

## Giudicare o decidere: il senso della funzione giudiziaria

di ANDRÉS OLLERO TASSARA (\*)

### 1. *Tra opportunismo e frustrazione.*

« In questa espressione magistrale (*Recht geben*) bisogna apprezzare l'uso assai astuto della sinonimia. Si identificano in essa il dare ragione, nel senso usuale di una conversazione, e il dichiarare quale sia il diritto, nel senso giuridico della parola. Ed è ancora più apprezzabile la fede capace di smuovere le montagne con cui la gente « ricorre ai tribunali » per il piacere di averla vinta, fede che spiega i tribunali partendo dalla convinzione di avere ragione » (1).

La colorita denuncia marxista, che respinge il diritto in quanto *ideologia* falsificante della realtà, benché impregnata di un retrogusto amaro — marchio della casa —, continua ad apparire fondata. Almeno, se non dimentichiamo quelle correnti di pensiero giuridico — né limitate, né prive di influsso — che concordano nel negare il carattere propriamente razionale alla funzione giudiziaria (e all'attività giuridica, in generale), per considerarla come il mero frutto di una decisione, più o meno condizionabile.

Ci troviamo, senza dubbio, dinanzi a molto più di un dibattito accademico. È la legittimità stessa del diritto — con la sua capacità di coartare la libertà umana — che è in gioco, dato che è stato tradizionalmente presentato (e in questa misura il cittadino tende a rispettarlo) come il tentativo di sostituire nella re-

---

(\*) Professore di Filosofia del diritto nell'Università di Granada.

(1) K. MARX, F. ENGELS, *La ideología alemana*, (traduzione spagnola di W. Rocés, Barcelona, Grijalbo, 1970), p. 370.

golazione delle relazioni sociali la forza con la ragione, l'imposizione della volontà del più forte con il rispetto delle esigenze che deriverebbero da una realtà peculiare — quella giuridica — razionalmente conoscibile.

Se tale realtà non esistesse, o la sua conoscenza razionale risultasse radicalmente impossibile, diventerebbe in effetti eticamente inevitabile la denuncia della funzione del diritto come mero apparato « ideologico ». La sua funzione non potrebbe essere che quella di falsare la portata repressiva delle reali relazioni sociali di forza, camuffandola dietro riti o vesti apparentemente razionali. Il diritto sarebbe una struttura coattiva priva di qualsiasi legittimità, a meno di non far valere come tale il suo semplice carattere di male minore rispetto all'anarchia che deriverebbe da una sua scomparsa.

In ogni caso, c'è una bella differenza tra il rassegnarsi dinanzi alla « necessità » che continui a imporsi il più forte e il dissimulare tale fatto mascherandolo con vesti più o meno sontuose di « obbligatorietà ». Fare finta di nulla con disinvoltura come se si trattasse di una cosa abituale, non nasconderebbe un chiaro salto dalla mera descrizione di una realtà sociologica alla formulazione di una proposta di obbedienza; insomma, un chiaro esempio di « fallacia naturalistica ».

Tuttavia, sarebbe opportuno sottolineare che le esigenze della ragione devono portarci a riconoscere la realtà così com'è, inclusa quella del diritto, come puro meccanismo di forza e non come realtà autonoma portatrice di contenuti materiali di dover-essere con profili razionalmente identificabili. Rinunciare ad ingannare e ad ingannarci — riferendoci ad una realtà inesistente, per quanto desiderabile ci possa apparire — sarebbe esigenza non scusabile di una pretesa illuministica non priva di impulso etico. Basterebbe, tuttavia, esaminare la realtà sociale per concludere che — dato che non esiste in effetti tale realtà giuridica razionalmente conoscibile — siamo vittime di un calcolato opportunismo oppure siamo condannati ad assaporare l'amarrezza di un Illuminismo frustrato.

L'opportunismo si impone quando ci viene detto che, sebbene il diritto non racchiuda una realtà etica in grado di legittimare la forza, non è una cattiva idea continuare a fingere il contrario, per approfittare così di risultati di notevole funzionali-

tà o utilità (2), derivanti da questo cosciente fraintendimento, senza il quale la convivenza sociale finirebbe con l'essere in pericolo.

L'Illuminismo frustrato si farebbe strada dimostrando che la stessa linea di pensiero che è riuscita a ristabilire il modo di intendere buona parte della realtà demistificandola nelle sue radici, non sembra essere stata capace di sradicare la diffusa convinzione secondo la quale vi sono comportamenti « realmente » ingiusti (e non solo rifiutabili per convenienza), dimostrando che siamo « realmente » titolari di determinati diritti (senza bisogno di aspettare pazientemente che qualche legge positiva ce li conceda), e che non vi sarebbe alcun potere politico che possa godere di legittimità « reale » ove non subordini la propria attività al rispetto di questi diritti e alla rinuncia a quei comportamenti.

Non essere riuscito ad eliminare tale convinzione — dando per scontato che non aveva alcun sostrato reale — sarebbe già un fallimento storico per qualsiasi illuminista che si rispetti. Si aggiunga a ciò che parlare oggi di Illuminismo, nell'ambito giuridico e politico, significa precisamente difendere i diritti umani e denunciare piaghe tanto « realmente » ingiuste come la tortura o la fame; il fallimento appare così insopportabile da indurci a chiederci se abbiamo prestato debita attenzione alla realtà, che pure mostra una encomiabile ansia di illustrarci i suoi autentici contenuti.

Interrogarci sui motivi che possono aver condotto personaggi indubbiamente illuminati a lasciarsi illuminare in così scarsa misura dalla realtà, sembra un compito obbligato.

## 2. *L'attività giuridica come copertura formale di una decisione.*

« La rappresentazione sulla quale si fonda la teoria tradizionale dell'interpretazione, cioè: che la determinazione dell'atto giuridico per compiersi (...) si possa ottenere mediante qualche spe-

---

(2) « La forza non può mai essere abolita dalle relazioni umane. Ma può essere monopolizzata e incanalata, rendendola così non solamente innocua, ma anche positivamente utile (...). La forza somiglia al fuoco: libera è un elemento distruttivo per l'uomo, domata è un elemento necessario per la vita ». K. OLIVECRONA, *El derecho como hecho*, (pubblicato nel 1947 nel « Homenaje a Roscoe Pound », la traduzione spagnola di R. Vernengo, dalla quale cito è stata successivamente inclusa in *El hecho del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1956, pp. 230-240).

cie di conoscenza del diritto già esistente, è un auto inganno (...). La domanda su quale sia la possibilità 'corretta', nell'ambito del diritto applicabile, non è affatto rivolta alla conoscenza del diritto positivo, né è una domanda teorico-giuridica, bensì un problema politico. (...) Arrivare ad una norma individuale, attraverso il processo di applicazione della legge, è, in quanto si compie all'interno della norma generale, una funzione volitiva » (3).

È un bell'esempio di illuminismo frustrato. Oggi i giuristi, nella stragrande maggioranza, continuano ad essere convinti che interpretare una norma significhi conoscere adeguatamente il suo contenuto. Si sforzano di ricondurre la loro attività ad alcuni modelli « tecnici » che la differenzierebbero completamente dalla arbitraria ciarlataneria dei politici. Si rammaricano soltanto che i tentativi, storicamente ripetuti, di configurare una metodologia in grado di trasformare la loro attività cognitiva in una scienza vera e propria, non siano approdati a risultati esenti da polemiche.

Il succitato passo kelseniano è assai coerente con le esigenze del non-cognitivism etico del suo autore, che esclude ogni possibile formulazione razionale di giudizi etici. Il fervore illuministico ha creduto così di aver raggiunto, nella pratica, un buon risultato. Abitualmente il giurista medio si mostra convinto, nell'interpretare il diritto positivo, di non formulare giudizi etici; tale funzione, politica e non scientifica, sarebbe stata già compiuta in sede legislativa. La sua attività consisterebbe, al contrario, nel riconoscere razionalmente ciò che è stato deciso politicamente, per trarne — con l'asepsi valutativa propria di una « tecnica » — le conseguenze adatte al caso da risolvere.

Il giurista dunque tende ad essere non-cognitivist senza saperlo, poiché non gli viene in mente che il lavoro legislativo abbia molto a che vedere con attività cognitive; la funzione giudiziaria avrebbe invece tale carattere, ma — nella misura in cui si limita ad estrarre dalla legge ciò che essa già contiene — la sua conoscenza non sarebbe più creativa di quella delle realtà fisiche, della cui patente « scientifica » sente la mancanza. Scompare qualsiasi problema peculiare della « razionalità pratica ».

---

(3) H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, (Vienna, 1960); cito dalla traduzione spagnola di R. Vernengo, Messico, UNAM, 1981, p. 353.

Il « positivismo giuridico » implicito in questa posizione escluderebbe ogni passaggio dall'essere al dover-essere, giacché dall'unica realtà giuridica immaginabile — il diritto positivo — passeremmo, senza inoltrarci in alcun dover-essere giuridico, alla soluzione del caso. Kelsen si avvicina di più alla realtà, quando propone l'apparente paradosso secondo il quale l'« essere » del diritto consiste precisamente in un « dover-essere », anche se non lo vincola a contenuti etici materiali bensì ad una mera relazione formale di imputazione. Vincolare il diritto alla realtà fattuale equivarrebbe a confonderlo con un ambito sociologico parallelo — e pertanto alieno — ad esso (4). Consideralo portatore di contenuto materiale reso positivo, dal quale far derivare cognitivamente determinate conseguenze — come pretende la dogmatica giuridica « positivista » in voga — significherebbe applicare in modo incoerente gli schemi propri di un sistema morale « statico » estranei al carattere « dinamico » dell'ordinamento giuridico (5), incorrendo in un flagrante giusnaturalismo.

L'eredità di Savigny ha finito con l'ottenere questo paradossale risultato. Il suo proposito di arrivare ad una scienza « storica » del diritto, che servisse da alveo nel quale far fluire la linfa « organica » della realtà giuridica, implicava inizialmente una razionalità peculiare, diversa da quella delle scienze empiriche. Svanito lo storicismo, il suo retaggio finisce con l'offrirci un metodo « scientifico » privo di speciali peculiarità, che trasforma in « pericoloso » ricorso residuale qualsiasi richiamo a criteri pratici, ai quali si nega ogni razionalità (6). I suoi eredi si vanteranno

---

(4) « Non è il diritto stesso ciò che costituisce l'oggetto di questa conoscenza, ma certi fenomeni paralleli della natura ». H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 117.

(5) « Secondo il modo di essere del fondamento di validità, è possibile distinguere due tipi diversi di sistemi di norme: uno statico e uno dinamico. Le norme di un ordine del primo tipo valgono (...) per il loro contenuto; pertanto il loro contenuto può essere riferito ad una norma inferiore il cui contenuto, il contenuto delle norme che costituiscono l'ordine, ammette di essere sussunto come il particolare sotto l'universale ». H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 203.

(6) Riferendosi all'interpretazione teleologica, egli segnala che « il valore intrinseco del risultato è tra i termini medi il più pericoloso, visto che con questo colui che interpreta oltrepassa con somma facilità i limiti della sua missione e si trasferisce nel campo del legislatore », perciò tale criterio interpretativo « può essere ammesso soltanto entro i più ristretti li-

di conoscere scientificamente, senza ulteriore creatività pratica, una realtà giuridica già effettivamente esistente: quella oggettivamente « posta » nel testo legale.

Il positivismo storicistico riuscì ad esautorare il giusnaturalismo razionalistico, ma quest'ultimo si vendicò ottenendo che il metodo del positivismo non lasciasse nell'attività giuridica una rilevante impronta di storicità pratica. Infine, quando ciò che viene « posto » occupa lo spazio di ciò che è « storico », il giurista non nasconderà il suo rimpianto per l'attuazione « more geometrico » dello sconfitto giusnaturalismo, paradossale protagonista della codificazione positivista.

Ci troveremmo perciò dinanzi a tre « positivismi giuridici ». Quello dei « realismi » (scandinavo o americano), i quali separano il diritto come realtà fattuale da ogni altra proposta di dover-essere, non suscettibile di conoscenza razionale. Quello della dogmatica giuridica post-storicista, che identifica l'essere del diritto con un contenuto di dover-essere reso positivo nel testo legale, suscettibile di sviluppo cognitivo — applicativamente — senza inoltrarsi in una dimensione propriamente « pratica » che ricrei quella realtà già posta. E infine quello del volontarismo non-cognitivistico kelseniano, per il quale il diritto è positivamente dover-essere, ma nella pratica viene creato in maniera discontinua, mediante atti volitivi di contenuto fungibile, senza altra mutua relazione che quella meramente formale, la quale conferirebbe a tali atti una validità giuridica.

Il giurista tipico aveva già volto le spalle ad ogni razionalità pratica. Kelsen — che esclude l'esistenza di una realtà giuridica autonoma capace di proiettarsi nella pratica — si limita ad invitarlo a portare la sua ansia di scienza sino a riconoscere, razionalmente, che la sua attività ha poco di conoscenza e molto di decisione. E affronta in modo duplice i difensori di una « tecnica » giuridica che si autoconsidera razionale e non creativa: da un lato, mette in luce l'indubitabile dimensione pratica di tale lavoro; dall'altro, gli nega ogni razionalità. Il giurista cerche-

---

miti ». F.K. SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, 35 (cito dalla versione spagnola di W. Goldschmidt, Buenos Aires, Losada, 1949), p. 156. Ho studiato con attenzione il suo apporto in *Savigny: el legalismo aplazado*, incluso nel libro: *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pp. 77-116.

rà, tuttavia, di restare fedele alla sua tecnica « scientifica », e perciò tanto alla teoria pura quanto alla ragione pratica.

In ciò che nega, almeno, Kelsen torna a mostrarsi più vicino alla realtà, a non ignorare la dimensione pratica dell'attività giudiziaria. Da parte sua, il nostro giurista riesce a non dimenticare che se l'attività giuridica merita rispetto e obbedienza da parte del cittadino, è solo nella misura in cui pretende di sostituire la volontà arbitraria con la ragione.

### 3. *Il dilemma positivista: conoscenza o decisione.*

Il tentativo della dogmatica acritica di trasformare la pratica giuridica in attività « scientifica » sarebbe sostenibile soltanto mantenendo l'ingenuo ottimismo logicista della « giurisprudenza dei concetti ». Kelsen non smette di ricordare che la « scienza del diritto può solo *descrivere* il diritto; non può (...) *prescrivere* alcunché », come esigerebbe il caso concreto; forse dubitando di certe intelligenze, egli arriva ad esemplificare che « nessun giurista può negare la differenza essenziale che c'è (...) tra un codice penale e un trattato di diritto penale » (7). Ci troviamo, quindi, davanti ad un curioso dilemma. Per la dogmatica giuridica positivista, l'applicazione del diritto dovrebbe essere il frutto di una conoscenza senza decisione; per il normativismo kelseniano, applicare il diritto sarebbe creare una nuova norma, mediante una decisione aliena da qualsiasi conoscenza.

Non sembra, però, che Kelsen arrivi a condannare il giurista alla perdita della conoscenza. « Nell'applicazione del diritto da parte di un organo giuridico, l'interpretazione cognitiva del diritto applicabile si connette con un atto di volontà nel quale l'organo di applicazione del diritto effettua una scelta tra le possibilità indicate dall'interpretazione cognitiva » (8). La differenza, quindi, consisterebbe nel rinunciare ad ottenere razionalmente « una » soluzione corretta per il caso in questione, ma così avremmo a disposizione diverse alternative, tutte ugualmente accettabili da un'ottica giuridica.

Il giurista versato in giurisprudenza costituzionale non tar-

---

(7) H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 86.

(8) H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 354.

derà a riconoscere un'impostazione a lui familiare come modello del molteplice sviluppo legislativo della Costituzione. Ciononostante, il suo trasferimento alla funzione giudiziaria appare forzato. Non c'è motivo per equiparare l'obbligata generalità dei testi costituzionali con la possibile rigida delimitazione, per via legislativa, di norme che contemplino ipotesi di fatto più definite. È facile ricordare che i teorici della legge, agli albori dell'età moderna, tendevano a considerare l'interpretazione quale rimedio terapeutico destinato unicamente a evitare eventuali imperfezioni legali; « in claris non fit interpretatio » afferma ancora il vecchio aforisma: la legge ben fatta non avrebbe bisogno di alcuna interpretazione. Se la legge è ben fatta, cosa potrebbe impedire di contare su « una » soluzione corretta per il caso concreto?

Il rapporto tra interpretazione cognitiva o scientifica e giudiziale o autentica è, senza dubbio, il punto più debole (e, nel contempo, più significativo) dell'impostazione kelseniana. Il suo rifiuto di « una » soluzione corretta al momento di applicare la legge, qualunque sia il suo grado di generalità o di concretezza, appare coerente se ci si accorge che il problema è di ordine diverso. È il suo non-cognitivismo che torna ad essere protagonista. Immaginare « una » soluzione corretta supporrebbe concepire la creazione giuridica come un'attività cognitiva e, al momento di applicare la legge, si tratterà di creare una nuova norma piuttosto che di conoscere quella precedente, negando qualsiasi connessione etico-materiale tra le due norme.

Kelsen aveva suggerito questa soluzione, ricordando che gli enunciati della « scienza del diritto, i quali descrivono il diritto senza imporre obblighi né concedere facoltà a nulla e a nessuno possono essere veri o falsi, mentre le norme prodotte dall'autorità giuridica, le quali impongono obblighi e concedono facoltà ai soggetti del diritto, non sono né vere né false, ma solo valide o nulle » (9). Secondo Kelsen, il nocciolo della questione non starebbe nel fatto che i contenuti giuridici scaturiscano dalla natura oppure siano posti dal legislatore, bensì nel fatto che non ci sia alcun contenuto giuridico in grado di aprirsi — mantenendo le proprie esigenze materiali — al concreto: « nella ottica del diritto positivo, non esiste alcun criterio sul cui fondamento si possa

---

(9) H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 86.

preferire una possibilità data nei limiti del diritto applicabile » (10).

La sua opposizione al giusnaturalismo reso positivo proprio dalla dogmatica giuridica, obbligata a funzionare come un sistema « statico » di stampo etico (11), appare coerente. Ciononostante Kelsen, negando non solo la possibilità di un mero sviluppo sillogistico della legge da se stessa ma anche il manifestarsi reale del giuridico — prima, nella e dopo la legge — finisce col tramutare in pura commedia il supposto gioco del principio di legalità.

Sebbene sia certo che una mera concatenazione logica sarebbe incapace di ottenere che la legge ci dica il diritto, non è meno certo che il dialogo con la realtà giuridica — che la legge ha già tentato di captare — portato avanti dal giudice sarebbe davvero capace di convertire in parola la sua lettera.

Infatti, solo rinviando ad una realtà che trascenda il testo legale è possibile emettere un giudizio (12) in grado di stabilire il suo corretto significato. Insistere troppo su ciò che possa derivare — in modo meramente cognitivo — dal testo legale equivar-

(10) H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 352.

(11) Ciò accadrebbe quando si comprende che l'autorità « non solo stabilisce norme mediante le quali delega codesta facoltà ad altre autorità normative, ma detta anche norme nelle quali si impongono determinati comportamenti (...), a partire dai quali — come il particolare dall'universale — si possono dedurre più norme mediante un'operazione logica ». Per converso, « il sistema normativo che si mostra come un ordine giuridico ha essenzialmente un carattere dinamico ». H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 205.

(12) S. COTTA ha messo in risalto questa inseparabilità radicale di giudizio e trascendenza. « La verità è dunque l'oggetto fondamentale della ricerca del giudice, e non, come spesso si crede, l'attribuzione di diritti e doveri alle parti »; « il giudice è colui che giudica una controversia stabilendo la verità comune grazie alla sua qualità di terzo », *Quidquid latet apparebit: le problème de la vérité du jugement*, « Archivio di Filosofia », 1988, (LVI/1-3), pp. 398 e 400. In uno degli scritti preparatori a questo convegno, Cotta segnala « l'incapacità dell'immanentismo di informare dell'effettiva capacità umana di trascendere il reale (umano e cosmico) mediante il giudizio ». Nel suo contributo allo stesso convegno, *Conoscenza e normatività. Una prospettiva metafisica*, egli evidenzia, egualmente, come non sia possibile giudicare il « senso della storia » senza andare oltre la stessa prassi storica: « il giudizio è reso possibile solo dall'abbandono della concezione unidimensionale della struttura umana e dunque dell'immanentismo » p. 559.

rebbe a negare l'esperienza più elementare, la quale colloca nel caso concreto un fondamento ineliminabile del senso giuridico di un testo. Ciò aggiunge un secondo elemento: codesta realtà trascendente non può intendersi come staticamente compiuta, in grado di aprirsi geometricamente verso il concreto, bensì come una realtà esistenziale e storicamente attualizzata nel caso concreto, che ha da « dire » su di essa altrettanto o più del testo legale stesso.

Non si tratta, dunque, di mantenere la razionalità di un processo cognitivo meramente teorico, cambiando semplicemente il suo oggetto in quanto si riconosce che il diritto non si identifica con il testo legale. Ciò potrebbe condurci ad un processo alternativo nel quale la conoscenza della legge naturale ci mostrerebbe di per se stessa il significato autentico del diritto positivo. Si tratta invece di addentrarci nell'effettivo conseguimento di una « razionalità pratica », che non abbia per oggetto la conoscenza passiva di una realtà peculiare già compiutamente esistente, bensì l'attualizzazione di una « verità da fare », ultimando la configurazione di una realtà che rivive soltanto nella storia. Questo lavoro non sarebbe un impegno meramente razionale, ma il frutto della confluenza di una ragione risoluta e di una volontà ragionevole (13).

I vecchi temi metafisici — essenza ed esistenza, ragione e volontà — mettono in primo piano la difficoltà del pensiero giuridico ad assumere le peculiarità del ragionare pratico. Mentre la dogmatica giuridica ci presenta un diritto positivo parmenideo, basato su una « positività istantanea » (14) estranea al fluire

---

(13) Nel suo contributo a questo convegno, J.M. TRIGEAUD coglie con precisione nella legge questa dimensione del giuridico, quando afferma che « legiferare presuppone perciò prendere in considerazione una dualità di componenti, cognitiva e volontaria (ricognitiva, insomma) della legge », *Conoscenza e normatività: la funzione legislativa*, p. 658. Questa conoscenza pratica si continuerà in sede giudiziale, portando a compimento quella circolarità ontologica che non dimentica che la legge, senza concluderla, si inserisce in « un processo di elaborazione del giusto che in senso strettamente gnoseologico la precede », *ibidem*, p. 622, « né si scandalizza di constatare che, nel contempo, la legge mantiene sempre l'attesa di trasformarsi finalmente in diritto ».

(14) A questo mi sono riferito in *Positividad jurídica y historicidad del derecho*, pubblicato successivamente in *Derecho humanos y metodo-*

storico, la teoria pura ci invita a rifugiarci in un « puntinismo » giuridico eracliteo, distaccato da ogni elemento permanente. Mentre la prima conclude riducendo la dinamica giuridica ad un'attività cognitiva di stampo sillogistico, la seconda la concepisce a colpi di volontà arbitraria. Da qui deriva il doppio dualismo — conoscenza e decisione, creazione politica e interpretazione scientifica — al quale veniamo forzatamente spinti.

La realtà giuridica non « è » qualcosa di compiuto, dalla quale — in modo fallace — ci impegnamo a trarre ciò che una cosa « deve-essere »; ci suggerisce, nell'attesa, come dobbiamo renderla esistenziale e storicamente reale, offrendoci fondamenti non meno reali per esprimere l'opportuno e creativo giudizio. Essa racchiude una verità, razionalmente conoscibile, ma si tratta di una *verità da attuare*, ancora incompiuta, riconoscibile solo nella misura in cui rendiamo manifeste prudenzialmente le sue esigenze nelle circostanze del caso concreto. Non « passiamo », pertanto, dall'essere al dover-essere; ci troviamo dinanzi ad una realtà che si offre come dover-essere potenziale — teoricamente raggiungibile — che esige di vedersi reale e praticamente attualizzata<sup>(15)</sup>. Le diffidenze metafisiche proprie del pensiero contemporaneo si vanno senza dubbio rafforzando allorché si fornisce una immagine piatta e statica della realtà giuridica, priva delle sue manifestazioni più evidenti.

L'identificazione kelseniana tra contenuti etico-materiali e ordinamenti statici può risultare adatta a dar conto di determinati giusnaturalismi di stampo razionalistico, ma appare bizzarro proiettarla su qualsiasi riconoscimento della possibilità di percezione razionale e pratica di una realtà giuridica.

---

*logía jurídica*, Madrid, Centro Estudios Constitucionales, 1989, cfr. p. 183.

(15) J.M. TRIGEAUD lo rispecchia espressamente quando parla del « movimento di questo essere per compiersi, per raggiungere il suo fine proprio, per realizzare il suo dover-essere » e conclude aggiungendo: « l'indicatività non sopprime la normatività: la rinvia alla sua intrinseca oggettività di presupposto. Richiede una disposizione imperativa, che completa l'indicazione che forma soltanto che il contenuto intellettuale o 'istruttivo' della legge », *Connaissance et normativité: la fonction législative* (cfr. nota 13), pp. 626 e 656-657.

#### 4. *Dalla cosa giudicata alla cosa voluta.*

Come abbiamo visto, Kelsen sembra mantenere nella sua dinamica giuridica un residuo di razionalità, di difficile raggiungimento, che potrebbe imparentarlo con autori come Hart, meno rigorosi nell'affrontare il problema di fondo. Se quest'ultimo distingue in ogni norma un nucleo chiaro, suscettibile perciò di interpretazione cognitiva, circondato da « casi difficili » che renderebbero inevitabile il ricorso ad un'arbitraria « discrezionalità » (16), per Kelsen la determinazione della particolare norma giudiziale per mezzo della precedente e generale norma legale « non è mai completa. La norma di grado superiore non può determinare in tutti i sensi l'atto mediante il quale si applica. Rimarrà sempre un margine più o meno grande per la libera discrezionalità » (17).

Il problema che anche Hart lascia in sospeso è quale sia l'esatta natura di questa distinzione tra chiarezza del nucleo e casi difficili. Si tratta del giudizio cognitivo finale, attraverso il qual il giudice mostra l'impotenza della sua ragione a trovare la soluzione del caso? Oppure, al contrario, si tratta della prima decisione discrezionale, con la quale il giudice si rifiuta di considerare « chiara » — forse per le sue prevedibili conseguenze — la soluzione che la norma generale gli propone? La qualificazione di un caso come « difficile » — così come la non meno problematica possibilità di stabilire l'esistenza di una « lacuna » — sembra spingerci nei meandri di un'interpretazione « *contra legem* ».

In cosa possa propriamente consistere, per Kelsen, il condizionamento esercitato dalla precedente interpretazione cognitiva sull'interpretazione autentica del giudice, è un vero mistero. Se c'è tale condizionamento, perché escludere che porti ad applicare « una » soluzione corretta? se non c'è, come sostenere che esista un ambito contrassegnato da soluzioni possibili? Fedele al suo stile di non aggirare le questioni più azzardate della sua teoria, Kelsen conclude eliminando la nostra perplessità con grande forza persuasiva: « attraverso l'interpretazione autentica, cioè,

(16) H.L.A. HART, *El concepto del derecho*, cfr. l'edizione in spagnolo di Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968<sup>2</sup>, pp. 159 ss.

(17) H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 350.

l'interpretazione di una norma ad opera dell'organo giuridico tenuto ad applicarla, non solo si può mettere in atto una delle possibilità indicate nell'interpretazione cognitiva della norma applicabile, ma si può persino produrre una norma che si trovi completamente fuori dai limiti configurati dalla norma applicabile... » (18).

L'opposizione conoscenza-decisione ha finito con l'andare in frantumi, visto il radicale protagonismo concesso alla seconda. « La sentenza giudiziale denominata « giudizio » non costituisce una proposizione enunciativa nel senso logico del termine (...) bensì una norma » (19), e perciò un atto di volontà. Qualunque immaginabile sentenza « *contra legem* » gode di legittimità, finché un altro tribunale superiore non *decida* il contrario. « Se un tribunale decide un caso concreto e afferma che nel farlo ha applicato una determinata norma giuridica generale, la questione resta risolta in senso positivo, e tale rimane fino a che la sentenza non venga revocata dalla decisione di un tribunale superiore ». La volontà ha eliminato ogni traccia di ragione. Il diritto si è trasformato in una catena di decisioni arbitrarie, il cui unico grado di « razionalità » — piuttosto statistico... — si fonderebbe sul fatto di essere sottomessa ad una, non meno arbitraria, decisione posteriore.

In tali circostanze, « che significa il fatto che l'ordine giuridico conferisce efficacia di cosa giudicata alla sentenza di ultima istanza? Significa che anche quando conservi validità una norma generale che il tribunale deve applicare, norma che predetermini il contenuto della norma individuale che la sentenza giudiziale deve produrre, può acquisire validità la norma individuale prodotta da un tribunale di ultima istanza pur non corrispondendo il suo contenuto a questa norma generale »; non è meno doveroso ammettere che « una sentenza legale, conforme al diritto, può essere revocata da una sentenza con forza di cosa giudicata » (20).

---

(18) H. Kelsen, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 354-355.

(19) H. Kelsen, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 33.

(20) H. Kelsen, *op. cit.*, (cfr. nota 3), pp. 275 e 277. Proprio K. OLIVECRONA, non meno coerente al momento di accettare le conseguenze del suo non-cognitivismo, incita a sradicare la « verità » dal mondo giuridico, poiché « affermando la 'verità' di un enunciato diamo sempre per sup-

La cosa giudicata cessa di essere la rassegnata formula di una ragione che si sa incapace di esaurire la conoscenza di un dover-essere reale, in continuo dinamismo, per trasformarsi nell'eufemismo destinato ad occultare una situazione ben distinta. Ogni razionalità è stata messa da parte; alla fine di una catena di decisioni, senza alcun « giudizio », ciò che realmente finisce per stabilirsi in modo definitivo è la cosa voluta in ultima istanza.

La perdita della dimensione storica delle realtà pratiche porta a fraintendere il mutuo gioco di norme e fatti nell'ambito di un comportamento indipendente. L'attività giuridica appare o come il mero compimento di ciò che è stato necessariamente annunciato o come un evento aleatorio sottoponibile solo a previsioni. Svanisce l'azione quale impegno pratico di una verità da fare, obbediente alla norma e al tempo stesso creatrice della proiezione storica dei suoi contenuti iniziali. Ciò non potrà essere compiuto dalla scienza poiché compete al buonsenso.

La razionalità pratica cessa così di essere il rimedio di emergenza per i casi di imperfezione della ragione teorica, e ciò relativizza qualsiasi concetto di « chiarezza » giuridica. È un peccato che Kelsen — sempre così esemplarmente attento ai fenomeni giuridici — non sia arrivato a percepire la portata effettiva di una delle sue più indovinate affermazioni: si dà sempre « una interpretazione di tutte le norme giuridiche, in quanto devono essere applicate » (21). Non vi è nulla di « chiaro » nel dinamismo del diritto senza una preventiva interpretazione, e sarà essa che stabilirà l'autentico confine: non tra chiarezza accettata a priori e difficoltà di ricerca ulteriore, ma tra interpretazioni compiute aventi risultati più o meno discutibili.

---

posto che codesto enunciato si riferisca a qualcosa che è ciò che è, indipendentemente dal linguaggio che su quello usano gli individui»; di conseguenza, « i tribunali non sono spettatori che si limitano a considerare con curiosità le relazioni giuridiche tra le parti », bensì « modellano le relazioni tra le parti in quanto legislatori complementari e vertici della forza esecutiva dello Stato »: *El derecho como hecho. La estructura del ordenamiento jurídico* (si tratta della seconda edizione, ampiamente corretta, della sua opera pubblicata con il titolo iniziale, cfr. infra nota 23), cito dalla traduzione spagnola di L. Lopez Guerra, Barcellona, Labor, 1980, pp. 251 e 202.

(21) H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 349.

L'interpretazione cessa, d'altra parte, di essere un processo meramente cognitivo, destinato a spianare la strada alla decisione posteriore — unica o plurima — per portare in se stessa la componente pratica di una decisione annunciata. Si rompe così ogni forzato dilemma tra fedeltà ai principi e responsabilità rispetto alle conseguenze, poiché queste saranno ponderate dal buonsenso, come ulteriore modalità per « verificare » la plasmazione storica delle esigenze dei principi.

La sentenza deve essere espressione di una ragione risoluta e, di conseguenza, deve plasmarsi in una decisione motivata. Se non si mette in evidenza il filo argomentativo che impone una conseguenza, si attenterebbe al nucleo stesso della legittimità del diritto, e si porrebbe il cittadino quasi in una condizione di mancanza di difesa, privandolo di ogni effettiva tutela giuridica.

##### 5. *Un colpo di stato quotidiano.*

Il fatto che Kelsen riconosca che una decisione giudiziale che opti per una delle possibilità descritte dall'interpretazione cognitiva non è meno giuridica di un'altra che ne scelga una espressamente esclusa, mette in luce la sua apparente descrizione dell'attività giuridica come un'arbitrarietà controllata. Le sentenze non sarebbero mai vere o false, poiché di fatto non hanno niente a che vedere con alcuna conoscenza; esse sono sempre valide, fino a che non si dimostri il contrario. Ciò dipenderà dall'eventuale attivazione di meccanismi di controllo, attraverso la presentazione di un ricorso, e quindi dal nuovo grado di giudizio incaricato di esaminare (?) la faccenda, il quale potrà anche decidere in senso contrario.

Tuttavia, Kelsen non potrebbe intendere il diritto neppure come un'arbitrarietà controllata, giacché ciò priverebbe paradossalmente di carattere giuridico la decisione giuridica per eccellenza: la cosa voluta dall'ultimo grado di giudizio attivato. Dove poggia realmente la sua giuridicità? La risposta sul carattere giuridico di quest'ultima norma risulterà coerentemente parallela a quella che egli aveva formulato quando si era occupato della giuridicità della prima, analizzando le vicende di una Costituzione — espressione di un dover-essere formalmente indiscutibile — sottomessa alle vie di fatto che accompagnano un processo rivoluzionario.

« Il principio che la norma di un ordine giuridico vale durante tutto il periodo della sua validità secondo le modalità stabilite da codesto ordine giuridico » — qualificato da Kelsen come « principio di legittimità » — « non si applica in caso di rivoluzione ». Paradossalmente la validità, espressione del dover-essere della norma, si vedrà condizionata da una realtà puramente fattuale: la sua efficacia. « Una Costituzione è efficace quando le norme stabilite in base ad essa sono applicate e rispettate in termini generali ». Di conseguenza, davanti a un colpo di Stato, che mette in discussione la validità della prima norma positiva, non è possibile pronunciarsi sulla validità delle *norme* che si fondano su di essa, senza attendere l'evolversi dei *fatti*. « Se la rivoluzione non trionferà », ossia « se non otterrà efficacia », « non verrebbe intesa come processo di produzione di un nuovo diritto, ma come delitto di altro tradimento ». La conclusione appare eloquente: « il principio di legittimità è limitato dal principio di effettività » (22).

Nessuno potrà negare la lucidità di questa analisi di ciò che avviene in realtà al termine di un colpo di Stato. Qualcuno potrebbe sentirsi spinto a tramutare il succitato passo nella prova suprema del « realismo » con il quale è stata elaborata questa teoria pura del diritto. Il capovolgimento prodotto quando si illustra tale fatto è, tuttavia, copernicano. Una rivoluzione o un colpo di Stato erano sempre stati considerati come un atto anti-giuridico per antonomasia; il momento nel quale il diritto mostra il maggior fallimento, nel suo proposito di sostituire la ragione alla forza. Kelsen, al contrario, trasforma tali fenomeni in una modalità ulteriore della « dinamica » giuridica quotidiana. Il colpo di Stato appare solo un modo come un altro per creare una norma giuridica positiva; la prima, per di più (23). Con ciò si finisce realmente con l'esaltare una teoria pura della forza.

---

(22) H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 217-219.

(23) K. OLIVECRONA, convinto che Kelsen con la sua idea del diritto come « dovere » si fermi a metà strada, tentenna ancora meno quando accetta questa conseguenza del non-cognitivismo. « Quando si elimina la nozione superstiziosa della 'forza obbligatoria' del diritto (...), l'istituzione della Costituzione attraverso atti rivoluzionari non è più misteriosa del normale processo di legislazione » (*El derecho como hecho*, cito dalla traduzione spagnola prima edizione, di G. Cortés Funes, Buenos Aires, Depalma, 1959, p. 48).

Se dalla prima norma positiva ci trasferiamo all'ultima sentenza, che chiude la catena degli atti creatori di norme, la familiarità del colpo di Stato come fenomeno giuridico arriva al limite estremo. Non ci sarà neanche da sperare in qualche sviluppo dei fatti, poiché la sentenza « *contra legem* » si tramuta di fatto immediatamente in norma inattaccabile. La decisione efficace finisce col sostituirsi al giudizio sulle esigenze di validità formulate dalla norma precedente.

Può crearsi, nuovamente, una certa illusione ammirando il « *realismo* » della descrizione. La perdita di ogni dimensione patologica le conferisce, tuttavia, un'importanza molto diversa. La ragione pratica frustrata non è la stessa cosa della volontà arbitraria. È fuori discussione che una sentenza di ultima istanza poco certa avrà compimento giuridico come cosa giudicata; ma almeno portava in sé il tentativo fallito di trovare la soluzione equa nella pratica. La negazione di una realtà giuridica conoscibile porta di per sé un'immediata e decisiva conseguenza: qualsiasi disposizione alla ricerca perde di significato, per cui siamo condannati all'arbitrarietà. La ricerca frustrata non colpisce radicalmente una legittimità che dipende più dal riconoscimento di un punto di riferimento che dalla riuscita effettiva della sua percezione. Quando non c'è nulla da ricercare, non resta che ricorrere, comunque, alla farsa « *ideologica* » capace di simulare una legittimità impossibile.

Perciò, non è affatto strano che — di fatto — il lavoro giudiziale finisca con l'essere un colpo di Stato quotidiano e che i tentativi di legittimare un qualunque « *uso alternativo del diritto* » siano naufragati, proprio per la loro incapacità di nascondere una così rozza condizione. Casualmente, il giudice finisce col tenere un comportamento prevedibile, oltre ogni ragione statistica. Si sforza di comprendere la realtà alla quale lo rinviano il caso e il testo legale e, di conseguenza, spesso si discosta di poco dall'aspettativa di giustizia che il cittadino — buon conoscitore del caso e forse ignorante del testo — aveva fatto propria.

Kelsen è consapevole che con la sua lucida descrizione rischia paradossalmente di far suo questo passaggio dall'essere al dover-essere, il cui rifiuto dava un senso a tutto il suo sforzo teorico. Da qui il suo faticoso impegno volto ad evitare di riconoscere semplicemente che la validità finisca con l'averne il suo fondamento nell'efficacia. Ammettere tale asserzione in relazione

al diritto supporrebbe un legame con la sofistica; riconoscerla come il modo migliore per spiegare un colpo di Stato è alla portata del meno istruito dei mortali.

Egli tenterà di aggirare l'ostacolo distinguendo tra « fondamento » e « condizione ». « L'efficacia è condizione » della validità e, perciò, « una norma giuridica isolata non è considerata già valida, quando ha cessato di essere efficace », ma ciò non significa che l'efficacia sia il « fondamento della validità ». « Le norme di un ordine giuridico positivo valgono *perché* la norma fondante di base (...) è presupposta come valida, e non perché sia efficace; ma quelle norme possiedono validità solo *quando* (cioè, fino a che) codesto ordine giuridico sia efficace » (24). La distinzione concettuale appare irreprensibile; qualsiasi tentativo di darle un'importanza reale sembra condannarci al mero nominalismo (25).

#### 6. *Il giudice decide cosa dice la legge.*

A questo punto è più facile valutare l'effettiva portata del presunto « condizionamento » della sentenza giudiziale attraverso il ventaglio di possibilità offerto dall'interpretazione cognitiva. Sarà sufficiente ripetere quanto detto da Kelsen nell'analizzare la valenza retroattiva del supposto controllo che, a partire dalla prima norma positiva, si dovrebbe esercitare sulle leggi che sovrintendono al suo sviluppo.

Dato che « tutto quello che l'organo legislativo emette come legge deve valere in quanto legge nel senso della Costituzione », cosa avviene quando « il contenuto delle leggi non corrisponde alle norme costituzionali »? Per Kelsen, dando per buo-

(24) H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), pp. 223-224.

(25) A. ROSS, da « realista », si dimostra implacabile al riguardo: « Se si respinge in modo radicale ogni censura etica, come fa Kelsen, e si accetta semplicemente come diritto l'ordine che possiede effettività, la validità specifica come categoria formale si trasforma in qualcosa di superfluo »; « è chiaro che, in realtà, l'effettività è il criterio del diritto positivo, e che l'ipotesi iniziale, una volta che sappiamo cos'è diritto positivo, ha solo la funzione di conferirgli la 'validità' che esige l'interpretazione metafisica della coscienza giuridica, anche se nessuno sa in cosa consista tale 'validità' » (*Sobre el derecho y la justicia*, dalla traduzione spagnola di G.R. Carrio, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 68-69).

na la nostra analogia, « l'organo legislativo si troverebbe in tal caso in una posizione analoga a quella del tribunale di ultima istanza, la cui sentenza ha forza di cosa giudicata ». Nella misura in cui tale legge non arriva ad essere annullata per incostituzionalità, si dovrebbe ritenere che « la Costituzione dà al legislatore la facoltà di produrre norme giuridiche (...) di contenuto diverso da quello definito direttamente dalle norme costituzionali » (26). Cioè che la legge posta fuori dei limiti costituzionali riesca — nella misura in cui non arriva ad essere annullata — ad ampliare di fatto tali limiti, producendo, nel contempo, una paradossale « falsificazione » retroattiva dell'interpretazione cognitiva che l'aveva collocata al di fuori.

Il giudice, dunque, arriva ad assumere una dimensione « legislativa » simile a quella che Kelsen attribuisce al Tribunale Costituzionale, sebbene con un profilo per nulla spregevole. Il controllo di costituzionalità dovrebbe rispettare i confini di una legislazione « negativa », limitata alla possibilità di estrarre determinate norme dall'ordinamento, mentre le si vieta espressamente di introdurne di nuove; al contrario, quella del giudice sarà inevitabilmente una legislazione « positiva », anche se in principio continuerà ad essere indirizzata all'ambito particolare del caso. Ciononostante, tanto per il caso in questione, quanto per quelli successivi — per precedente di giurisprudenza o per dottrina giurisprudenziale — il giudice deciderà cosa realmente dice la legge, ampliando a suo arbitrio l'ambito delle possibilità derivanti dall'interpretazione cognitiva del suo testo.

In tali circostanze, diventa un mistero profondo in che cosa possa consistere codesta « scienza giuridica » sulla quale teorizza Kelsen. Se « la scienza è funzione cognitiva e descrizione » (27), non si capisce su cosa potrebbe informarci una scienza « del diritto » se ciò che di fatto dicono le sue norme dipenderà da quello che il giudice deciderà al riguardo. La supposta scienza

---

(26) H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 279. K. OLIVECRONA, collega opportunamente la situazione con il fatto di prospettare il colpo di Stato come atto giuridico. « Non è possibile tracciare una linea netta tra la legislazione rivoluzionaria e quella normale »; « è un fatto ben noto che una Costituzione può essere 'interpretata' in un senso del tutto diverso da quello originale », *op. cit.*, (cfr. nota 23), p. 52.

(27) H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 86, nota 61.

abbandona ogni descrizione di questo dover-essere in cui consiste l'essere del diritto, per tramutarsi in una previsione azzardata di ciò che il diritto potrà diventare.

Appare inevitabile il parallelismo con il realismo scandinavo<sup>(28)</sup>, alla cui proposta di scienza Kelsen negava — come abbiamo visto — qualsiasi carattere giuridico. Affrancato il testo legale da una realtà giuridica che lo sopravanza, i suoi termini — privi di punti di riferimento — non possono dirci nulla nell'attesa che il giudice decida il suo effettivo contenuto. La presunta scienza giuridica si trasformerebbe così nell'analisi di alcuni testi collocati in parallelo con l'operare del giudice, il quale alla fine deciderà il suo contenuto.

L'analisi dei suoi testi avrebbe ancora un certo senso, solo se fosse possibile confidare nell'esistenza di qualche rapporto tra i contenuti legali e la decisione giudiziale. Di fatto, tale rapporto può esistere se sia l'attività legislativa che quella giudiziale tenteranno di esprimere — in diversi ambiti di generalità o di particolarità — una medesima realtà, che promuova la soluzione legislativa e dia senso alla sua espressione interpretativa. Quando si nega qualsiasi realtà giuridica a questo punto di incontro, per presentarlo — relegandolo nell'ambito metagiuridico — come « norme morali, norme di giustizia, giudizi di valore sociale, ecc., che di solito vengono indicate con etichette quali: 'bene comune', 'interesse di Stato', 'progresso', ecc. », rispetto alle quali « a partire dall'ottica del diritto positivo, non si può dire nulla »<sup>(29)</sup>, la scienza del diritto si trova ridotta ad un passatempo non più rilevante di un « solitario » a carte.

Resta comunque sempre significativa la rottura del principio di legalità prodotta dall'assenza di razionalità pratica. Il tentativo di identificare legalità e diritto, nel senso che quest'ultimo si trova interamente contenuto nel testo legale, si infrange contro la storicità propria del processo di positivizzazione del giuridico. In tali casi, invocare il principio di legalità può facilmente diven-

---

<sup>(28)</sup> A. ROSS, per esempio, accetta senza affettazione questa situazione: « Una decisione è errata, cioè non è concorde con il diritto vigente, se dopo aver tenuto conto di tutto, compresa la decisione stessa e le critiche eventuali, risulterà molto probabile che per il futuro i tribunali si discosteranno da codesta decisione », *op. cit.*, (cfr. nota 25), p. 49.

<sup>(29)</sup> H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 354.

tare il travestimento che occulta il lavoro inevitabilmente creativo del giudice. Kelsen, da parte sua, sensibile al ruolo dell'attività giudiziale, finirà con l'attenuare ogni effettivo condizionamento della sentenza da parte del precedente testo legale.

Il rispetto del principio di legalità riacquista il suo autentico significato via via che si inserisce nel processo di attualizzazione della realtà giuridica. Tale processo non verrà portato a termine « ex abrupto », con la forte dipendenza dalla soggettività del giudice che ne deriverebbe, e la conseguente incapacità del cittadino di formulare con un minimo di sicurezza le sue aspettative di comportamento. Il quadro legale avvicina già esigenze giuridiche e fatti sociali, avviando il loro dialogo creativo. Il buonsenso, che porta con sé la capacità di lasciarsi aiutare nella ricerca che configura questa verità da fare, includerà quale elemento decisivo l'attenzione ai limiti che potrebbero razionalmente derivare dal testo legale. Non ci troviamo così dinanzi ad una mera esigenza di « tecnica giuridica », bensì di fronte ad un vero e proprio imperativo etico, se si penetra nel carattere protettivo dei diritti fondamentali che giustifica il rispetto del principio di legalità.

Pochi fondamenti hanno fatto risaltare il processo di positivizzazione con maggiore espressività di quelli basati sull'ermeneutica esistenziale: il ruolo della pre-comprensione quale punto di partenza dell'applicazione della norma <sup>(30)</sup>; la critica al rifiuto razionalista dei pre-giudizi, come pure la necessità di tramutarli in giudizi commisurandoli con gli schemi propri della dogmatica giuridica; l'abilità dell'autorità e della tradizione nell'incrementare un sapere pratico; l'approfondimento dell'attività giuridica in quanto linguaggio, ricco di capacità comunicativa e di creatività, senza pregiudizio del suo peculiare carattere vincolante...

Indubbiamente tutto ciò, se non è accompagnato da un desiderio di approfondimento ontologico, può rimanere limitato ad

---

<sup>(30)</sup> S. COTTA, che allude nel suo contributo a questo convegno all'« esperienza empirica esistenziale » come esempio di « cognitivism limitato », segnala che « un'iniziale constatazione empirica di tipo atletico è la condizione che produce una conseguenza assiologica; quest'ultima, a sua volta, determina, grazie alla mediazione del sentimento percettivo, la decisione operativa di tipo deontico »: *Conoscenza e normatività. Una prospettiva metafisica* (cfr. nota 12), p. 561.

una critica corrosiva degli schemi propri del legalismo<sup>(31)</sup>. La percezione della realtà giuridica attraverso il processo approssimativo della ragione pratica conferisce una particolare profondità a queste analisi fenomenologiche. Il cosiddetto « circolo ermeneutico » rispecchia la circolarità ontologica propria di una realtà in grado di offrirsi alla conoscenza, ma che nello stesso tempo necessita ancora — in quanto verità da fare — di un'attualizzazione creativa.

7. *Quale norma porta i giudici a trasformare una decisione in norma?*

Alla fine, due dei « positivismi giuridici » in questione si sono avvicinati vistosamente. Entrambi collimano nel prendere con beneficio d'inventario l'ingenua fede del giurista nella propria dogmatica giuridica, mentre mantengono il loro sostanziale disaccordo rispetto a ciò che è « positivamente » il diritto: fatto o dovere.

Ross, attento studioso di Kelsen, non tralascia, da parte sua, di affrontare il rapporto tra efficacia fattuale e validità. Fedele alla propria opzione « realista » per la fattualità, dà più valore alla manifestazione fenomenica della realtà giuridica, sebbene il suo voto di astinenza metafisica gli impedisca di riconoscere la dimensione essenziale. Per Ross, la validità non è altro che una disposizione all'obbedienza « disinteressata »<sup>(32)</sup> alla

---

(31) A. KAUFMANN ha insistito più volte su tale punto nei saggi raccolti successivamente in *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, Colonia, Carl Heymanns, 1984; tra gli altri *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik*, nel quale rifiuta l'esigenza razionalista di un linguaggio legale unidimensionale e univoco, ricordando che il diritto più che dedotto è parlato (Rechtsprechung), *ibidem*, pp. 36 e 45; *Das Recht im Spannungsfeld von Identität und Differenz*, nel quale ricorda che il diritto nasce da un atto creatore dell'uomo, che mette in corrispondenza Sein e Sollen in una situazione storica, *ibidem*, p. 170; o anche, *Die « ipsa res iusta »*. *Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie*, nel quale insiste sul fatto che il diritto è in primo luogo un atto, un accadere reale tra gli uomini, e che la legge non è una realtà giuridica compiuta, ma una possibilità di diritto, *ibidem*, pp. 59 e 61.

(32) Già in *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, A. Ross rilevava l'interazione tra « un comportamento interessato, più precisamente determinato come un impulso di timore o di

norma; intendendo per tale un'obbedienza che non è frutto della minaccia coattiva, bensì della sintonia con i valori riflessi da una norma concreta o del rispetto che circonda nel suo insieme l'ordinamento.

Sarà solo questo il punto di riferimento del giudice per orientare la sua attività. Sebbene per norma giuridica si intenda ciò che il giudice di solito considera essere il diritto, è inevitabile chiedersi cosa spinga il giudice a prendere per norma detto giudizio. Ancora una volta, o facciamo assegnamento su una realtà di possibile conoscenza — per quanto problematico ciò possa apparire — o non resterebbe altra scelta che abbandonarci all'arbitrarietà di coloro che decidono il diritto.

Riappare, dunque, una vistosa contraddizione. Se il cittadino, adeguatamente « illuminato », arrivasse alla conclusione che codesta realtà giuridica che lo porta a formulare aspettative di giustizia è meramente illusoria, sarebbe incapace di manifestare una disposizione all'obbedienza « disinteressata » verso il diritto e così priverebbe il diritto — in termini « realisti » — di qualsiasi validità. Se il cittadino cessasse di vedere nel giudice l'esperto conoscitore di codesta realtà giuridica su cui si basano le sue aspettative, non gli presterebbe più alcuna fiducia e non si adatterebbe a sottomettere al suo giudizio la propria opinione. È evidente, dunque, la funzione « ideologica » che il diritto sarebbe condannato ad assolvere, non potendo contare su un fondamento tanto reale quanto razionalmente conoscibile<sup>(33)</sup>. Ridotto ad apparato coattivo, funzionerebbe di

---

costrizione » e « un comportamento disinteressato che ha il sigillo della validità », cito dalla traduzione spagnola di J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 90.

In seguito, in *Sobre el derecho y la justicia*, (cfr. nota 25), p. 53, tornerà a parlare di « rispetto disinteressato al diritto ». Sul realismo scandinavo mi sono soffermato in particolare in *Un realismo a medias: el empirismo escandinavo*, incluso nel libro: *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 27-62.

<sup>(33)</sup> « Nessun Hitler può terrorizzare una popolazione senza che, almeno all'interno del gruppo che gestisce l'apparato coattivo, l'obbedienza sia in qualche misura volontaria. In ultima analisi, ogni potere possiede un fondamento ideologico », A. ROSS, *op. cit.*, (cfr. nota 25), p. 56.

fatto in modo così radicalmente diverso, che sembra ragionevole mettere in dubbio la sua esistenza a tempo indefinito <sup>(34)</sup>.

Il realismo scandinavo comporta l'esistenza pratica di una realtà giuridica esclusa dall'ambito teorico. Obbligato a considerare come evento casuale ciò che il cittadino vive come conoscenza reale, si condanna ad ignorare ciò che descrive. Kelsen stesso incorre in un atteggiamento identico. Non solo l'ordinamento giuridico nel suo complesso può essere messo in questione da un colpo di Stato rivoluzionario; anche la norma isolata « che non è mai rispettata o applicata » può « perdere la sua validità per mezzo della cosiddetta 'desuetudo', o disuso », « una sorta di abitudine negativa, la cui funzione essenziale risiede nell'eliminare la validità di una norma esistente » <sup>(35)</sup>. L'ordinamento giuridico nel suo insieme sarebbe condannato ad essere la sua vittima, se il cittadino non avesse la convinzione che in esso si plasmano, anche se in forma di tentativi, le esigenze di comportamento che ritiene veramente giuste.

Il non-cognitivismo teorico è in contrasto con l'evidenza di un'esigenza sociale pratica di legittimità. Se il diritto perdura è perché il cittadino lo riconosce e lo riconosce e lo accetta come un processo di ragione pratica, che si sforza di esprimere qualche contenuto reale. Se tale realtà esiste, bisognerà adoperarsi costantemente per conoscerla e interpretarne le esigenze. Se è mera illusione, e il diritto funziona meglio nella misura in cui la maggioranza non comprende la sua reale portata, sarebbe più umano finirla con l'inganno. Per quanto gli uni e gli altri facciano a gara nell'attribuire un carattere anti-ideologico al-

---

<sup>(34)</sup> « È una notevole conquista della civiltà occidentale l'aver realmente assoggettato la forza statale, in modo che non possa essere utilizzata, nella pratica, altrimenti che in conformità con le norme giuridiche, sotto la direzione o il controllo di giudici indipendenti dal Governo. Siamo abituati a considerare questa situazione come sicura. Forse, con maggior fondamento, potrebbe essere considerata quasi come un miracolo. È il risultato di un lavoro secolare; un meccanismo di precisione del tipo più delicato e complesso. Ricostruirlo, una volta distrutto non sarebbe impresa facile ». K. OLIVECRONA, *op. cit.*, (cfr. nota 2), p. 240. Si veda anche la prima edizione della sua opera, con lo stesso titolo (cfr. nota 23), pp. 133-134 e 148.

<sup>(35)</sup> H. KELSEN, *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 224.

le proprie teorie <sup>(36)</sup>, concorrere a preservare una stabilità sociale mantenuta a scapito dell'ignoranza dei più, meriterebbe la qualifica di « ideologico » piuttosto che quella di « illuminato ».

*(traduzione dallo spagnolo)*

---

<sup>(36)</sup> H. KELSEN pretende che se per « ideologia » si intende « una esposizione non obiettiva, trasfiguratrice o sfiguratrice » dell'oggetto di conoscenza, « la teoria pura del diritto mostra una chiara tendenza anti-ideologica », *op. cit.*, (cfr. nota 3), p. 121. K. OLIVECRONA, da parte sua, ritiene che la funzione demistificatrice della scienza nell'ambito giuridico rimanga incompiuta: « non possiamo dire: qui si ferma la magia e comincia il pensiero pienamente razionale. Il pensiero moderno in materia giuridica è lungi dall'essere totalmente razionale »; persino Kelsen ha « mantenuto la struttura magica anteriore in materia giuridica », *op. cit.*, (cfr. nota 23), pp. 88 e 89. A. ROSS non esita ad accusare di « ideologia » la dottrina del precedente giudiziale: « è in realtà soltanto un'illusione. È un'ideologia tenuta in piedi da certe argomentazioni per occultare ai suoi sostenitori e agli altri la libera funzione creatrice del diritto che possiedono i giudici, e per trasmettere l'impressione ingannevole che questi ultimi si limitano solo ad applicare il diritto già esistente », *op. cit.*, (cfr. nota 25), p. 86.

# Rivista internazionale di filosofia del diritto

OTTOBRE / DICEMBRE  
IV Serie - LXXI - 1994



RIVISTA TRIMESTRALE  
Spedizione in abb. postale - 50%

*estratto*

**Giuffrè editore**