti di forza, di dominio o di superiorità sono fattuali e non giuridici; essi appartengono all'ambito dell'essere e della spiegazione causale.

Dal punto di vista giuridico, come la proposizione giuridica (*Rechtssatz*) non è un comando, così lo Stato non si presenta come un'autorità¹⁵. Ciò significa che per Kelsen l'autorità non è un concetto giuridico, ma sociologico¹⁶. Non lo stesso si deve affermare invece per il concetto di «volontà dello Stato», che è invece giuridico e non sociologico. Il risultato è dunque una scissione tra l'autorità dello Stato e la volontà dello Stato. Si tratta di concetti appartenenti a distinti ambiti scientifici, perché riferentisi a mondi diversi: al mondo dell'essere l'autorità e al mondo del dover essere la volontà.

E' interessante notare il completo capovolgimento

¹⁴ Ritroveremo una posizione simile nel pensiero di Alf Ross.

¹⁵ *Ibidem*, p. 226.

¹⁶ Per il concetto sociologico di Stato v. anche H. KELSEN, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Tübingen, 1922.

delle posizioni imperativistiche operato da Kelsen. Nell'imperativismo il concetto di autorità conserva, pur se contraddittoriamente, una connotazione deontologica, mentre il concetto di volontà è sviluppato in forma psicologica; per Kelsen è esattamente il contrario.

Per la sociologia lo Stato si presenta come soggetto di dominio (*Herrschaftssubjekt*)¹⁷, mentre per la scienza giuridica esso è soggetto di diritti e di doveri (*Subjekt von Rechten und Pflichten*)¹⁸. Ciò vuol dire che dal punto di vista giuridico la persona dello Stato non è né superiore né inferiore agli altri soggetti di diritto ed intreccia con questi solo rapporti di coordinazione all'interno dell'ordinamento giuridico¹⁹. D'altra parte l'ordinamento giuridico non è altro che il coordinamento dei rapporti tra quel soggetto di diritti e doveri che è lo Stato e gli altri soggetti di diritto²⁰.

La scienza giuridica non considera lo Stato come il creatore del diritto. Che lo sia è anche questa una tesi tipica dell'imperativismo. Ma considerare lo Stato come la causa che produce con i suoi comandi il diritto come effetto significa per Kelsen porsi in una prospettiva causale, non già normativa. In tal caso la produzione del diritto diverrebbe la funzione principale e caratterizzante dello Stato²¹. In verità nessun atto del processo legislativo, né questo nel suo complesso, si può considerare come una funzione dello Stato. Sono tutti fatti che cadono al di fuori della scienza giuridica. È errato infatti affermare che lo Stato agisce quando una camera legislativa approva una legge o quando la si pubblica nella Gazzetta Ufficiale. Qualora si imputassero allo Stato tutti gli atti del processo legislativo o tutti gli atti degli organi dello Stato, allora sarebbe possibile allo Stato entrare in contraddizione con

¹⁷ *HS*, p. 396.

¹⁸ *Ibidem*, p. 226.

¹⁹ *Ibidem*, p. 397.

²⁰ *Ibidem*, p. 233.

²¹ *Ibidem*, p. 406.

se stesso e non vi sarebbe più un'unitaria volontà dello Stato²². Il processo legislativo non è una funzione dello Stato o del diritto, ma il presupposto di entrambi, un presupposto che giace al di fuori dei loro confini²³. Se la legislazione fosse una funzione dello Stato ed una produzione della sua volontà, lo Stato creerebbe se stesso. Il che è assurdo. In realtà il problema del sorgere dello Stato e del diritto non è un problema della scienza giuridica, ma di una scienza esplicativa e causale del tipo delle scienze della natura.

Non dimentichiamo che Kelsen considera il metodo teleologico come un metodo causale²⁴. Orbene, l'errore capitale dell'imperativismo giuridico è l'identificazione dello scopo dell'ordinamento giuridico con la volontà dello Stato. Lo scopo dell'ordinamento è, ad esempio, impedire il furto, mentre la volontà dello Stato è la punizione del furto. Lo scopo è sempre il contenuto di un atto psicologico di volontà. Per cui identificare scopo e volontà conduce ad attribuire allo Stato una volontà psicologica. Ma lo Stato non è soggetto di uno scopo. Ciò non significa che non abbia uno scopo. Infatti è diretto ad assicurare l'ordine e la pace sociale. Tuttavia non è in relazione a questo scopo come un soggetto, ma come l'oggetto stesso di questo scopo, cioè come *mezzo*. Stato e ordinamento giuridico sono i mezzi con cui un determinato scopo è raggiunto. I soggetti di questo scopo sono i singoli uomini e la comunità sociale²⁵. Poiché lo Stato e l'ordinamento giuridico sono mezzi, la scienza giuridica ha carattere formale. Lo Stato è una particolare forma di organizzazione

²² *Ibidem*, pp. 408-409. Questa convinzione condurrà alla tesi che un conflitto di norme rappresenta un'assurdità pari ad una contraddizione logica di asserzioni, tesi a cui — come è noto — Kelsen rinuncerà negli ultimi scritti. Cfr. M. G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1981, pp. 125-137.

²³ *HS*, p. 410.

²⁴ Cfr. la critica a Stammler in *HS*, p. 58 e ss.

²⁵ *Ibidem*, pp. 208-209.

della società²⁶. L'atto legislativo è il luogo in cui costume e morale, interessi economici e religiosi, diventano volontà dello Stato. Il processo di costruzione della volontà dello Stato è il cordone ombelicale che lega lo Stato al grembo materno della società²⁷.

Ritorniamo ora a quella separazione tra autorità della società e volontà dello Stato operata dal pensiero kelseniano ed osserviamone le conseguenze sul piano concettuale.

Se l'autorità viene confinata nel mondo del fattuale, non solo non è più un problema giuridico, ma neanche un problema etico. L'autorità coincide con il potere (*Macht*), con la pura forza, ed il rapporto di autorità è un rapporto di dominio (*Herrschaft*). Questa d'altronde era, nella seconda metà del secolo XIX, il modo di considerare l'autorità diffuso nelle scienze sociali. Kelsen non fa che seguire questa linea di pensiero e, proprio per questo, il concetto di autorità viene estromesso dall'ambito della scienza giuridica. L'autorità, dunque, non serve a fondare il dover essere delle norme, nè fornisce a questo proposito un criterio significativo. Bisognerebbe infatti in tal caso rispondere alla domanda « come riconoscere l'autorità? ». La risposta che l'autorità si riconosce dalla capacità di statuire norme o di porre un dover essere è palesemente tautologica²⁸.

L'autorità non serve neppure a fondare l'obbligatorietà delle norme giuridiche, cioè la forza vincolante che la norma esercita nei confronti dei destinatari. I tentativi in tal senso, che Kelsen conosce, hanno condotto a costruire l'obbligo giuridico sulla falsariga dell'obbligo morale, sviluppando una stretta analogia tra i due concetti. L'obbligo in generale è presentato come uno stato psicologico interno e consiste nel fatto che alla volontà del singolo è presentata l'esigenza di riconoscere un determinato motivo

²⁶ *Ibidem*, p. 410.

²⁷ *Ibidem*, p. 411.

²⁸ *Ibidem*, p. 71.

come il più forte. L'obbligo è la coazione che la legge (morale o giuridica) esercita sulla volontà dei soggetti e che agisce o nella loro coscienza o nel loro sentimento. Tuttavia, perché una legge obblighi, cioè eserciti un vincolo interiore, è necessario che sia conosciuta dai suoi destinatari. Bisogna dunque riconoscere la norma per essere obbligati. In quest'atto di riconoscimento bisogna vedere il momento essenziale dell'obbligazione, perché costituisce la mediazione tra la volontà esterna (autorità) e l'io del singolo²⁹. Queste teorie dell'obbligazione morale oscillano tra la preminenza del momento della volontà esterna, dell'imperativo o dell'autorità e la preminenza della volontà dell'obbligato, cioè dell'atto di riconoscimento³⁰. Ciò conduce all'affermazione che ogni vera obbligazione è un'auto-obbligazione. E' naturale quindi che sfocino nella teoria del riconoscimento (*Anerkennungstheorie*), contro cui Kelsen avanza critiche radicali³¹.

A noi qui interessa soltanto notare che per Kelsen anche queste teorie dell'obbligo, che pure utilizzano all'interno della scienza giuridica il concetto di autorità come fondamento dell'obbligatorietà delle norme, finiscono per eliminarlo o, almeno, per renderlo superfluo. La teoria dell'auto-obbligazione è la negazione di un ruolo significativo dell'autorità nell'ambito dell'obbligatorietà delle norme. Se l'obbligazione scaturisce dall'identificazione dell'io con l'autorità, la sola e vera autorità è alla fin dei conti quella dell'io individuale. Ma ciò è nella sostanza la negazione di ogni autorità.

In conclusione, possiamo affermare che il concetto di autorità è, sotto molti riguardi, inservibile per la scienza giuridica ed è fonte di confusione metodologica. Kelsen ritiene che il suo modo d'intendere la volontà dello Stato possa efficacemente supplire alle funzioni prima esercitate dal concetto di autorità all'interno della scienza giuridi-

²⁹ *Ibidem*, p. 29.

³⁰ Cfr. la critica alle teorie di Kirchmann in *HS*, pp. 315-318.

³¹ *Ibidem*, pp. 346-378.

ca. Qui evidentemente ci imbattiamo nel nodo cruciale del problema. E' possibile parlare della volontà dello Stato, escludendo la sua dimensione autoritativa? Non si vanifica per ciò stesso anche il concetto di volontà? In *HS* il concetto di autorità si presenta apparentemente come marginale; infatti tutta l'opera è rivolta ad analizzare il concetto giuridico di volontà. Tuttavia lo sforzo costante di Kelsen è quello di estirpare dal concetto di volontà della scienza giuridica ogni riferimento al concetto imperativistico di autorità. Per Kelsen ogni relazione di superiorità di una volontà nei confronti di altre volontà ed ogni possibile influenza di una volontà nei confronti di altre volontà appartiene al mondo dei fatti e quindi alle scienze esplicative e causali. L'opera di purificazione del concetto giuridico di volontà colpisce quindi direttamente il problema dell'autorità.

2. *Dall'autorità alla volontà*

La concezione imperativistica dell'autorità è, secondo Kelsen, fondata sulla considerazione psicologica della volontà. Ma il giurista è indifferente ai fatti psichici interni³², in quanto il suo obiettivo specifico è quello di mettere in relazione soggetti (in senso giuridico) con fatti del mondo esterno. Il suo problema è se un fatto esterno è « voluto » o « non voluto » da un soggetto. L'uso della volontà in senso psicologico da parte del giurista conduce quindi alla tesi dell'azione causale del volere sul mondo esterno, tesi che tradisce la dimensione meramente interiore in cui si colloca la psicologia. La teoria psicologica della volontà è dunque non solo inadeguata per il giurista, ma anche deformata dal giurista³³. Ciò è ancor più evidente nel caso della volontà dello Stato. La teoria che rappresenta la volontà statale come un fatto psicologico, come una volontà collettiva « è il classico esempio d'una

³² *Ibidem*, p. 124.

³³ *GZ*, p. 24 e ss.

finzione, cioè l'affermazione di una realtà in contraddizione consapevole col fatto. E la finzione indica, come una tabella, sempre il luogo dove la costruzione giuridica è fallita »³⁴.

La via seguita da Kelsen — come è noto — è quella di sottrarre la volontà in senso etico e giuridico alla causalità per collegarla all'imputazione. « Il collegamento, eseguito sulla base d'una norma, tra una fattispecie (l'oggetto della norma) e una persona (il soggetto della norma) è l'imputazione »³⁵. L'imputazione richiama dunque una norma ed opera sempre all'interno di una norma. È facile comprendere l'identificazione tra volontà (in senso etico e giuridico) e l'imputazione. Infatti dire che una fattispecie è imputata ad un soggetto e che è voluta da un soggetto è tutt'uno. Il soggetto come unità etico-giuridica non è altro che questa capacità di essere il punto terminale dell'imputazione. Anche questa è una costruzione giuridica e viene indicata dalla giurisprudenza come « volontà »³⁶.

Che il soggetto dell'imputazione venga creato dalla norma è ancor più evidente nel caso della personalità dello Stato. « Quando si dice che la legge racchiude la volontà dello Stato, questo non significa altro che essa stabilisce le fattispecie che debbono valere come azioni dello Stato, quelle che lo Stato « vuole », cioè quelle che si debbono imputare allo Stato e non agli agenti fisici, agli organi »³⁷.

Dobbiamo qui notare una vanificazione della soggettività come presupposto dell'imputazione. Essa ne è invece il risultato. Ciò che costituisce il soggetto in senso etico e giuridico è il riferimento a determinate azioni (fattispecie) ovvero il fatto che una norma operi tale riferimento. Questa sostituzione dell'azione imputata alla soggettività,

³⁴ *Ibidem*, p. 30 (trad. it. cit., p. 56).

³⁵ *Ibidem*, p. 49 (trad. it. cit., pp. 73-74).

³⁶ *Ibidem*, p. 54 (trad. it. cit., p. 77).

³⁷ *Ibidem*, p. 57 (trad. it. cit., p. 80).

del voluto alla volontà³⁸ è in tutto identica a quella linea di pensiero che abbiamo individuato in Hobbes. La distinzione hobbesiana tra autore (responsabile dell'azione o centro d'imputazione) e attore (causa dell'azione) corrisponde pienamente a quella kelseniana tra volontà in senso etico-giuridico e volontà in senso psicologico.

Il risultato di questa ridefinizione del concetto di volontà è il venir meno dell'identificazione tra volontà dello Stato e autorità dello Stato. La norma infatti è un *prius* rispetto alla volontà dello Stato, mentre l'autorità normativa è un *prius* rispetto alle norme. Quindi il problema dell'autorità originaria e della fonte prima del dover essere cade fuori della competenza della scienza giuridica e del metodo conoscitivo di tipo normativo³⁹. Kelsen riconosce che « deve valere come 'normativo', nel senso originario della parola, l'attività che pone *autoritariamente* norme per una condotta dei soggetti; normativa, in questo senso originario, è esclusivamente l'emanazione, fondata su un'autorità di fatto, di comandi e divieti obbligatori »⁴⁰. L'autorità si presenta così come un problema fattuale, appartiene al mondo dell'essere⁴¹ e non concerne la scienza giuridica. Il metodo normativo, di cui quest'ultima si serve, non è una forma di volontà, ma una determinata forma del pensiero, rivolta al mondo del dover essere e alla comprensione di norme⁴².

In conclusione, l'origine del dover essere non può essere indagata dalle scienze normative, ma l'essere resta pur sempre il presupposto e la condizione del dover essere. Non v'è dover essere senza essere.

³⁸ HS, p. 250.

³⁹ GZ, p. 9 (trad. it. cit., p. 38).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 12 (trad. it. cit., p. 40).

⁴¹ HS, p. 397.

⁴² GZ, p. 13 (trad. it. cit., p. 41). E' noto che Kelsen in seguito distinguerà tra norma giuridica (*Rechtsnorm*) e proposizione giuridica (*Rechtssatz*), che è prodotto della scienza, riconoscendo così una dimensione extra-linguistica al dover essere normativo.

Bisogna notare infine che questa espulsione del concetto di autorità dall'ambito della scienza giuridica a vantaggio della volontà come imputazione ha l'effetto della eliminazione della dimensione duale e intersoggettiva, che — come abbiamo visto — caratterizza la relazione di autorità. Il contenuto della norma giuridica, infatti, determina in primo luogo ed essenzialmente il comportamento dello Stato (la sanzione). Lo Stato in tal modo vuole il suo proprio comportamento. Le norme giuridiche esprimono l'auto-obbligazione dello Stato e la sanzione rappresenta un'attività dello Stato, anzi l'attività propria dello Stato. La tesi che considera la norma diretta ai cittadini secondaria rispetto a quella che regola la sanzione dipende dalla concezione kelseniana della relazione tra volontà e norma⁴³. In tal modo il problema dell'obbligo giuridico viene risolto, facendo a meno di ogni rilievo dato all'alterità dei destinatari di esso. Gli organi dello Stato infatti non sono cosa diversa dallo Stato.

Per Kelsen è inconcepibile un volere diretto ad un comportamento altrui. E' questo l'errore proprio dell'imperativismo, che considera la norma giuridica come un comando diretto all'altrui condotta. Ciò urta contro il concetto psicologico di volontà, che Kelsen recepisce dal pensiero di Sigwart e di Jodl. Si ha volere in senso proprio solo quando v'è nella coscienza la rappresentazione della soddisfazione di un bisogno o di una tendenza mediante un evento futuro che dipende dall'attività propria di colui che vuole⁴⁴. Quando l'evento futuro dipende da altri, si avrà desiderio, non propriamente volontà⁴⁵.

Sorge allora il sospetto che, quando Kelsen si sforza di dimostrare che nella norma lo Stato vuole il proprio

⁴³ Cfr. O. WEINBERGER, *Introduction: Hans Kelsen als Philosoph*, in H. KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, 1973, p. XX.

⁴⁴ *HS*, p. 110.

⁴⁵ Non sarà più questa la distinzione tra volere e desiderare in *ATN*, p. 21.

comportamento, subisca ancora l'influenza della concezione psicologica della volontà. Sembra che tale concezione, rigettata dalla scienza giuridica kelseniana nella versione deformante offerta dall'imperativismo, resti purtuttavia un modello ancora operante all'interno di essa⁴⁶. Nonostante lo sforzo di separare la volontà in senso normativo dalla volontà in senso psicologico, si ha l'impressione che la seconda non cessi di esercitare il suo fascino sulla costruzione giuridica kelseniana. Infatti solo quando Kelsen riconoscerà la possibilità di atti di volontà diretti al comportamento altrui ed anzi considererà il dover essere come il significato di questi atti⁴⁷, si sarà pienamente affrancato dalla concezione psicologica della volontà.

3. *L'autorità del e nel sistema giuridico*

A questa estromissione del concetto imperativistico di autorità dall'ambito della scienza giuridica segue un processo di riappropriazione di questo concetto da parte del metodo normativo.

Abbiamo visto che la produzione del diritto non è considerata come una funzione appartenente all'ordinamento giuridico come tale, ma esterna ad esso e propria della società. Questa raffigurazione dei rapporti tra società e Stato, per quanto rispettosa della distinzione tra essere e dover essere, cioè tra il fatto del procedimento legislativo e la regola d'imputazione che è la norma, indubbiamente presuppone ancora un collegamento tra le due sfere⁴⁸. Nello sviluppo del suo pensiero Kelsen si trova così di fronte alla necessità di sottolineare la radicale autonomia e autosufficienza del dover essere giuridico. La

⁴⁶ WEINBERGER, *Introduction: Hans Kelsen als Philosoph*, cit., p. XXII.

⁴⁷ *ATN*, p. 25.

⁴⁸ Kelsen era arrivato al punto di affermare che « il fatto della legislazione è il fondamento della conoscenza della volontà dello Stato ». *HS*, p. 408.

occasione di fare ciò gli è offerta dallo studio del problema della sovranità. Qui si fa luce l'importanza della norma fondamentale, che Kelsen chiama dapprima e significativamente « norma originaria » (*Ursprungsnorm*). Se il dover essere è autonomo, necessita di un proprio principio originario. Ma ciò ripropone nell'ambito della scienza giuridica la problematica dell'autorità. Occorrerà dunque un nuovo concetto di autorità, che non abbia come suo cardine fondamentale l'influsso di una volontà su di un'altra, ma una relazione di dover essere. Si verifica così una situazione apparentemente paradossale: il concetto di autorità, che per l'imperativismo è un concetto pienamente giuridico, non lo è per Kelsen, mentre il concetto di sovranità, che era guardato con sospetto dalla scienza giuridica del tempo per le sue connessioni politiche, è invece per Kelsen un concetto-chiave della teoria del diritto. In realtà Kelsen ridefinisce la sovranità, purificandola da ogni riferimento politico e sociologico. Noi qui richiameremo solo alcuni aspetti dell'analisi kelseniana della sovranità dello Stato.

« Sovranità » vuol dire innanzi tutto « superiorità ». Questa superiorità può essere espressa in forma negativa (tale è la formula di Bartolo: « civitates quae superiorem non recognoscunt ») o in forma positiva (tale è l'espressione di Bodin: « summa potestas »). In ogni caso è una qualità propria dello Stato e significa che lo Stato è collocato dal punto di vista giuridico nel posto più elevato⁴⁹. La relazione fra superiore ed inferiore è per la scienza giuridica una *relazione normativa*, poiché superiore è colui la cui volontà *obbliga* un altro, che proprio per questo gli è inferiore. La relazione normativa — a differenza di quella causale — non è tra uomo e uomo. Sottomessi, nel senso di obbligati, si è solo nei confronti di una norma e lo si è nei confronti della volontà di un uomo solo in quanto una norma stabilisce che un'azione deve essere compiuta come determina questa volontà, che è proprio per

⁴⁹ *PS*, p. 5.

questo un'autorità costituita (*die durch die Norm einge-setzte Autorität*)⁵⁰.

Sovrana è dunque propriamente la norma o il sistema di norme. L'ordinamento sovrano non è altro che l'ordinamento giuridico considerato nella sua totalità⁵¹. Solo quando la sovranità è concepita come proprietà dell'ordinamento giuridico, può essere considerata in senso proprio un concetto giuridico. Essa indica che l'ordinamento statale vale solo in quanto lo si ritenga il più elevato e non derivabile da altri⁵².

Possiamo notare una più decisa affermazione della identità tra Stato e ordinamento giuridico rispetto a *HS*, in cui lo Stato come persona veniva considerato come soggetto all'ordinamento giuridico. In *HS* v'è il tentativo di equiparare la persona dello Stato a quella dei restanti soggetti di diritto ai fini di un'unitaria definizione dell'obbligo giuridico. Si sottolinea a più riprese che lo Stato in quanto persona non è superiore agli altri soggetti e che sia lo Stato che tali soggetti sono sottomessi all'ordinamento giuridico inteso come sistema oggettivo di norme. Sulla base della dottrina di *HS* è impossibile attribuire la sovranità alla persona dello Stato, anche se già s'avanza l'idea che lo Stato è la personificazione dell'ordinamento giuridico. Tuttavia tale personificazione è concepita come un'applicazione particolare della norma generale. Per quanto tale applicazione nei confronti dello Stato ricopra tutta l'estensione dell'ordinamento, tuttavia è pur sempre una derivazione dell'ordinamento stesso e quindi la persona dello Stato non può essere considerata sovrana. Diversa è la dottrina sviluppata in *PS*. Essa conduce ad affermare: « die Staatsperson ist die Totalrechtsordnung selbst »⁵³, cioè lo Stato in quanto persona è sovrano. Attraverso lo strumento concettuale della personificazione si opera uno sdoppiamento in ciò

⁵⁰ *Ibidem*, p. 8.

⁵¹ *Ibidem*, p. 12.

⁵² *Ibidem*, p. 14.

⁵³ *Ibidem*, p. 21.

che è *materialmente* identico: la rappresentazione dello Stato come oggetto nell'ordinamento giuridico e dello Stato come soggetto sottomesso a questo ordinamento⁵⁴.

L'indipendenza non è sufficiente a contrassegnare la sovranità di un ordinamento giuridico. Si può essere indipendenti da altri senza essere sovrani. Gli Stati indipendenti appartengono ad un unico sistema giuridico, cioè il diritto internazionale, all'interno del quale si trovano in rapporti di parità e di coordinazione. Ma ciò richiede necessariamente un'autorità, che stabilisca tali rapporti e delimiti le sfere di appartenenza dei singoli Stati. Ciò significa che in questa prospettiva solo l'ordinamento giuridico internazionale è propriamente sovrano⁵⁵.

La superiorità, che il concetto di sovranità richiede, deve dunque essere assoluta. La sovranità è nella sua essenza un superlativo, un assoluto. Con ciò Kelsen respinge le teorie della sovranità limitata propria dello Stato di diritto, perché esse confondono la sovranità in senso politico con la sovranità in senso giuridico. Quest'ultima afferma il carattere originario e non derivato dell'ordinamento giuridico. Non derivato e originario in senso normativo è ciò che non può essere ricondotto ad un ordinamento superiore, è ciò la cui validità non riposa sulla validità di una norma superiore⁵⁶. Affermare, dunque, che nello Stato v'è questo potere originario significa riconoscerlo sovrano, cioè come un assoluto⁵⁷. L'ordinamento giuridico sovrano non dipende da alcun altro ordinamento ed, in particolare, da quello morale e religioso. Ciò permette alla scienza giuridica di ergersi a disciplina autonoma dalla teologia, dalla politica e dall'etica.

In conclusione, Kelsen perviene all'identificazione tra positività del diritto e sovranità dell'ordinamento giuridico. Tuttavia tale positività non poggia su un fatto o sulla

⁵⁴ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 39-40.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 57.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 85.

efficacia, ma su una norma distinta dal diritto naturale e dalla morale. Il diritto positivo si fonda su una norma originaria, da cui derivano la validità tutte le norme dell'ordinamento giuridico⁵⁸.

Il concetto giuridico di sovranità serve dunque a Kelsen per l'autofondazione dell'ordinamento giuridico. L'ordinamento giuridico ha principio in se stesso, cioè non è derivato né dal mondo dei fatti né da altri tipi di dover essere.

La tesi che l'ordinamento giuridico è dal punto di vista normativo *causa sui* non è ancora decisiva ai fini della problematica dell'autorità, poiché questa si concretizza in un'azione che ha effetti su altri. 'Autorità' infatti dice produttività, creatività, accrescimento. Nel campo giuridico « l'autorità è di solito definita come il diritto o il potere di emanare comandi obbligatori »⁵⁹. L'autorità dunque crea diritto, poiché è potere normativo⁶⁰. Possedere un potere normativo non è per Kelsen una qualità originaria o non derivata. « L'individuo che è, o ha, un'autorità deve avere ricevuto il diritto di emanare comandi obbligatori, di modo che altri individui siano obbligati ad obbedire. Tale diritto o potere può venir conferito ad un individuo soltanto da un ordinamento normativo. L'autorità è quindi originariamente la caratteristica di un ordinamento normativo »⁶¹. Quest'ultima affermazione può avere due significati, entrambi comprensibili nell'ottica di un sistema normativo dinamico, di un sistema cioè che funziona in base al principio della delegazione di potere normativo.

L'autorità appartiene all'ordinamento giuridico nel senso che esso è « il fondamento ultimo della validità del-

⁵⁸ *Ibidem*, p. 88. Sappiamo però che in RR ed, ancor più chiaramente in ATN, la positività è ricondotta alla fatticità. Cfr. K. OPALEK, *Überlegungen zu Hans Kelsens « Allgemeine Theorie der Normen »*, Wien, 1980, p. 24.

⁵⁹ *GTL*, p. 383 (trad. it. cit., p. 389).

⁶⁰ *Ibidem*, p. 113.

⁶¹ *Ibidem*, p. 383 (trad. it. cit., p. 389)

le norme che un individuo è autorizzato ad emanare come « comandi » ed altri individui sono obbligati ad obbedire »⁶². Si può in tal senso parlare di autorità dell'ordinamento giuridico, di autorità del diritto, di autorità della legge. In questo senso tuttavia v'è una piena identificazione tra autorità e sovranità. « L'affermazione che la sovranità è una qualità essenziale dello Stato significa che lo Stato è un'autorità suprema »⁶³. « Autorità suprema o sovrana » non è un'espressione ridondante, perché l'autorità può essere ricevuta e quindi non essere originaria. L'*autorizzazione*⁶⁴ infatti è una funzione specifica dell'ordinamento giuridico e consiste nell'attribuzione del potere giuridico di creare norme. Per Kelsen l'autorità originaria è quella non ricevuta, non derivata e, proprio per questo, è sovrana. Un ordinamento giuridico sovrano è un ordinamento al di sopra del quale non v'è un ordinamento superiore, da cui deriverebbe la ragione della sua validità⁶⁵.

V'è anche un altro significato dell'affermazione che l'autorità è la caratteristica dell'ordinamento normativo. Essa può voler dire che l'autorità è una caratteristica presente all'interno di un sistema normativo dinamico. Infatti è possibile scindere autorità da sovranità. Dal punto di vista di un sistema dinamico l'autorità è senza dubbio un concetto intra-sistematico, strettamente essenziale ad una tecnica che funziona per delegazione di potere nor-

⁶² *Ibidem.*

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ L'autorizzazione acquista gradatamente un'importanza sempre maggiore fino all'ultima opera kelseniana. Cfr. *ATN*, p. 82 e v. anche N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, relazione presentata al Congresso « Hans Kelsen: nella cultura filosofico-giuridica del Novecento », organizzato dall'Istituto dell'Enciclopedia italiana (Roma, 29-31 ottobre 1981) e di prossima pubblicazione nella « Rivista internazionale di filosofia del diritto ». Cfr. infine S. L. PAULSON, *Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory*, in « Cambridge Law Journal », 39 (1980), pp. 172-193.

⁶⁵ *GTLIS*, p. 384.

mativo. Infatti in un sistema normativo statico si dovrebbe pensare che non vi sia autorità, poiché la norma fondamentale non dà il potere di creare norme, ma da essa si deducono solo le norme particolari⁶⁶. Poiché non v'è delegazione di potere, qui l'autorità non è un concetto intra-sistemico.

Da questo punto di vista anche l'espressione « autorità suprema » viene ad assumere un altro significato. Non è più l'autorità dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, non è più quell'autorità che coincide con la sovranità o l'inderivabilità. L'autorità suprema qui è la prima autorità, quella che riceve autorità direttamente dalla norma fondamentale. In questo senso anche l'autorità suprema è autorizzata. Tuttavia non è autorizzata da una norma che è emanata da un'altra autorità, ma da una norma presupposta, che prescrive di obbedire ai comandi della autorità suprema. « Dio non può emanare una norma che autorizzi Dio a emanare comandi, perché Dio stesso è la autorità suprema. Di conseguenza la norma, per la quale gli uomini devono obbedienza ai comandi di Dio, non può essere una norma emanata da una qualche autorità »⁶⁷. All'apice del sistema non sta dunque un'autorità, ma una norma non emanata da qualche autorità. L'espressione 'autorità suprema' non sta ad indicare che all'apice del sistema vi sia una autorità, ma solo a designare la prima autorità nella catena istituita dalla delegazione di potere normativo. Anche questo concetto di autorità suprema è quindi intra-sistemico.

Da questi rilievi emergono dalla scienza giuridica kelseniana due definizioni di autorità: 1) l'autorità (sovranità) come capacità di attribuire il potere di creare diritto; 2) l'autorità come potere di creare diritto. Chiameremo la prima 'autorità₁' e la seconda 'autorità₂'.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 112-113.

⁶⁷ H. KELSEN, *Perché obbedire al diritto?*, trad. it. in H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, a cura di R. Guastini, Milano, 1981, p. 172.

L'autorità₁ dà potere normativo senza essere o avere potere normativo. L'autorità₂ ha potere normativo e, in alcuni casi, può anche trasmettere questo potere. Ciò fa comprendere che l'autorità₂ è il senso pieno e normale del concetto kelseniano di autorità, mentre l'autorità₁ è un uso derivato e metonimico. E' chiamata autorità, perché fonda l'autorità. Altre differenze più significative emergono in seguito ad un'osservazione più attenta.

L'autorità₁ autorizza⁶⁸, mentre l'autorità₂ obbliga. E' vero che ogni autorizzazione a porre norme implica un obbligo di obbedire ai comandi dell'autorità costituita, cioè autorità₂, tuttavia resta pur sempre il fatto che in seguito all'autorizzazione sorgono immediatamente poteri e solo mediamente obblighi, mediamente perché gli obblighi sorgono solo quando i poteri attribuiti sono esercitati.

L'atteggiamento di risposta nei confronti dell'autorizzazione non è quello dell'obbedienza o della disobbedienza, ma quello dell'applicazione o disapplicazione del potere delegato. Si può far uso o non far uso di esso. Ciò che l'autorità₁ crea non è un obbligo, ma una possibilità. La struttura di autorità₁ non è dunque quella di una relazione. Essa non istituisce alcuna relazione, se non indirettamente quella normativa tra il potere giuridico e i suoi destinatari. Autorità₁ non pone relazioni, ma istituisce poteri che pongono e applicano norme⁶⁹. Così facendo, dà una valenza deontica agli atti di volontà di autorità. Come il re Mida trasformava tutto ciò che toccava in oro, così autorità₁ (la norma fondamentale) trasforma il potere in diritto.

Da queste e altre possibili considerazioni emerge la constatazione che le due definizioni kelseniane di autorità non riescono separatamente a dar vita a due concezioni dell'autorità. In realtà esse sono due aspetti complementari ed indissolubili di un'unica concezione dell'autorità, che è

⁶⁸ RR, p. 123 (trad. it., cit., p. 140).

⁶⁹ ATN, p. 82.

quella dell'*autorità costituita*. Se partiamo dalla convinzione che l'autorità è una relazione intersoggettiva di carattere normativo, allora sarà necessario individuare anche nell'autorità giuridica sia l'elemento personale che l'elemento normativo. L'elemento personale consiste nel potere, cioè nella capacità di porre in essere atti di volontà (comandi, divieti, permessi) e questa è prerogativa degli enti personali. L'elemento normativo consiste nella capacità di porre in essere atti di volontà che siano obbligatori. E questo è proprio degli enti personali che siano a ciò autorizzati da una norma. Poiché l'autorità costituita è un'autorità per definizione derivata, i due aspetti provengono da fonti distinte: la volontà dall'individuo e la normatività dalla norma. Il dover essere presuppone l'essere nel senso che è una qualificazione dell'essere.

Debbo qui notare il carattere impersonale di autorità₁ e il carattere personale di autorità₂. La volontà individuale è considerata come il mezzo di trasmissione della normatività del sistema. Essa crea norme non già dal nulla, ma all'interno di un grembo normativo. Questa posizione è ancora notevolmente vicina a quelle che abbiamo definito nel saggio introduttivo « concezioni sostanziali » dell'autorità. Abbiamo visto che per s. Tommaso d'Aquino l'autorità divina è diffusiva di autorità, cioè crea esseri capaci di autorità. Così per Kelsen, fatte le debite differenze, l'autorità del sistema nel suo complesso fonda la autorità dei suoi organi. Certamente il sistema giuridico non è una realtà personale come il Dio cristiano ed è per questo che è impossibile considerarlo separatamente dalle entità personali che ne assicurano il dinamismo interno, la crescita e il mutamento.

Non vedo come si potrebbe rigettare la concezione kelseniana dell'autorità costituita o dell'autorità *nel* sistema giuridico. L'opera propria di un'autorità costituita è quella di mutare una situazione preesistente, di produrre un mutamento nella situazione normativa. Il *quid novi* consiste dunque nel mutamento, nella trasformazione dell'esistente (fatto o norma). Dall'esistente l'autorità co-

stituita dipende sia per quanto riguarda la sua origine che per quanto riguarda la sua opera. Raz giustamente ha notato che delle due istituzioni tipiche del sistema giuridico (quelle che applicano norme e quelle che le creano) le prime sono più essenziali delle seconde. Infatti l'autorità finale, a cui appellarsi per individuare qual è la legge giuridica, è più sicuramente riconoscibile negli organi che applicano il diritto piuttosto che in quelli che lo creano. Ciò dipende dal fatto che la caratteristica propria dei sistemi giuridici rispetto agli altri sistemi normativi è la presenza di un tipo particolare di istituzioni che applicano norme. Si tratta di istituzioni che applicano norme, producendo norme, cioè istituzioni che non pongono, ma più esattamente *impongono* norme. Esse sono fornite del potere di modificare la situazione normativa di determinati individui. Tale potere deriva senza dubbio dall'applicazione di norme esistenti, ma le decisioni di queste istituzioni sono vincolanti anche se errate. La loro autorità è quindi definitiva. Un sistema giuridico s'identifica — secondo Raz — per il fatto che contiene norme che conferiscono il potere di applicare norme a istituzioni, cioè a corpi centralizzati, che concentrano nelle loro mani l'autorità di applicare in modo vincolante norme preesistenti⁷⁰.

Anche per Kelsen l'autorità è il risultato dell'autorizzazione e ciò induce ad interrogarsi intorno alla fonte dell'autorità. E' questo evidentemente il punto in discussione. Il problema reale è se la scienza giuridica possa accontentarsi di un concetto derivato di autorità, che è indubbiamente secondario rispetto al carattere originario e fondante dell'autorità. Questa insoddisfazione è sicuramente presente nella scienza giuridica kelseniana, altrimenti non si spiegherebbero i tentativi di isolare autorità₁ da autorità₂. D'altronde la teoria kelseniana del diritto si fa carico di fondare l'autonomia della sfera giuridica rispetto alle altre forme di dover essere ed in ciò manifesta decisamente istanze filosofiche.

⁷⁰ RAZ, *The Authority of Law*, cit., p. 110.

La problematica si sposta nuovamente dall'autorità *nel* sistema all'autorità *del* sistema. Si può riconoscere nella norma fondamentale una vera e propria autorità? Si può trarre da autorità, una concezione che non chiami necessariamente in causa autorità?

4. *L'autorità e la norma fondamentale*

Questa dottrina dell'autorità costituita o dell'autorità in senso proprio giuridica viene ripresa e sviluppata nella seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*. Qui Kelsen non solo evita accuratamente di attribuire autorità alla norma fondamentale, ma anche ribadisce in più luoghi che la norma fondamentale non è una norma dell'ordinamento giuridico, non è una norma *posta*, ma *presupposta*, che da essa non dipende la positività del diritto, ma solo la sua validità. Infatti positivo è ciò che è posto da un atto di volontà e la norma fondamentale non è posta da alcun atto di volontà. E' una norma pensata. « Non può quindi essere il senso soggettivo di un atto di volontà di una qualche persona. Se però la norma fondamentale non può essere il senso soggettivo di un atto di volontà, può essere soltanto il contenuto di un atto intellettuale »⁷¹, cioè la premessa maggiore di un sillogismo che fonda la validità oggettiva di certe norme.

La positività di una norma è determinata da due caratteristiche: l'essere posta da un atto di volontà e l'efficacia⁷². Ciò che permette di distinguere le norme positive dalle norme di diritto naturale, è proprio il fatto che queste ultime non hanno la loro origine da un atto di volontà dell'uomo, sono norme puramente pensate, cioè sono il senso di un atto di pensiero e non già di un atto di volontà. Sembrerebbe dunque difficile distinguere la

⁷¹ RR, p. 206 (trad. it. cit., p. 228).

⁷² ATN, pp. 111-114. Cfr. M. G. LOSANO, *Il rapporto tra validità ed efficacia nella dottrina pura del diritto*, in « Sociologia del diritto », 1981, p. 10.

norma fondamentale da una norma di diritto naturale.

Una delle differenze tra norma fondamentale e norma di diritto naturale risiede nel contenuto. La norma fondamentale ha per contenuto una certa costituzione realmente statuita⁷³ e quindi *presuppone* l'esistenza fattuale dell'ordinamento giuridico⁷⁴. Se è così, allora non si dovrebbe considerare — come invece fa Kelsen⁷⁵ — la statuzione della costituzione, che sia storicamente la prima, come un atto di applicazione della norma fondamentale. E' un controsenso affermare che si applica un contenuto normativo che esiste solo in seguito a tale presunto atto di applicazione. Qui Kelsen naviga tra Scilla e Cariddi. Allontanando troppo la norma fondamentale dall'efficacia dell'ordinamento giuridico, rischia di dar vita al mostro concettuale di un dovere senza ciò che si deve, di un dovere che non abbia più alcuna relazione con l'essere, oppure di cadere in pieno nel diritto naturale. Avvicinando troppo la norma fondamentale alle norme positive, diviene difficile cogliere la differenza tra validità e efficacia dell'ordinamento giuridico.

L'insistenza sulla teoria della norma fondamentale può essere giustificata soltanto da quelle istanze già presenti nell'indagine sul problema della sovranità. La norma fondamentale infatti assicura l'indipendenza deontica dell'ordinamento giuridico da altri ordinamenti normativi. E' la norma di chiusura dell'ordinamento giuridico. Appartiene più all'ideologia che alla teoria del diritto. E' lo scudo positivistico della positività del diritto. Kelsen vuole infatti evitare che la si consideri come una ipotesi scientifica, perché altrimenti la scienza giuridica diverrebbe fonte di produzione del diritto e si dovrebbe accettare il principio dell'intelletto pratico, cioè di un pensiero diretto al dover essere invece che all'essere, con la conseguente

⁷³ RR, p. 204 (trad. it. cit., p. 226).

⁷⁴ LOSANO, *art. cit.*, p. 14.

⁷⁵ RR, p. 242 (trad. it. cit., pp. 266-267).

negazione del dualismo tra *Sein* e *Sollen*⁷⁶. Quando Kelsen definisce la norma fondamentale una norma pensata, non intende dunque far scaturire la norma dal pensiero. « Quando nel nostro pensiero si presuppone una norma che non costituisce il senso di un effettivo atto di volontà, si deve pensare contemporaneamente un atto di volontà immaginario, il cui senso è costituito da questa norma puramente pensata »⁷⁷. Non si tratta dunque di un pensiero che vuole, ma di una volontà pensata.

La norma fondamentale è una norma finta (*eine fingierte Norm*), è il senso di un atto di volontà immaginario, è il comando di un'autorità fittizia, che è pensata *come se* esistesse⁷⁸. L'eliminazione delle finzioni interne alla scienza giuridica si paga con la grande finzione relativa al fondamento di validità del sistema giuridico. Ma a ciò Kelsen è costretto dall'esigenza di dimostrare che la norma fondamentale, pur non essendo realmente statuita, è una vera e propria norma. Ogni norma infatti è il senso di un atto di volontà, reale o fittizio che sia.

In tal modo autorità₁ acquista una sua autonomia rispetto ad autorità₂. Ciò è una conferma del principio che solo l'autorità sta a fondamento dell'autorità, principio che Kelsen aveva cercato d'invalidare.

L'opera postuma di Kelsen è pervasa dall'esigenza di puntualizzare i rapporti e le connessioni tra essere e dover essere senza venir meno alla loro distinzione. Egli riporta con approvazione l'ovvia constatazione di Dubislav sull'inconcepibilità di un comando senza chi comanda⁷⁹. « No

⁷⁶ ATN, pp. 48-65.

⁷⁷ Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 19. E' questa una delle modifiche introdotte da Kelsen stesso nella traduzione italiana (cfr. RR, p. 9) e che indica l'intenzione di sottolineare il ruolo della volontà anche per quanto riguarda la norma fondamentale.

⁷⁸ ATN, pp. 206-207.

⁷⁹ ATN, p. 23. Cfr. W. DUBISLAV, *Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze*, in « Theoria », 1937, p. 335.

norm without a norm-positing authority »⁸⁰. « No ought that is a norm without a willing whose meaning is this 'ought' »⁸¹.

Ogni norma presuppone due persone: una che comanda e una a cui il comando è diretto, una che *vuole* e una che *deve*. Non solo « kein Imperativ ohne Imperator », ma anche « kein Imperativ ohne Imperaten »⁸². Questo vale anche per le norme di una morale autonoma. Esse si possono spiegare — secondo Kelsen — solo sulla base di uno sdoppiamento della personalità. L'*ego*, che pone la norma, vuole che l'*alter ego* debba comportarsi in un determinato modo⁸³. Ma il diritto è eteronomo; i comandi giuridici sono emessi da persone distinte da coloro cui sono indirizzati. L'autorità giuridica è un'autorità esterna.

Cerchiamo ora di applicare questi principi alla norma fondamentale. Se è vero che non vi sono norme che non siano il senso di un atto di volontà, è anche vero che non vi sono atti di volontà senza persone capaci di volere, senza coloro che vogliono. Far dipendere una norma da un atto di volontà immaginario implica dunque anche rappresentarsi una persona finta, la cui volontà finta produce quella norma finta, che è la norma fondamentale. Anche le finzioni hanno la loro logica e non ci si può fermare a mezza strada.

Noi non conosciamo il volto di quest'autorità immaginaria, ma sappiamo che essa non può coincidere né con i destinatari delle norme giuridiche né con le autorità costituite, altrimenti l'ordinamento giuridico non sarebbe eteronomo. L'autorità, dunque, finta quanto si vuole, è metagiuridica. L'unico conforto è che questa autorità non è

⁸⁰ H. KELSEN, *On the Concept of Norm*, in KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, cit., p. 220. Cfr. anche ATN, p. 6.

⁸¹ H. KELSEN, *Law and Logic*, in KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, cit., p. 231.

⁸² ATN, p. 23.

⁸³ *Ibidem*, p. 24.

reale, ma semplicemente pensata. Ciò si rivelerà ben presto per il giurista kelseniano un'autoillusione. Autorità, è un velo che nasconde il volto demoniaco del potere, un velo steso da mani pietose per pacificare la coscienza del giurista. Autorità, è il tentativo disperato di nascondere a se stessi gli esiti ultimi dell'opzione positivista.

Evidentemente la teoria della norma fondamentale non serve ad assicurare l'autonomia reale dell'ordinamento giuridico rispetto agli altri ordinamenti dell'agire sociale, ma soltanto a permettere al giurista di descrivere l'ordinamento *come se fosse autonomo*. Ciò soddisfa le esigenze della scienza giuridica e del suo metodo specifico. Nulla vieta — e d'altronde Kelsen stesso lo riconosce — che altri punti di vista siano egualmente legittimi.

Se è vero che non c'è autorità che non sia autorizzata, per quale prerogativa l'autorità finta sfuggirebbe a questa legge che colpisce ineluttabilmente tutte le autorità reali? Ma è poi vero che non v'è autorità che non sia autorizzata? Secondo Kelsen anche per avere il dovere di obbedire ai comandi di Dio bisogna presupporre una norma che ordini di obbedire agli imperativi divini. Questa norma deve avere una fonte diversa dalla volontà di Dio, altrimenti apparterebbe a quella categoria di norme la cui obbedienza si deve giustificare⁸⁴. Di conseguenza non restano che due soluzioni possibili: 1) la norma fondamentale non è il senso soggettivo di un atto di volontà, ma allora non è — secondo la stessa teoria di Kelsen — una vera e propria norma⁸⁵; 2) la norma fondamentale è il senso soggettivo di un atto di volontà immaginario, ma allora bisognerebbe immaginare anche un'autorità superiore a Dio. Il che è assurdo. Entrambe queste soluzioni sono dunque da scartare. Non resta che riconsiderare l'ipotesi

⁸⁴ RR, p. 206 (trad. it. cit., p. 228).

⁸⁵ Questa soluzione è avanzata a p. 206 di RR, ma contraddice l'assunto kelseniano.

già respinta da Kelsen. La norma fondamentale proviene da Dio stesso, perché Dio è quell'unico essere che può autorizzare se stesso a comandare e fondare la validità dei suoi comandi. Questa è la soluzione più ragionevole, ma essa implica che in Dio essere e dover essere coincidano e che Dio sia un'autorità non autorizzata, sia un'autorità che fonda se stessa. Qui si evidenzia l'incompatibilità tra il concetto di autorità e il principio dell'inderivabilità del dover essere dall'essere. La suprema autorità infatti fonda se stessa e non fa appello ad una norma, ad un valore, ad un atto di volontà al di fuori di essa. Ciò non significa che non abbia fondamento, ma che si autofonda. Non significa che non abbia giustificazione, ma che si autogiustifica. Se si vuole mantenere il principio della « grande divisione » tra essere e dover essere, bisogna necessariamente ridefinire l'autorità ed è infatti ciò che fa Kelsen con autorità. Tuttavia questo tentativo non si può considerare riuscito per diverse ragioni.

Innanzitutto — come abbiamo potuto constatare — Kelsen, nonostante le sue critiche radicali all'imperativismo, sostanzialmente non pone in discussione il concetto imperativistico di autorità, anzi resta abbarbicato ad esso fin nelle sue ultime opere. Per l'imperativismo l'autorità è una volontà che statuisce norme. Per l'imperativismo l'autorità è sempre una qualità propria di esseri personali. Ciò impedisce a Kelsen di elaborare in senso compiuto una teoria formale dell'autorità, una teoria cioè che faccia risiedere l'autorità nelle stesse procedure che regolano la comunicazione sociale. Egli mai accetta l'idea che l'autorità sia propria delle regole di un sistema, ma sostiene sempre che appartiene alle persone che agiscono in quanto autorizzate da queste regole. In questo senso la posizione di Luhmann, che va molto più a fondo nell'impresa della demitizzazione da ogni scoria antropologica presente nella teoria sociale, è indubbiamente più conseguente. Luhmann sostiene l'autolegittimazione dello Stato, identificando il problema dell'autorità con quello dello stesso meccanismo

delle regole e delle procedure e sulla loro effettiva capacità d'influenza⁸⁶.

Un altro ostacolo, che impedisce a Kelsen di formulare una rigorosa teoria formale dell'autorità, è la costante diffidenza nei confronti della teoria del riconoscimento. Anche quando nella sua opera postuma si mostrerà più aperto nei confronti di questa teoria⁸⁷, non se ne servirà mai per giustificare l'autorità, ma per spiegare il passaggio dalla norma generale alla norma individuale. Le teorie formali hanno bisogno del riconoscimento, che si manifesta nel consenso dei soggetti all'autorità o nell'uso che i partecipanti alla pratica sociale fanno delle regole e procedure stabilite per costituire l'autorità. Ma « riconoscimento » vuol dire efficacia del sistema e quindi slittamento sul piano sociologico. Kelsen vuol invece dare al complesso delle procedure giuridiche la dignità del dover essere senza confonderle con la morale. Distingue così il fondamento della normatività dal valore morale del diritto⁸⁸. E questo è positivismo. Ma ciò implicherebbe l'uso di un concetto di normatività fondato sull'effettività ovvero sulla pressione sociale che la società esercita sulle persone per indurle a conformarsi ai modelli legali di comportamento (*social normativity*). Invece Kelsen adopera il concetto di normatività giustificata (*justified normativity*), per cui i modelli legali di comportamento sono norme solo se sono giustificate da ragioni obiettive e valide universalmente. E questo è proprio del giusnaturalismo⁸⁹. Tuttavia per Kelsen queste ragioni risiedono tutte nell'appartenenza formale all'ordinamento normativo. Con ciò resta ingiustificata la normatività come caratteristica dell'ordinamento nel suo

⁸⁶ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, a cura di D. Zolo, Milano, 1979, p. 88.

⁸⁷ ATN, p. 189 e ss.

⁸⁸ RAZ, *The Authority of Law*, cit., pp. 132-133.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 134 e ss. per la distinzione tra '*social normativity*' e '*justified normativity*'. Cfr. anche P. AMSELER, *Kelsen et les contradictions du positivisme juridique*, in « *Revue internationale de Philosophie* », 1981, pp. 460-473.

complesso⁹⁰. Questa è la prova che il normativismo non è in grado di giustificare la normatività, ma solo di descriverla. Infatti Kelsen deve ritornare ad un cripto-imperativismo, quando ha bisogno di fondare l'obbligatorietà del diritto positivo. Solo il giusnaturalismo è una reale alternativa all'imperativismo.

La nostra riflessione sulla concezione kelseniana dell'autorità approda così alla conclusione che in questo, come in altri settori della scienza giuridica, la dottrina pura ha ancora bisogno di essere purificata. Ma ciò non è un fatto negativo, anzi è il segno che l'esigenza del rigore metodico non si spinge in Kelsen fino al punto da rinnegare gli aspetti umanistici del diritto positivo, che è fatto da uomini, ha bisogno di uomini ed è a servizio degli uomini. Resta naturalmente aperta la questione della possibilità di correggere dall'interno la dottrina pura senza rinnegare i suoi presupposti, oppure della necessità di far ricorso ad altre metodologie e ad altre concezioni del diritto per soddisfare la sostanza dei problemi, sacrificando il rigore della teoria. In ogni caso si può affermare che nel pensiero di Kelsen la teoria formale dell'autorità non è riuscita a liberarsi da tutte le influenze provenienti dalle concezioni sostanziali.

⁹⁰ Per la critica alla teoria kelseniana della giustificazione delle norme v. S. CORTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, pp. 31-40.