

Il pensiero giuridico di Kelsen: normativismo e diritto privato

Prospero, Michele

Veröffentlichungsversion / Published Version

Zeitschriftenartikel / journal article

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Prospero, M. (2010). Il pensiero giuridico di Kelsen: normativismo e diritto privato. *Studia Politica: Romanian Political Science Review*, 10(4), 709-787. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-446822>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0>

Il pensiero giuridico di Kelsen

Normativismo e diritto privato

MICHELE PROSPERO

L'EREDITÀ DI KELSEN

Sulla fortuna di Kelsen

Hans Kelsen è considerato il maggiore giurista del '900 e nella sua vasta opera scientifica fornisce la più affinata dottrina pura del diritto che intende rimuovere ogni condizionamento ideologico e cogliere il sistema giuridico come momento solo tecnico-procedurale indifferente ai valori¹. Il diritto è da lui scrutato come una mera forma che riconduce la norma giuridica entro un sistema coerente e «puro» dal quale del tutto estranee risultano temi sostanziali o questioni materiali di giustizia. La formalità del diritto come condizione per definire un sistema autoreferenziale di norme valide per Kelsen è una qualità eminente che non va smarrita cedendo a influenze etiche e politiche. La purezza del diritto per essere colta esige un'indagine assai risoluta nell'abbandonare le preoccupazioni tradizionali che rinviano all'etica, alla giustizia, all'equità, alla nozione assoluta di bene. Il diritto è solo forma o procedura e non ha alcun nesso con le costruzioni dell'etica e dei principi morali. Le categorie teoriche di Kelsen, in nome della purezza dell'indagine giuridica, si mostrano ostili all'idea teologico-giusnaturalista di un ordine giuridico immutabile che incorpora la verità etica assoluta². La lotta accanita contro l'infiltrazione dell'etica o concezione eterna del giusto serve a Kelsen per osservare il diritto al riparo da ogni penetrazione di assunti prescrittivi o morali che oscurerebbero la struttura formale del diritto.

Le istanze kelseniane di un diritto come norma pura distante dalla morale, dalla religione hanno avuto una grande risonanza negli studi di diritto pubblico e nelle analisi delle relazioni internazionali (in questo campo con alcune oscillazioni, per via della presenza di nozioni come quella di *civitas maxima* che appaiono di chiara ascendenza giusnaturalista)³. Qui, nei concetti d'ambito giuspubblicistico, le

¹ Del '900 Kelsen è espressione completa nella sua battaglia contro i totalitarismi in nome di una scienza pura affrancata dalla politica e per questo alla ricerca di una «legittimazione per mezzo della scienza» (A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 2003, p. 19). Contro la dipendenze del diritto dal potere costituito Kelsen scrive una sorta di «manifesto contro i totalitarismi» fortemente legato al suo tempo, al clima culturale infuocato che va dagli anni '30 agli anni '50 (*ibidem*, p. 282).

² Da Hobbes a Austin il positivismo giuridico postula il diritto come regola posta (dall'autorità) che vale in virtù di minacce di coercizione e si impone indipendentemente dalla conformità con principi morali. Sugli orientamenti delle versioni più moderne del positivismo giuridico novecentesco cfr. G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, 2001, pp. 86 sgg.

³ H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, 1989. Su questo problema cfr. i saggi di M.G. LOSANO, L. BONANATE, A. CARRINO apparsi in L. CEDRONI, P. POLITO (a cura di), *Saggi su Umberto Campagnolo*, Roma, 2000.

sollecitazioni di Kelsen tese a coniugare la formalità della norma con la positività dell'impianto giuridico statale hanno trovato una grande udienza. A confronto dell'impatto straordinario del normativismo giuridico ben visibile nelle diverse aree giuspubblicistiche, certamente «debole ed incerta è la fortuna conseguita da Kelsen fra gli studiosi di diritto privato»¹. Il successo di Kelsen come teorico del diritto pubblico ha oscurato il contributo del giurista praghese nel campo del diritto privato, del diritto soggettivo.

Nel campo del diritto privato meno avvertita è risultata, se non l'istanza della forma in quanto tale, la sua derivazione positiva dagli organi accentrati dello Stato. Invero non sono mancate anche letture affrettate e giudizi fuorvianti sul contributo kelseniano. Esempio al riguardo è la interpretazione di Emilio Betti che rimprovera a Kelsen di essere

«spesso caduto nell'errore di mettere il negozio giuridico sul medesimo piano degli atti normativi che sono fonti di diritto»².

Opposto, e in fondo più rispettoso del testo kelseniano, è il rilievo formulato da Francesco Carnelutti. Egli riconosce al normativismo il merito di

«aver messo in luce anche il concetto di diritto oggettivo e avere stabilito che il diritto soggettivo, come ogni altro potere, e in genere, ogni altro rapporto giuridico, ne è una funzione o una proiezione; questo merito però si è convertito in una reazione esagerata quando la teoria pura del diritto, per affermare il diritto oggettivo si è spinta a negare il diritto soggettivo, il quale si risolverebbe nello stesso diritto oggettivo»³.

Ad ostacolare la ricezione del pensiero di Kelsen nell'ambito degli studi del diritto privato ci sarebbe il primato da lui conferito alla nozione di diritto oggettivo (o pubblico-statale) che ricomprende anche la sfera del diritto soggettivo o privato sprovvista di autonoma consistenza.

Kelsen rifiuta la contrapposizione tra diritto soggettivo e diritto oggettivo perché scorge in essa i germi di una lettura ideologica per cui i diritti del soggetto sono assoluti perché precedenti ogni ordinamento statale. Nel diritto privato, dove il bisogno della sicurezza dei possessi e delle situazioni soggettive è da sempre al centro di ogni preoccupazione, si tende a conferire al diritto una capacità di durata e di protezione che scavalca i mutamenti che strutturalmente connotano la dimensione del diritto positivo. Il diritto pubblico può ben configurarsi nelle sue attitudini al mutamento a seconda degli orientamenti dell'ordinamento accentrato fonte di norma. Il diritto privato reclama invece una solidità e permanenza delle condizioni e il momento della

¹ N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Roma-Bari, 1999, p. 87. Sui distinti momenti della riflessione di Kelsen cfr. E. BULYGIN, *Norme, validità, sistemi normativi*, Torino, 1993. Rimarca la fortuna confinata nelle discipline pubblicistiche anche R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980.

² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2001, p. 188.

³ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 155. In merito alle contestazioni di uno statalismo kelseniano va precisato che «Kelsen critica lo statalismo affermando che lo Stato è solo una indebita personificazione del diritto» e che pertanto Stato è solo un sinonimo di diritto (M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, Bologna, 1993, p. 157).

positivizzazione ossia della contingenza non appare come requisito raccomandabile per tamponare le incertezze. La validità dei diritti privati viene così tendenzialmente sganciata dall'effettività di un ordinamento eteronomo nella speranza di renderli più solidi e meno contraibili¹. Questa eco di una lettura del diritto privato inteso come il vero diritto che nonostante tutto dura nel tempo, per certi versi affrancato dalla dimensione pubblica, ha contribuito al solo parziale successo di Kelsen tra i cultori del diritto privato.

Eppure le riflessioni sul problema della proprietà e sul carattere dei diritti soggettivi, sul nesso tra il permesso e l'obbligo, sul raccordo tra ordinamento e autonomia negoziale sono ricorrenti nell'ampia produzione del giurista praghese e svelano alcuni strutturali punti di debolezza degli approcci teorici tradizionali attorno ai pilastri concettuali del diritto civile. La pulizia concettuale e linguistica cui Kelsen sottopone il diritto, riconsegna in una nuova luce alcune delle categorie del diritto privato. Il giurista delle materie privatiste, da Kelsen ricava l'istanza teorica di depurare la norma dalle istanze ideologiche, deve rinunciare ad una idea sostanziale di persona come fine in sé per scrutarla piuttosto come un dato scomponibile, ovvero come una mera costruzione formale che isola di volta in volta interessi determinati meritevoli di copertura giuridica.

Archiviata merita di essere anche ogni veduta del mondo dell'economia come luogo in sé sussistente e quasi spontaneo per lasciare trapelare il mercato come un ordine giuridico che affida alla norma la regolazione degli scambi, dei rapporti, dei contratti con figure astratte che rinunciano a determinare i puntuali contenuti delle relazioni. Il confronto serrato con i classici, e il rigetto di ogni fondazione etica dei diritti soggettivi come dato preesistente alla norma, conducono Kelsen a inquadrare la proprietà *sub specie iuris* al di fuori delle insidie metafisiche escogitate per rispondere a delle preoccupazioni politiche piuttosto immediate. L'affrancamento dall'ipoteca delle metafisiche (che divaricano i diritti da ogni concreta giustiziabilità) e l'indipendenza dai grandi idola della tradizione, che postula diritti soggettivi indipendenti dalla normatività giuridica, esigono una serrata battaglia contro le roccaforti della mentalità ideologica.

Il disegno di Kelsen

L'obiettivo di Kelsen è quello di affermare le ragioni della dottrina pura del diritto scevra di ogni postulato di valore anche nelle zone impervie del diritto privato sovente così ospitali per le costruzioni viziate dall'ideologia. Il diritto è un sistema aperto e dinamico che prevede una tecnica della sussunzione del fatto concreto al tipo astratto, non un inerte mondo valoriale agganciato ad una statica natura ricoperta di idealità. Nella nomodinamica kelseniana esiste un altro ed univoco criterio per la selezione dei fatti ed è la validità della norma intesa come mera conformità a procedure. Solo se rientra nel quadro delle azioni previste dalla forma e nelle procedure prescritte per la produzione

¹ Sulle riluttanze a vedere nel diritto un che «di mobile e mutevole» e sull'interesse al mantenimento di ciò che esiste cfr. N. ELIAS, *Potere e civiltà*, Bologna, 1983, p. 87. Secondo Elias «la stessa sicurezza giuridica legale, cui è sempre interessata una parte considerevole della società, poggia in parte sulla scarsa mobilità del diritto, incoraggiata appunto dall'interesse per la sicurezza». Al diritto politico che cambia si contrappone per questo un diritto privato colto come una struttura della permanenza.

giuridica, il fatto reale assume una qualifica di evento giuridico provvisto di validità o conformità con il dispositivo pubblico-normativo. La norma che segue le vincolanti procedure sistemiche, non la natura o un contenuto valoriale preordinato, è in Kelsen il misuratore della qualificazione giuridica dei rapporti intercorrenti tra soggetti.

La forma dell'operare sociale è stabilita solo da una norma positiva perché il diritto si identifica con la legge, e non è ricavata da una visione della natura venerata come valore certo e inalterabile. Ogni imputazione del fatto empirico o ascrizione è resa possibile solo dalla norma statale e così la puntuale riconduzione del fatto empirico ad una fattispecie è sottratta all'indeterminatezza degli assiomi prescrittivi. La società, i rapporti tra i soggetti nello schema delle norme pure sono il risultato di un'organizzazione giuridica della vita di relazione che ricorre a prescrizioni che non hanno in sé contenuti di giustizia ma solo procedure che presuppongono l'ordinamento quale unico soggetto qualificante. Per Kelsen

«il diritto è sempre positivo, e la sua positività risiede nel fatto che esso è creato ed annullato da atti di esseri umani, ed è quindi indipendente dalla morale e da analoghi sistemi normativi. E' questa la differenza fra il diritto positivo e il diritto naturale, il quale, come la morale, è dedotto da una norma fondamentale possibilmente evidente di per sé, considerata come espressione della volontà della natura o della ragion pura»¹.

La realtà giuridica ricomprende la sfera sociale qualificandola e interpretandola con la forma (la norma ricorre a configurazioni per tipi o *facti species*) e Kelsen ritiene che solo la volontà normativa dell'ordinamento dello Stato (ossia la volontà formale di organi, non di psicologie individuali) costituisca il fondamento di ogni rapporto giuridico (comando, autorizzazione, deroga), anche di quello della proprietà che è pur sempre un assetto normativo e non già un ideale sostantivo. Non esiste in questa prospettiva un problema di determinazione dell'inizio effettuale del diritto di proprietà, giacché non è concepibile uno spazio sociale in sé definito e sussistente che vacilli leggiadro in un modo del tutto spoglio di forme. Il diritto-norma è senza un inizio temporale esterno, non ha riferimento alcuno allo svolgersi di rapporti reali che solo in seguito a procedure formali acquisiscono copertura giuridica che li istituisce prescrivendo obblighi e divieti. La norma o regola prescrittiva nasce dalla norma e dagli atti di conformità giuridica e non esiste un contratto effettuale (di fondazione nel tempo di un ordinamento) che oltre ad essere misura di valore segna anche l'avvio reale del diritto².

¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1980, p. 115. Ciò significa che «un rapporto, sino a che non è preso in considerazione dal diritto, è un rapporto di fatto. L'assunzione da parte dell'ordinamento giuridico – assunzione che avviene attribuendo a uno dei due soggetti un obbligo e all'altro un dovere – trasforma il rapporto di fatto in un rapporto giuridico. Il rapporto tra un venditore e un compratore è un rapporto economico. Ciò che lo fa diventare giuridico è il fatto che l'ordinamento giuridico attribuisce ai due soggetti del rapporto diritti e doveri» (N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958, p. 32). Nell'ideologia liberale i singoli trovano protezione nel codice civile. La parola «civile non designa gli interessi comuni della *civitas*, ma i rapporti della società civile, reputati anteriori allo Stato ed estranei alla sfera della politica» (N. IRTI, *Codice civile e società politica*, cit., p. 10).

² H. KELSEN, *Dio e Stato*, Napoli, 1988, p. 200. Sull'impostazione di Kelsen e i suoi contatti con la fenomenologia di Husserl cfr. B. ROMANO, *Due studi su forma e purezza del diritto*, Roma, 2008.

Il diritto produce da sé, ovvero con procedure predefinite e codificate, le norme in modo dinamico (la causalità giuridica indica un nesso tra norma e effetti giuridici), non le ricava da contenuti esterni assunti come vincolanti. Il diritto di proprietà per Kelsen non può essere proiettato al di fuori del tempo come un valore sostanziale univoco che nasce in una situazione prestatale nella quale vige già un dominio quiritario o esclusivo del bene economico. L'averne non è pensabile come principio morale che si consolida prima ancora della comparsa di un ordinamento giuridico oggettivo. Solo attraverso un ordinamento efficace che assicura l'autoproduzione del diritto attraverso la norma come qualificazione giuridica che configura situazioni nuove, lo Stato può garantire giuridicamente, ossia grazie al supporto di agenzie coercitive, la proprietà privata come bene patrimoniale che non tollera offese (rapina, ingiuria, danno, appropriazione indebita, illecita ingerenza nella cosa) secondo lo *ius* civile.

E' evidente il passaggio teorico di Kelsen: dal facile successo che ottiene nei confronti delle costruzioni metafisiche imperniate sulla gracile nozione di un diritto soggettivo già confezionato prima dell'ordinamento positivo o statutale, egli passa velocemente alla identificazione di diritto e statualità e quindi alla cancellazione di atti, comportamenti, relazioni che intercorrono tra i soggetti anche prima della organizzazione giuridica allestita dalla statualità. Nel suo sguardo teorico viene amputato tutto ciò che nella vita reale si agita in attesa di prendere forma, il proteiforme mondo dei rapporti intersoggettivi che cerca di affermarsi e diventare tipico, e tutto rientra nella norma pura che dispone ogni situazione giuridica ed è capace di estromettere dalla ricognizione l'istituzione sociale di rapporti economici che il diritto oggettivo riveste di forma. Dall'esigenza teorica di sondare il diritto secondo la formalità garantita da rigide procedure consegue una forte polemica contro gli indirizzi teorici del giusnaturalismo che non accennano a rifluire e anzi in ogni contesto storico tendono a riaffiorare assumendo lineamenti ogni volta peculiari.

I limiti del giusnaturalismo

Il giusnaturalismo (ossia la tendenza a partire da un'idea di bene, di giusto e da essa sondare i reali meccanismi di potere) rappresenta la manifestazione di uno stile cognitivo quasi inespugnabile che, da sponde politiche opposte, privilegia il valore etico dei diritti del soggetto rispetto alle determinazioni reali del fenomeno giuridico colto come atto coercitivo. Il concetto di diritto di natura, che incarna una idea metafisica di giustizia e di bene che scavalca il tempo storico degli ordinamenti, è l'arnese teorico preferito delle letture etico-religiose del mondo del potere giuridico. Per Kelsen questi approcci sono del tutto fuorvianti e le norme particolari dell'ordinamento devono, a differenza delle clausole del diritto naturale, «essere create mediante uno speciale atto di volontà, e non dedotte da una premessa mediante un'operazione intellettuale»¹. Il diritto come norma giuridica valida è anzitutto artificio, ossia volontà degli organi statali e non consiste affatto in una deduzione logica da premesse assolute e da contenuti valoriali metatemporali.

¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 115. La teoria di Kelsen suppone che la forma logica della norma rinvii a un giudizio ipotetico e non a un comando e in ciò si registra una «indistinzione tra norme prodotte dal legislatore e proposizioni su norme formulate dalla dottrina» (M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., p. 159).

I canoni del giusnaturalismo, quando penetrano nel diritto privato attraverso il presupposto di un diritto assoluto che compete al soggetto in quanto tale, costituiscono un ostacolo insormontabile alla comprensione della proprietà e dei diritti soggettivi come specifico rapporto giuridico. Tanto i classici liberali, che esaltano la proprietà come archetipo delle libertà del soggetto, quanto i socialisti, che la descrivono invece come un fattore di irriducibile disuguaglianza, ricorrono ad argomenti giusnaturalistici per sorreggere finalità pratiche contrapposte. Le dottrine classiche esaltano l'autonomia negoziale dei privati con delle considerazioni etiche e restano per questo ben lontane dalle clausole specifiche del diritto. Non solo i padri del liberalismo hanno fatto appello alla natura e alla innata libertà del soggetto per fondare il titolo originario al possesso privato dei beni economici.

«Anche il socialismo – avverte Kelsen – è stato sostenuto col metodo specifico della dottrina giusnaturalistica, e si è dichiarato che la proprietà privata è diretta contro la natura. Con questo metodo si possono sempre sostenere postulati opposti ed in apparenza provarli. La dottrina giusnaturalistica ha a volte carattere conservatore e a volte carattere riformatore o rivoluzionario»¹.

Il concetto di una natura o ragione come fonte di valori conduce a letture ideologiche del fenomeno giuridico. La teoria formale-normativa di Kelsen prevede che il reale comportamento dei soggetti, e il processo effettivo della decisione giuridica, siano sprovvisti in quanto tali di significati qualitativi e che il rimando alla natura come criterio regolativo delle azioni sia del tutto aleatorio e contraddittorio. Il merito della denuncia kelseniana del carattere irrazionale di ogni idea immutabile di giustizia è quello di aver segnalato con forza che il diritto positivo, come tecnica specifica di organizzazione sociale, altro non è che un sistema di atti destinati a stabilire compromessi in un mondo che è ben consapevole che nella realtà «vi sono solo interessi e quindi conflitti di interessi»². Il postulato dell'autonomia dell'obbligo giuridico e l'ipotesi del carattere solo formale delle prescrizioni giuridiche induce Kelsen anche alla serrata contestazione degli approcci di Jhering che immettono la nozione di interesse alla base della norma.

Non esistono nella vita reale interessi o beni già isolabili che poi la norma riconosce dopo averli rinvenuti in una condizione pregiuridica. Alla dottrina di Jhering del diritto soggettivo come interesse giuridicamente protetto Kelsen attribuisce una palese intonazione giusnaturalisti che induce a postulare un qualcosa di materiale precedente la norma.

¹ *Ibidem*, p. 11. Come rimarcano i giuristi «il comportamento umano non è in sé doveroso né antidoveroso, ma neutro e adiaforo: soltanto nell'ipotesi che si verifichi il fatto previsto dalla norma, esso riceverà una valutazione di conformità al diritto» (N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1976, p. 56). La distinzione kelseniana tra validità e valore contiene il rischio di inibire ogni «critica del diritto vigente non solo dal punto di vista esterno o politico della giustizia, ma anche dal punto di vista interno o giuridico della validità» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, 2002, p. 915). Sulla lotta tra positivismo e diritto naturale cfr. F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973, pp. 151 sgg.).

² H. KELSEN, *L'anima e il diritto*, Roma, 1989, p. 135. Kelsen ritiene ideologico ogni criterio esplicativo che antepone concreti rapporti dotati di valore alla norma positiva la quale detta la regola *giuridica* per la composizione di una pluralità di interessi coinvolti nella destinazione del bene. Sulla «relazionalità» che in tal modo pervade la proprietà intesa come coesistenza di interessi anche contrastanti cfr. R. PRELATI, *Real Property*, Napoli, 2000, p. 40.

«Il momento materiale dello scopo non può mai essere parte di un concetto formale di diritto» e «proprio come i teorici del diritto naturale, Jhering trascura di derivare il diritto soggettivo dal diritto oggettivo»¹.

Con la sua perniciosa confusione tra metodo giuridico-normativo e metodo psicologico-esplicativo, Jhering lascia sussistere un divario tra forma e contenuto materiale e pensando a un concreto interesse soggettivo ignora che «il diritto oggettivo è qualcosa di formale, è protezione o limitazione». Il diritto per Kelsen altro non è che una tecnica sociale necessaria per la risoluzione di empirici contrasti di interesse attraverso forme. In questo senso esistono modi e forme per la composizione dei conflitti predisposti dalla volontà del legislatore. Il contratto con il quale si definiscono le relazioni private tra i soggetti è una tecnica per regolare interessi, per cedere diritti e prescrivere obblighi. Il punto di debolezza del giusnaturalismo è di trascendere il piano delle alienazioni e dei contratti empirici per approdare a una idea metafisica di contratto vista come ipotesi generale di fondamento della relazione sociale a partire da un patto.

Kelsen ritiene che la dottrina del diritto naturale, ricorrendo alla finzione del contratto originario come fondamento ultimo dell'ordinamento civile, si imbatte in un sincretismo con il quale

«cerca di risolvere un problema sociologico: nascita, sviluppo e funzione delle formazioni sociali, dunque una questione rivolta all'essere sociale, con una costruzione etico-giuridica, cioè con una risposta che mette in evidenza un dovere giuridico o morale. Invece che spiegazione: giustificazione».

Per Kelsen questa mescolanza di etica e fatto empirico propria delle teorie del diritto naturale è il sintomo della fallacia giusnaturalistica che consiste nella consuetudine di passare dall'essere al dovere. Questa grave debolezza cognitiva si supera assumendo il contratto

«nel senso più ristretto e specificamente giuridico di una fattispecie di dichiarazioni consensuali di volontà alla quale l'ordinamento giuridico collega certe conseguenze di dovere»².

Non esiste un contratto posto in essere autonomamente da singoli che operano al riparo di società e ordinamento giuridico. Le forme del contratto e i modi della copertura degli obblighi previsti suppongono sempre l'esistenza di un ordinamento pubblico che definisce i codici, gli istituti per la composizione delle liti.

Il normativismo di Kelsen esclude la rilevanza della società nella determinazione dei tipi giuridici che delineano un unitario regime dei beni onde favorire la gestione economicamente più efficiente della produzione a discapito di frazionamenti, pluralità delle situazioni di appartenenza. Difetta di storicità Kelsen, e per questo il suo sguardo sul rapporto giuridico come intreccio di poteri e vincoli resta indifferente ai suggerimenti analitici depositati nella coppia antico-moderno, Stato-società. Il profilo genetico del diritto norma incentrato sulla correlatività di potere e vincolo lo lascia del tutto insensibile così come la maturazione di relazioni sociali nuove che disgregano

¹ H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli, 1977, p. 632.

² IDEM, *Dio e Stato*, cit., p. 202.

la vecchia cornice giuridica della proprietà e delinea nuovi contenuti normativi. La norma come dichiarazione precettiva e dispositiva è del tutto eterogenea all'economia o mondo di interessi mutevoli sicché ogni diagnosi circa le relazioni sociali è non pertinente. Dalla vendetta posta alla base delle strutture sociali arcaiche, il moderno transita al risarcimento del danno patrimoniale e riesce a prevedere rimedi adeguati in caso di accordi contrattuali non adempiuti. Non esiste entro le strutture organizzate del diritto un individuo valore che ha titolo originario alle sue cose, ma è rinvenibile solo un sistema di norme che tutelano l'interesse prevalente alla conservazione della cosa e coprono con eventuali sanzioni gli scambi di diritti ed obblighi tra le parti.

Il carattere ideologico delle dottrine liberali classiche – rileva Kelsen – non risiede nel riconoscere il soggetto giuridico come

«il possessore di merci idealizzato e nell'oggetto giuridico la norma nascosta in una astratta nebbia» ma proprio «nella determinazione del rapporto giuridico come rapporto tra uomo e cosa»¹.

Il rapporto individuo-cosa con il quale si attribuiscono a un soggetto irrelato poteri pieni di gestione produttiva del bene non è pertinente come adeguata espressione della proprietà in quanto una relazione immediata con la cosa contraddistingue anche molte altre situazioni giuridiche ben distinte dalla proprietà e nondimeno partecipi di un diritto reale (l'usufrutto, l'affitto, la locazione). Nell'ordinamento giuridico, la proprietà si presenta null'altro che come una facoltà che la norma giuridica attribuisce al soggetto di potere agire in un certo modo e di pretendere dagli altri individui una condotta non lesiva di interessi vestiti di normatività.

A presidio della proprietà è posto per Kelsen sempre un dispositivo coercitivo (è la norma che stabilisce sanzioni e vincoli nell'acquisto, nell'esercizio di un diritto soggettivo inteso come pretesa a ottenere l'osservanza di un dovere prescritto a tutela di un interesse) che si attiva se adito dalle parti e si rivolge ai soggetti nella forma di un divieto. L'ottemperanza ad un obbligo o astensione da un determinato comportamento è rispettata da un soggetto che non intende altrimenti incorrere in una sanzione pecuniaria inflitta dal giudice in seguito ad una azione intentata dall'offeso per recuperare il valore della cosa.

Marx vedrebbe nella dottrina di Kelsen una tautologia per cui «il dovere di rispettare la proprietà coincide col diritto alla proprietà»². L'approccio kelseniano,

¹ IDEM, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, Roma, 1981, p. 158. La concezione della proprietà come relazione esclusiva tra soggetto e cosa ai fini della creazione di ricchezza in effetti risale a una rappresentazione arcaica «immediata, primitiva e irriflessa» che domina «ancora oggi il pensiero di molti giuristi, i quali definiscono il diritto reale come una relazione immediata dell'uomo con la cosa. Non disconoscono essi che questa relazione dev'essere rispettata da tutti gli altri, ma pensano che vada rispettata come un rapporto a cui si è estranei: questa esigenza sarebbe ideologicamente un *posterius*, di fronte alla relazione con la cosa che definirebbe esattamente i diritti in questione» (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2002, p. 174).

² K. MARX, *Opere filosofiche giovanili*, Roma, 1977, p. 17. E' stato notato: «Dire che la valutazione tipica dell'utilità sociale da parte del diritto positivo è un criterio che interessa il sociologo e non il giurista, significa disconoscere la socialità immanente nella funzione ordinatrice del diritto (*ubi societas ubi iuris*) e dimenticare che ogni istituto giuridico rappresenta la soluzione di un problema pratico, soluzione che suol essere determinata da una valutazione di carattere comparativa degli interessi in conflitto» (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 53).

che vede nel contratto un accordo sanzionabile secondo regole, sollecita a mantenere distinta natura (rapporto uomo-cosa che esisterebbe comunque anche in assenza di ogni diritto di proprietà pubblica o privata che sia) e società (relazione volontaria tra soggetti che l'ordinamento protegge da violenza e sopraffazione di quanti pretendono ingerirsi nella cosa riservata all'azione di un altro). Non è ipotizzabile estrarre da una precedente attività dell'uomo sulla natura (economia, iniziativa dei privati) i lineamenti del diritto che non implica alcuna idea di giustizia e che attribuisce un titolo sulla cosa solo perché un organismo oggettivo esclude tutti gli altri dal diritto reale.

Non è accettabile per Kelsen prospettare una relazione con la cosa posta del tutto al riparo dai rapporti con gli altri e fissata senza le regole prescrittive dell'ordinamento giuridico indispensabili per costringere ciascun privato ad astenersi del tutto da ogni ingerenza sulla cosa. La conseguenza ideologica di tale assunto è per Kelsen così ricavabile:

«Perché all'uomo non dovrebbe esser permesso di dominare sulla cosa, ovvero sulla natura? Solo il dominio dell'uomo sull'uomo è problematico. E solo perché il rapporto giuridico è un rapporto tra uomo e uomo la sua rappresentazione come rapporto tra uomo e cosa è una ideologia»¹.

Definita la proprietà come un diritto reale che è coperto dalla norma con forza precettiva e dispositiva, che stabilisce quali cose siano beni o oggetti di diritto ed esclude gli altri dal bene e protegge il valore delle cose deteriorate per responsabilità altrui, resta il problema di differenziare la proprietà da altri regimi di esclusione dalla cosa (servitù, possesso). Kelsen nega che il rapporto individuo cosa, da realtà meramente economica, possa essere riconosciuto anche come realtà giuridica sorta per via di fatto e rigetta l'immagine di un soggetto-valore che si proietta sulla cosa o insocievole natura facendola propria. Egli riconduce la proprietà a una norma ordinatrice che, oltre ai limiti posti nell'interesse dei privati, attribuisce in maniera eteronoma, e quindi coattivamente, diritti e obblighi in nome del pubblico e rifiuta unilateralmente di postulare un qualsiasi tratto primitivo ed originario al negozio inteso come un autonomo rapporto tra privati che si prolunga senza autorizzazioni provenienti dall'ordinamento giuridico.

La relazione della persona con la cosa in quanto dimensione economico-sociale non è il *præius* rispetto alla norma che, secondo le procedure dell'ordinamento, pone in essere la proprietà e presuppone un dispositivo giuridico oggettivo che esclude altri soggetti dal godimento del bene secondo i modi e le forme della legge positiva. La norma è un dover essere fondante la regolarità del rapporto sociale e quindi essa è un principio formale di organizzazione in grado di eliminare ogni incertezza nelle negoziazioni. In tal senso la norma non interviene solo in un secondo tempo a garantire una situazione originaria (di relazioni ingaggiate da autonomi soggetti privati) che non ha alcun nesso genetico con il vincolo giuridico. La convivenza legale negli schemi di Kelsen non è una condizione successiva alla proprietà vista quale prolungamento dell'iniziativa individuale presociale e che non può affatto esistere senza un oggettivo ordinamento che riserva spazio all'azione a tutela della proprietà o diritto sulle cose. Il diritto privato non può esistere come deposito del valore etico o come ambito sostanziale riservato alle pretese dei soggetti proiettate sulle cose senza

¹ H. KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 158.

la contestuale presenza di un ordinamento pubblico che fissa regole astratte e generali provviste di puntuale sanzionabilità.

Il diritto soggettivo non può configurarsi per Kelsen come un legame sostanziale con la cosa avvertita come un retroterra del tutto oggettivo per l'attuazione della personalità e neanche come un diritto potestativo verso un altro soggetto. La norma positiva implica sempre un riferimento a un ordinamento chiamato a fornire al soggetto agente una prestazione giurisdizionale ossia ad assicurare protezione giuridica a situazioni conformi all'interesse assunto dall'ordinamento come meritevole di tutela. Il soggetto che agisce a tutela di un suo interesse sulla cosa non si rivolge all'altro soggetto secondo una teoria del reciproco riconoscimento, ma a un organo pubblico che emana in caso di controversie sui beni un provvedimento a favore di un diritto soggettivo ritenuto violato.

Nel sistema giuridico non si ravvisano affatto soggetti privati che in quanto tali reciprocamente si riconoscono come soggetti giuridici. Questo esiziale modo di ragionare, con le sue ambigue espressioni linguistiche che conferiscono posizione e rilievo giuridico a soggetti empirici reali, è secondo la critica di Kelsen una eredità pernicioso del giusnaturalismo la cui ragion d'essere è solo legata a «circostanze storico-psicologiche» che invocavano di proteggere l'individuo dalla pretese dello Stato assoluto. L'individuo concepito come ente per natura libero prima ancora della comparsa dello Stato e della norma giuridica vede proprio nello Stato e nel diritto il pericolo contro cui proteggersi. La libertà è vista dai teorici del giusnaturalismo al di fuori dello Stato ed è ritenuta estranea al diritto positivo essendo innata e naturale¹. Con queste formule vuote e insignificanti per Kelsen il giusnaturalismo si pone al di fuori della possibilità teorica di comprendere gli istituti reali dell'ordinamento giuridico.

Il concetto di persona

Un tema ricorrente in tutta la produzione teorica di Kelsen è la denuncia reiterata degli inganni teorici contenuti nella nozione di diritto soggettivo.

«Non si esagera di certo se si afferma che tra tutti i concetti giuridici fondamentali proprio quello del diritto soggettivo è il più studiato in dottrina. Questo concetto ha preteso a tal punto l'interesse scientifico su di sé che il concetto, di pari importanza, di obbligo soggettivo è stato quasi del tutto negletto dalla teoria»².

Nella sua requisitoria contro il diritto soggettivo Kelsen ha centrato l'obiettivo. Anche K. Olivecrona reputa quella di diritto soggettivo come una espressione del tutto vuota non priva però di pratica utilità³. Alla base della ostilità kelseniana contro il diritto soggettivo c'è la supposizione che una tale nozione riconduca nelle braccia dell'etica e della religione. Per Kelsen infatti «la dottrina teologica dell'anima e la teoria giuridica della persona, dell'anima giuridica, stanno in molteplici relazioni»⁴.

¹ IDEM, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., p. 629.

² *Ibidem*, p. 627.

³ K. OLIVECRONA, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, p. 260.

⁴ H. KELSEN, *Dio e Stato*, cit., p. 161.

Intenzionato a depurare le categorie del diritto dalla contaminazione etica, Kelsen prende di mira la dottrina tradizionale che

«identifica il concetto di soggetto giuridico con la persona, cioè con l'uomo considerato come soggetto di diritti e di doveri» e crede di «poter ritenere che nel diritto moderno, a differenza di quello anteriore, tutti gli uomini siano persone ovvero abbiano la personalità giuridica»¹.

Non esiste invece altro che la norma che in qualità di pubblico comando attribuisce diritti e obblighi. La persona fisica per Kelsen non è un uomo concreto colto nella sua struttura fisico-corporale «bensì una costruzione giuridica»². Il soggetto non ha alcuna esistenza autonoma reale ed è quindi una persona giuridica cui l'ordinamento conferisce doveri e diritti, non una realtà sociale in sé distinta. Il concetto di persona quale soggetto giuridico non ha consistenza alcuna al di fuori di un complesso di norme poste dall'ordinamento giuridico.

Nell'ottica di Kelsen il diritto non rinvia all'essere reale percepibile ma alla costruzione di un astratto dover essere. La persona, in quanto espressione giuridica e non entità biologica, non ha consistenza reale, non appartiene alla sfera dell'essere e della sostanza ma rientra tra le finzioni indispensabili al diritto per fissare fasci di obblighi e di autorizzazione³. La persona è solo una costruzione, non una vivente realtà. Già Vico ha chiarito che *homo è vocabulum naturae*, *persona è vocabulum iuris* e che quindi la qualità di persona si configura sempre come un'attribuzione precisata da un ordinamento giuridico e non ha una consistenza naturale. Per il diritto non esiste un corpo che vuole e agisce (natura) ma solo una persona intesa come soggetto di diritto con capacità giuridica ossia con l'attitudine ad essere titolare di diritti e obblighi.

Nell'approccio kelseniano a definire il fenomeno giuridico contano solo le norme e «non individui come tali, bensì soltanto le loro azioni ed omissioni previste dalle norme giuridiche»⁴. La norma posta in essere da procedure valide è la più rilevante dimensione del diritto visto come artificio, creazione di forma. Il diritto colto nella sua valenza formale e procedurale non rinvia ad alcun elemento esterno o a persone concrete che agiscono. Non è sostenibile la raffigurazione di «una soggettività giuridica che il diritto trova già esistente»⁵. Ogni figura del diritto, anche la nozione di persona, è una costruzione giuridica. La persona per Kelsen non ha alcuna connotazione storico-reale e appare come «un grappolo di diritti e doveri» precisati dall'ordinamento secondo le procedure valide di costruzione della norma⁶. L'ambito giuridico dei rapporti intersoggettivi non ha nessi con l'ambito psicologico e sociale reale delle persone viste come corpi biologici che estrinsecano voleri, desideri, aspettative. Betti rileva nelle precisazioni sulle formule della dichiarazione di volontà presenti in Kelsen la battaglia «contro la confusione dei due profili, psicologico e

¹ IDEM, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1975, p. 197.

² *Ibidem*, p. 198.

³ H. KELSEN, «Zur Theorie der juristischen Fiktionem», in *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Wien, 1968, p. 1227. Sul tema cfr. R. RACINARO, «Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni Venti-Trenta», introduzione a H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, Bari, 1978.

⁴ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit. p. 193.

⁵ *Ibidem*, p. 194.

⁶ F. VIOLA, *Dalla natura ai diritti*, Roma-Bari, 1997, p. 321.

normativo»¹. Lo sforzo di Kelsen è di azzerare del tutto il connotato fisico del corpo e di ricondurre il diritto al solo momento normativo. Il soggetto però non può essere un mero centro di imputazione, è anche un corpo vivente con interessi e bisogni. Carnelutti rimarca al riguardo

«l'insufficienza del punto di vista, secondo il quale il soggetto di diritto non sarebbe altro che un centro di riferimento di rapporti giuridici; questa definizione, in ultima analisi, si risolve in una tautologia»².

Sostenere che il soggetto giuridico è solo una artificiale costruzione giuridica significa muoversi entro una circolarità che taglia la reale configurazione dei fenomeni.

Il soggetto giuridico protagonista del fenomeno economico moderno non opera entro una sfera solo privata e pre-giuridica ma secondo Kelsen suppone uno Stato che impone limitazioni conformative e fissa un sistema di norme che tutelano la volontarietà degli adempimenti richiesti ai singoli e predispongono la tecnica per la difesa del diritto sul bene. La sfera del soggetto giuridico, o persona che rivendica un illimitato *jus ad rem*, non è sufficiente per comprendere le tecniche giuridiche moderne che con la sanzione perseguono il comportamento illecito e enucleano la nozione di proprietà con la categoria generale del contratto come atto lecito produttivo di obbligazioni. Il dominio esclusivo che la persona esercita sulla cosa (godimento economico del bene) è strettamente congiunto con la presenza di un obbligo normativo (potere extraeconomico) che, in virtù della capacità ordinatrice del sistema giuridico, esclude tutti gli altri soggetti dal diritto reale.

Chiarisce al riguardo Kelsen che solo la norma ha capacità produttiva di diritto e che pertanto è del tutto fuorviante la nozione di possesso declinata come una sorta di presunzione di proprietà affidata al rapporto empirico tra persone. Egli osserva

«che io sono proprietario di una cosa significa, da un punto di vista giuridico, che chiunque altro è obbligato a non interferire nel modo con cui dispongo di tale cosa. Se qualcuno vi interferisse, commetterebbe un illecito che lo renderebbe passibile di sanzione»³.

In verità l'ordinamento prevede casi in cui la proprietà della cosa coincide con la presenza di diritti reali (servitù, usufrutto, pegno, ipoteca) che riguardano la cosa di cui altri però hanno proprietà e configurano così molteplici situazioni che rivelano una elasticità del dominio. Il diritto reale di altri convive in taluni casi con il diritto di proprietà spettante ad un diverso soggetto ed entrambe le condizioni giuridiche godono di una certa assolutezza. L'usufrutto è un diritto reale che pur non coincidendo con la proprietà formalmente attribuita ad altri di fatto svuota per un periodo di tempo il contenuto del diritto di proprietà.

All'interno del quadro giuridico kelseniano invece non ha senso alcuno il riferimento del soggetto o persona alla cosa: rapporti di obbligazione che implicano un dovere e un diritto, un creditore e un debitore, sono concepibili solo tra persone in senso giuridico che si attengono al comportamento prescritto da una norma. E' solo l'ordinamento a conferire ad una persona fisica un diritto soggettivo (sprovvisto di

¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 63.

² F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit. p. 112.

³ IDEM, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 76.

ogni facoltà e supportato solo dal divieto per altri), a fissare una opportunità di *facere* o *non facere* nei rapporti privati non certo la singola volontà di fare propria la cosa o di produrre effetti giuridici rilevanti. Scrive Kelsen che solo la norma precisa i confini dell'azione negatoria per far dichiarare la inesistenza di altri diritti reali sulla cosa e quindi provvedere alla cessazione delle turbative. Solo la norma esplica un carattere produttivo di formalità e

«poiché il diritto, come ordinamento sociale, regola il comportamento di uomini nei loro rapporti diretti e indiretti con altri uomini, anche la proprietà, dal punto di vista giuridico, può consistere soltanto in un certo rapporto di un uomo con altri uomini, e precisamente nel dovere di questi ultimi di non impedire né ostacolare in alcun modo che il primo disponga della cosa in questione»¹.

Entro questa impostazione, la proprietà come diritto personale di godimento coincide più che con un potere attribuito al soggetto con meccanismi di doverosità in virtù dei quali per il soggetto l'effettiva disposizione della cosa, tramite negozi e alienazioni o altri atti giuridicamente previsti, è protetta dalla possibilità di intraprendere azione giudiziaria verso chiunque non si astenga dal bene con azioni lesive. Per Kelsen la proprietà è sorretta dal

«potere giuridico di far valere con un'azione giudiziaria l'inadempimento del dovere di tollerare la disponibilità effettiva e negoziale della cosa riservata a certi individui»².

Il punto di forza della dottrina pura risiede nello smascheramento dei risvolti ideologici delle costruzioni giuridiche ruotanti sulle nozioni fragili di riconoscimento, di priorità ed esaustività della autonomia privata, di immediatezza, perpetuità, assolutezza e inerenza. Misconoscendo la funzione ordinatrice e fondante di un coerente apparato di diritto oggettivo, i giusnaturalisti attribuiscono al privato una forza autoregolante e ricoprono il fatto empirico (rapporto immediato con la cosa) di valori assoluti.

¹ IDEM, *La teoria pura del diritto*, cit., p. 153. Il nesso uomo-cosa non dispone di una capacità fondante del rapporto giuridico. Tuttavia in talune contingenze storiche «chi occupa vuole acquistare un potere esclusivo sul bene; con l'esclusività, il fatto meramente fisico (relazione uomo-cosa) si eleva ad una realtà sociale; un meccanismo sociale aggiunge alla relazione uomo-cosa l'esclusività del potere» (R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 298). Ciò comporta che «l'atto attribuisce al soggetto in modo immediato (ossia: senza bisogno di una mediazione normativa eteronoma) l'esercizio di un potere di fatto, socialmente strutturato come potere esclusivo» (*ibidem*). In questo ambito diritto e fatto coincidono poiché il potere sociale è un potere giuridico anche senza essere contemplato da una norma. «Il potere di fatto esiste nella misura in cui i consociati lo rispettano; e, entro questa stessa misura, esso è un potere giuridico. Il diritto è una ridondanza del fatto. Fin qui, la norma del diritto non svolge compiti specifici di protezione sociale» (*ibidem*). Il potere di fatto o occupazione (controllo fisico sulla cosa che dà luogo al possesso) produce conseguenze giuridiche sulla tutela del possesso (autotutela del potere, garanzia di immunità, rimedi possessori) senza l'intervento di una regola autoritativa. Esiste un collegamento fra occupazione, potere di fatto e proprietà: «I poteri di fatto sono stati socialmente riconosciuti durante centinaia di migliaia di anni prima che il diritto appoggiato alla parola nascesse. Il diritto appoggiato alla parola è venuto dopo» (*ibidem*, p. 300).

² IDEM, *La teoria pura del diritto*, cit., p. 343.

Kelsen, come Hobbes, distingue tra persona come dimensione corporeo-naturale (uomo) e persona come soggetto giuridico, centro di imputazione di atti o situazioni giuridiche. Non l'uomo concreto ma la persona giuridica astratta agisce nel campo del diritto ed essa è solo una costruzione dell'ordinamento. Kelsen, tuttavia, per rimarcare il tratto esclusivamente formale delle categorie giuridiche e per negare che il diritto riconosca una entità reale già esistente scrive addirittura che «la persona giuridica, allo stesso modo della persona fisica, è priva di esistenza naturale e reale»¹. In tal senso il diritto è solo artificio formale che conferisce rilevanza giuridica ai soggetti i quali sono forme sprovvista di ogni sostanza ontologica. L'originarietà della persona come soggetto che vanta un diritto illimitato sulla cosa esterna, vacilla dinanzi al postulato kelseniano secondo il quale solo la forma instaura il rapporto tra i soggetti come relazione giuridica e non naturalistica.

Il privato potere sulla cosa in Kelsen non nasce senza forma e lo Stato non può pensare di proteggere rapporti tra privati maturati al di fuori delle norme e del loro impianto sanzionatorio. Non è possibile enucleare un sistema economico collocato nei suoi moduli di funzionamento prima e al di fuori della cornice pubblica di norme validamente poste o volontà collettiva fatta valere nel tempo e nello spazio dall'ordinamento giuridico oggettivo. Il diritto oggettivo in Kelsen precede il riconoscimento che soggetti privati fanno delle loro pretese reciproche attorno alla distribuzione di beni. Prima viene l'unificazione astratta organizzata dall'ordinamento e poi sono ipotizzabili dichiarazioni soggettive di volontà (negoziale) tramite le quali gli individui scambiano prestazioni e la proprietà e la ricchezza entrano in circolazione. Non è fondata per Kelsen la velleità di un reciproco riconoscimento inteso come accordo comune tra soggetti privati «sovrani» che autoregolano gli interessi secondo gli esaustivi strumenti dell'autonomia privata per impiantare un diritto oggettivo². L'aporia della fondazione della proprietà sulla base di un riconoscimento reciproco di soggetti di diritto appare per Kelsen molto evidente.

Da una parte la pretesa del soggetto sulla cosa esige un reciproco riconoscimento dei privati irrelati che culmina nell'allestimento *ex post* di una giuridica volontà collettiva. Dall'altra, il diritto oggettivo, invocato per strutturare legalmente una volontà normativa vincolante e astratta, non serve che a riconoscere, a sua volta, la liceità dei riconoscimenti precedenti compiuti dai privati indipendenti. Dunque, sono richiesti preliminari riconoscimenti fra i soggetti per consentire alle diverse volontà di accaparrarsi senza ostacoli le cose (che possono essere alienate, trasferite,

¹ *Ibidem*, p. 66.

² Con Kelsen svanisce la metafisica del soggetto e la pretesa di porre dei diritti come esigibili dinanzi all'ordinamento, per lui «il fondamento etico e la genesi storico-sociale delle norme sono giuridicamente irrilevanti» (P. COSTA, *Civitas*, IV, Roma-Bari, 2001, p. 17). Una critica dei concetti giuridici di obbligo, diritto soggettivo come finzioni si rintraccia già in Bentham. Sul tema cfr. H.L.A. HART, «Il concetto di obbligo», in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, cit., p. 107. Sulla base della decostruzione del concetto unitario di persona-soggetto risulta che «non tutto l'uomo, in ogni aspetto della sua individualità fisica o della vita morale, viene in considerazione per il diritto; propriamente oggi usiamo il termine *persona* per indicare l'uomo come attore del mondo giuridico» (A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1990, p. 61). Tuttavia le costituzioni e le dichiarazioni moderne dei diritti per fondare il carattere proiettivo-veicolare degli ordinamenti menzionano l'uomo, non si accontentano della nozione tecnica di persona giuridica. Ciò peraltro non significa che i «diritti inviolabili» siano originari come suppone R. NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia*, Firenze, 1981.

abbandonate) o di ricorrere ad atti contrattuali o al rapporto giuridico patrimoniale. Il diritto oggettivo supera la condizione precaria, che ha richiesto il reciproco riconoscimento delle parti, solo garantendola come sostegno inviolabile della norma. I soggetti privati si riconoscono tra loro per creare la norma come criterio condiviso di qualificazione e la norma assicura quanto di reale i soggetti hanno già deciso di riconoscersi come sfere inviolabili. Kelsen non ha dubbi che la dottrina del reciproco riconoscimento è solo

«il tentativo di ricondurre il diritto oggettivo al soggettivo e, dunque, soprattutto di assicurare la proprietà contro la sua abolizione da parte dello Stato. Appunto perciò il diritto di proprietà deve essere garantito come un rapporto organico, cioè come un rapporto tra uomo e cosa fondato in qualche modo nella natura»¹.

Non la natura ma la pubblica autorità pone in essere la proprietà configurando vincoli e obblighi e non esiste alcuna assolutezza del dominio riferito alla cosa poiché la norma può disporre la contrazione del diritto reale del privato al quale riconosce un compenso per la perdita patrimoniale subita in nome della collettività.

Il senso ultimo della teoria del riconoscimento è invece che la volontà generale dello Stato è da ritenersi solo posteriore e quindi limitata rispetto al dominio esclusivo dell'individuo sulla cosa che postula un assoluto divieto di ogni *facere in alienum*. Il prima (autonomia, diritto soggettivo) e il dopo (eteronomia, diritto oggettivo) sono in una relazione qualitativa poiché ciò che è per primo posto in essere (il godimento pieno del bene) è anche superiore nella scala dei valori. Lo Stato – rimarca Kelsen – serve soltanto come organo necessario alla tutela esterna al godimento che per risultare pieno ed esclusivo prevede le procedure per avviare quello che il diritto romano chiamava *rei vindicatio* o azioni a tutela della proprietà. In tal modo nelle teorie giusnaturalistiche si tende ad occultare il tratto specifico del diritto di proprietà che per Kelsen è quello di un «esclusivo dominio sulla cosa che significa proprio l'esclusione di tutti gli altri uomini»². L'esclusività del dominio, già in Hobbes, è il connotato del diritto di proprietà, che è raffigurato come un rapporto tra soggetti mediato, anche nel sistema del diritto romano, da un organo terzo che in caso di controversia ricorre alla *litis aestimatio* (con indennizzi, risarcimenti e sanzioni pecuniarie, o punizioni che possono essere anche *manu militari* dando luogo al principio dell'esecuzione diretta) e non può in alcun modo esaurirsi nella unilaterale relazione tra la persona e la cosa.

Non la categoria di persona o individuo presociale (come agente formale consapevole dei risvolti della relazione con la cosa) ma quella di ordinamento oggettivo consente di giustificare la proprietà come rapporto giuridico. Non basta alla fondazione di un istituto giuridico la nozione di soggetto capace di volere e di essere disponibile ad una reciprocità di comportamenti liberi e privi di violenza.

¹ H. KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 157. La dottrina giuridica tedesca dell'800 aveva colto «un certo legame tra economia monetaria e moderna sistematica giuridica astratta. Il capitale in sé senza rapporti, autonomizzato, ha trovato nel campo del diritto il suo corrispondente nel concetto giuridico formale, logicamente esistente per se stesso. Si trattava rispettivamente di astrazioni che pretendono ad una validità assoluta, di forme e di espressioni che erano staccate dal loro contenuto e pretendevano ad una esistenza indipendente» (W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974, p. 109). Sul tema Cfr. C.F.V. GERBER, *Diritto pubblico*, Milano, 1971.

² IDEM, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 158.

Per Kelsen la proprietà non è un puro rapporto economico in sé esauribile ma un diritto di esclusione fatto valere sulla base di valutazioni giuridiche organizzate dallo Stato-norma che dispone traslazioni totali o parziali di diritti e prescrive anche le modalità con le quali l'attore può rimuovere una pregiudizievole situazione di incertezza in merito alla titolarità del bene. Occorre pertanto superare il dualismo tra Stato (titolare anche di atti di imposizione a carattere ablativo) e diritto soggettivo e attribuire proprio all'ordinamento la costruzione di un sistema coerente di norme che con astratte prescrizioni giuridiche positive fondano anche le pretese empiriche dei soggetti sulle cose. Senza dissolvere la funzione ideologica della categoria di persona non si perviene alla comprensione del fenomeno giuridico della proprietà come istituto positivo immerso entro un sistema formale precettivo.

Il soggetto e il negozio giuridico

Il negozio giuridico, concetto chiave del diritto privato, va depurato dalla contaminazione sviante rappresentata dalla nozione, assunta in un senso psicologico concreto, della volontà delle parti come creatrice di effetti giuridici. Per Kelsen la volontà esplicita di ogni effetto giuridico non ha un «senso realpsichico» e per questo il dogma della volontà come condizione psicologica da cui discendono effetti di ordine giuridico «rappresenta una imbarazzante finzione»¹. La volontà non è che una finzione posta dall'ordinamento giuridico e non ha alcuna consistenza oggettiva come fondamento del negozio. Non esiste una immediata corrispondenza tra volontà della parte ed effetti giuridici collegati già consapevolmente preventivati dai singoli. Per Kelsen gli attori sono dentro un ordinamento le cui norme sono eteronome e «valgono per essi senza riferimento alla loro adesione». A fissare gli effetti positivi del negozio non può essere una esplicita e coerente volontà ma provvedono clausole e schemi prefissati cui le parti aderiscono. I negozi non postulano affatto una creazione da parte dell'autonomia negoziale, una «autosottoposizione volontaria», una «autobbligazione autonoma»². Non il contratto e la consapevolezza piena circa gli effetti puntuali dell'atto di volontà vale come momento giuridico-privato ma la norma per Kelsen spiega l'ordine giuridico che collega conseguenze a determinati atti. Egli avverte che «le determinazioni dell'ordine giuridico, frequentemente molto complicate, non sono di regola affatto note alle parti» che nella loro volontà psicologica ignorano i modi della nascita, dell'estinzione dei diritti di proprietà, di credito, di pegno³.

L'assunto di Kelsen è che la validità del negozio giuridico va disgiunta dalla volontà psicologica che lo sorregge e che «la volontarietà di un negozio giuridico, in senso giuridico, non dipende affatto dalla volontà psichica»⁴. Non la volontà crea la validità del negozio ma la validità predefinita da schemi giuridici dà rilevanza alla

¹ IDEM, *Tra metodo giuridico e metodo sociologico*, cit., p. 58. Kelsen respinge «il dogma civilistico della volontà che stabilisce un'equazione tra la qualità della validità giuridica e la volontarietà di un negozio giuridico» (*ibidem*).

² *Ibidem*, p. 48. Per Kelsen peraltro «l'accertamento di una tale volontà in senso psicologico è impossibile alla giurisprudenza» (*ibidem*, p. 59).

³ *Ibidem*, p. 58. Per quello che vale il concetto di volontà esso appare come «uno specifico prodotto del pensiero giuridico, una costruzione giuridica» (p. 60).

⁴ *Ibidem*, p. 59.

volontà come momento produttivo di effetti giuridici. Questo significa che la volontà del privato non ha alcuna capacità di fondazione ma rappresenta un mero elemento di contorno. La volontà attua schemi, fattispecie formali già confezionate e capaci di imputare una prevedibile conseguenza a determinati atti, essa in sé non ha alcuna connotazione produttiva di forma. La volontà è nella forma, non la produce. Solo la forma produce effetti giuridici. Sulla base di una finzione giuridica, i soggetti, anche se effettivamente non conoscono gli effetti dei loro contratti, per la forma è come se ogni dettaglio fosse chiarito e assunto da ciascuna parte come vincolante.

Kelsen, dopo aver smascherato con efficacia i punti reali di sofferenza delle fondazioni incardinate sul dogma della volontà come coscienza delle parti di quanto convenuto secondo gli schemi del diritto, mostra di esaurire la preoccupazione del giurista nel puro momento della validità della pattuizione. Eppure lo stesso ordinamento giuridico, nelle sue fasi più mature, non si accontenta affatto della semplice condizione formale della validità e si premura di sondare anche taluni contenuti reali, alcune condizioni di vita e il grado di informazione dei contraenti. Il punto di forza dell'argomento di Kelsen risiede nell'aver postulato come fattualmente possibile la divaricazione tra volontà giuridica, supposta come sempre informata e suscettibile di imputazione di effetti prevedibili, e volontà empirica che resta all'oscuro dei contenuti più impenetrabili dei contratti, tra completezza giuridica e misconoscenza reale dei risvolti particolari degli accordi di volontà, tra intenzioni intime recondite e intenzioni giuridiche irrilevanti per la validità del negozio. Il momento di unilateralità della sua costruzione teorica è rinvenibile nella pretesa di esaurire la problematica civilistica dei negozi giuridici nella sola supposizione che la validità sia esaustiva e che i reali meccanismi di oscurità, disinformazione, manipolazione siano indifferenti dinanzi alla risolutività di una norma indifferente ad ogni empirico contenuto. Il piano fattuale della volontà incosciente o manipolata assume eccome una qualche rilevanza giuridica nella elaborazione civilistica. A queste problematiche più raffinate delle odierne materie contrattuali Kelsen resta sostanzialmente estraneo. Non sono un suo assillo. La volontà reale è solo presunta, quella che vale giuridicamente è fissata dalla norma non dalle parti di un negozio.

Il criterio dell'incompletezza della volontà del singolo nel cogliere i risvolti delle nozioni giuridiche e nel percepire gli effetti del negozio per certi versi non risparmia il diritto-norma se è vero che esiste un problema di accertamento e graduazione delle fonti e un nodo aperto dell'interpretazione. Tutto ciò pare complicare l'assunto legalistico kelseniano che assume la legge come esaustivo criterio in grado di risolvere contraddizioni. Non basta che la legge sia posta perché sia già trasparente il tema della sua interpretazione che rinvia al potere di scegliere tra diverse soluzioni interpretative possibili¹. La norma non risolve il problema della conoscenza degli effetti dei negozi poiché il margine di incertezza è incluso nella necessità di attivare canoni ermeneutici che incidono nell'efficacia della norma. Asserire che le norme sono prescrizioni che in primo luogo si rivolgono ai giudici e solo in modo indiretto si riferiscono ai cittadini non risolve il nodo della interpretazione del contenuto delle norme giuridiche. L'insidia dell'irrazionalismo normativo minaccia da vicino l'impianto formale del normativismo non solo perché il cammino dell'interpretazione

¹ M. PATRONO, *Hans Kelsen*, Milano, 2000, p. 33. Sul tema cfr. A. MERKL, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987.

immette arbitrarietà ma anche perché il diritto è decisione senza contenuto da parte di organi autorizzati¹.

La norma invocata per rimediare ai buchi neri del dogma della volontà, agli effetti inintenzionali di un negozio e a tamponare le asimmetrie informative delle parti è essa stessa minata dall'incertezza, dalla costrizione alla scelta tra i diversi significati possibili, tra le molteplici fonti disponibili. L'interpretazione, poiché ha risvolti pratici, non è un episodio conoscitivo ma un atto pratico, un fatto produttivo di significati. Se in un ordinamento gerarchizzato tutto si tiene in modo coerente e la regola della *lex posterior derogat priori* contribuisce a sciogliere ogni antinomia si pone il problema di come sia stata possibile in una successione temporale l'emanazione di opposte norme. Solo il tempo, *ex post*, scioglie le antinomie. La forza normativa del tempo (il susseguente prevale sul precedente che pure è stato adottato in conformità ai requisiti della validità) risolve il nodo della coerenza e completezza dell'ordinamento. Se proprio in ottemperanza al canone della validità formale si producono antinomia ciò significa che il criterio della pura coerenza procedurale è debole dinanzi alle produzioni normative di incertezza. Se l'incertezza non scaturisce dalla violazione delle regole della validità riconosciute dall'ordinamento ma seguendo le procedure indicate dal diritto oggettivo.

Limiti della teoria del diritto come coercibilità

Kelsen fa del criterio della coercibilità (l'obbligo di osservare ogni norma statuita in conformità con il diritto) il connotato distintivo anche del diritto privato e avverte che nel diritto civile

«la proprietà, da considerare come diritto soggettivo, è per prima cosa anche solo il riflesso materiale dell'obbligo giuridico civilistico di astenersi da ogni azione su certi beni. Il diritto, indicato per lo più come contenuto negativo della proprietà, di escludere tutti gli altri dalla propria proprietà, è, se lo si esprime in termini giuridici corretti, solo l'obbligo giuridico qualificato di questi altri. Il così detto contenuto positivo della proprietà, il disporre della cosa a proprio piacimento – il godimento giuridico –, è un fatto giuridicamente irrilevante»².

Il contenuto positivo di agire e godere non ha alcun rilievo giuridico dal momento che il rapporto giuridico è fondato solo sulla presenza di obblighi e divieti. Per Kelsen

«non vi è nessun diritto per qualcuno senza un dovere giuridico per qualcun altro. Il contenuto di un diritto è in definitiva l'adempimento del dovere di qualche altro»³.

Non l'effettiva disponibilità della cosa ad opera di un soggetto, ma il sistema dei divieti che ricadono sugli altri soggetti è l'effettiva sostanza del diritto dei privati.

¹ Sulle difficoltà della deontica kelseniano cfr M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., p. 166. In Kelsen a un certo punto «la raffigurazione dinamica del diritto finisce per rendere quasi irrilevante il contenuto delle norme giuridiche» (*ibidem*, p. 161).

² H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., p. 630.

³ IDEM, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 76.

Come già aveva suggerito Kant, anche Kelsen riesce a separare concettualmente il diritto dall'etica solo individuando il suo nucleo minimale distintivo nel tratto della coercibilità dei precetti normativi. La coercibilità evoca l'esistenza di un organo oggettivo produttivo di diritto che è autorizzato a comminare sanzioni sulla base di norme predefinite e quindi collocato oltre la sfera dei soggetti operanti nella realtà dei rapporti sociali. Kelsen insiste sulla coercizione come criterio chiave per distinguere il diritto «da ogni altro ordinamento sociale»¹. Rispetto all'istituzionalismo giuridico, che vede in ogni ordinamento reale operante nella società un centro di potere produttivo di diritto, Kelsen rimarca il connotato solo formale e astratto del diritto che coincide non con ogni istituzione sociale che di fatto produce clausole di comportamenti ma con l'ordinamento giuridico valido. La contestazione del giusnaturalismo abbraccia ora anche le dottrine dell'istituzionalismo giuridico, e ad entrambi questi indirizzi di pensiero Kelsen obietta che la precisazione della specificità del diritto può avvenire solo sulla base del criterio della positività della norma coercibile.

Riconosciuti i punti di forza dell'argomento di Kelsen, nel cogliere le debolezze teoriche del diritto di natura e dell'istituzionalismo giuridico, occorre nondimeno precisare che il canone della coercibilità conduce ad una teoria generale del diritto molto legata ad una congiunturale fase evolutiva dello Stato moderno. Sfuggono ad essa i processi più innovativi dello Stato costituzionale, la differenziazione dei suoi fini sociali, l'espansione di un ampio settore pubblico per rispondere a problemi materiali². Oltre la mera tecnica coercibile, nel corso del '900 sono apparsi processi politici in grado di determinare una profonda curvatura del diritto ad opera di domande sociali. Lo Stato conferisce licenze, agevolazioni, permessi e dirige le negoziazioni tra le parti sociali, costruisce un sistema di sicurezza sociale. Tutto ciò prevede il ricorso a «norme *sui generis*» indispensabili per regolare questa complessa macchina pubblica che entra nella vita sociale con forme giuridiche diverse da quelle puramente sanzionatrici previste da Kelsen. Non sfugge a Carriò il fatto che la nozione kelseniana di obbligo

«è un concetto elaborato sotto la pressione dell'idea ossessiva di distinguere il diritto dagli altri ordinamenti sociali, in particolare dalla morale»³.

Questo tipo di bersaglio teorico è storicamente circoscritto ad una fase di insediamento del moderno Stato di diritto che delinea la legge come opera laica di un potere valido indifferente alle prescrizioni della religione e della morale.

La battaglia contro l'intrusione dei canoni della morale e della metafisica quali contenuti della legge statale laica non va confusa con l'affiorare nello Stato democratico di domande di senso, di finalità che rimandano alla precisazione di norme che non hanno un mero apparato sanzionatorio. La teoria dell'obbligo giuridico, cui anche Kelsen attinge,

¹ IDEM, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1975, p. 67. Una approfondita critica della nozione kelseniana dell'obbligo giuridico come comando e proibizione sorretto dalla sanzione si trova in G.R. CARRIÒ, «Sul concetto di obbligo giuridico», in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, cit., p. 120.

² «Oggi lo Stato regola l'economia nei suoi aspetti più minuti. Le sue armi sono la direzione della politica fiscale e monetaria, il controllo dei cambi e del credito, la regolamentazione del commercio estero» (G.R. CARRIÒ, «Sul concetto di obbligo...cit.», p. 121).

³ *Ibidem*, p. 124.

«presuppone come modello di sistema giuridico un tipo di organizzazione sociale ormai perentia; lo Stato gendarme che con tecniche limitate perseguiva fini altrettanto limitati»¹.

Anche le norme che non dispongono sanzioni sono nondimeno di rilevanza giuridica e un nuovo tipo di diritto è adoperato nel corso dell'esperienza del '900 per delineare fini sociali senza per questo ricadere nel giusnaturalismo. L'aspirazione alla pura norma ha dovuto scontrarsi con i processi di decodificazione invocati dai soggetti sociali e politici per soddisfare interessi e bisogni. Il conflitto politico e sociale penetra nell'universo normativo che, lungi dal configurarsi come asettica tecnica e vuota procedura, assorbe i contenuti sociali imposti dai rapporti di forza mutevoli nella politica e nella società. La norma giuridica, come Kelsen segnala, è una tecnica di produzione del diritto che può assumere i più diversi contenuti sociali ed economici. Ciò significa non già che il diritto sia riducibile a mera tecnica priva di tempo ma che la norma valida è anche una istituzione sociale. La sola normatività non basta a cogliere il fenomeno giuridico e la validità della forma rinvia all'efficacia di mutevoli rapporti sociali, a forme storiche la cui sostanza risiede al di fuori del diritto.

In qualche occasione lo stesso Kelsen va oltre la lettura del diritto come impianto coercitivo o obbligo rivolto al comportamento altrui e rileva che «comandare non è la sola funzione della norma. Le norme hanno anche altre funzioni come autorizzare, permettere, derogare»². Le norme premiali o d'incentivazione assumono comunque un rilievo molto limitato nella teoria pura del diritto. Kelsen non si avvede che

«l'introduzione della tecnica dell'incoraggiamento riflette un vero e proprio mutamento nella funzione del sistema normativo nel suo complesso, nel modo di attuare il controllo sociale»³.

Le norme cosiddette premiali sono collegate a espliciti obiettivi politici, assumono valori che l'ordinamento intende perseguire, evocano esplicite finalità pubbliche. Il diritto smarrisce il mero lato tecnico e si congiunge alla storia reale.

La storicità del diritto non è una mera aggiunta posticcia ma è un prezioso indizio analitico che si rivela in grado di cogliere la ambigua o duale composizione del diritto che è sia una tecnica normativa valida nel senso kelseniano (di costruzione di impersonali e generali comandi che vincolano) sia una effettiva istituzione sociale che rinvia a contingenti rapporti. Le strutture normative del diritto astratto non sono quindi una mera conquista tecnica raggiunta da una razionalità giuridica pura che contribuisce ad organizzare con efficacia il reale mondo sociale proprio perché si pone nella sua astrattezza indifferente alle istanze materiali e alla stessa corporeità

¹ *Ibidem*. La conclusione di Carriò (*ibidem*, p. 122) è che i mutamenti sociali sfidano la coerenza della teoria del diritto e «molti concetti generali usati dai giuristi (proprietà, responsabilità, contratto) non hanno lo stesso significato che avevano alla fine del secolo scorso; nella misura in cui si pretende di conservare il significato precedente, si finisce per operare con strumenti inadatti». Sulla funzione promozionale del diritto e sulle nuove tecniche di controllo sociale cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, 2007.

² H. KELSEN, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Boston, 1973, p. 216.

³ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 15.

del soggetto ma anche un prodotto peculiare della modernità¹. Il diritto è sia un comando (o positivizzazione che istituisce i rapporti, li formalizza in norme generali che si spingono oltre ogni particolarismo e contingenza) sia una istituzione sociale (o rapporto materiale legato alla formazione economico-sociale moderna). Nel suo porsi come sistema astratto di produzione di una forma che non ricerca più giustificazioni etiche ma rinvia solo a procedure valide di emissione dell'imperativo, il diritto-norma che pretende di essere indifferente al tempo storico organizza con efficacia i contenuti materiali del rapporto economico capitalistico.

DIRITTO ED ECONOMIA

Critica dell'ideologia

Con la precisa denuncia degli involucri ideologici dell'individualismo possessivo, visto come un tentativo di recingere la proprietà con costruzioni etico-oggettive invalicabili (pienezza, perpetuità del dominio), Kelsen smarrisce però anche la dimensione della esteriorità e della relazionalità che vede soggetti privati (scrutati come corpi empirici, non come enti metafisici) entrare in rapporti concreti che scaturiscono dalle reali determinazioni della società. Il diritto certo è uno spazio artificiale oggettivo capace di autointegrazione in virtù di procedure, ma la dinamicità interiore che il diritto come sistema aperto include non deriva solo dal suo essere positivo (posto in esistenza da un atto di un potere organizzato) ma anche dal suo essere una istituzione sociale aperta e in divenire come le relazioni intersoggettive che riveste di formalità. L'autonomia dei privati, svestita degli abiti della metafisica del soggetto proprietario e colta come potere lecito di utilizzazione dei beni economici, rimanda al mondo scivoloso dell'economia e evoca anche il diritto come rapporto sociale che è sì rivestito dalla norma (con il suo tipico potere astrante-formalizzante) ma non fondata dalla norma nel suo profilo genetico-esistenziale. La norma, rispetto alle forme della proprietà e agli istituti dell'economia, ha un potere ordinante e regolante ma non una potestà ontologico-creativa.

Il rapporto sociale esiste nel suo nucleo essenziale anche se la norma ancora non lo ricopre con la forma capace di dirimere il conflitto intorno ai titoli di proprietà e di qualificare le azioni per l'eliminazione dell'incertezza sulla titolarità del bene. Con l'acqua sporca dell'ideologia del soggetto proprietario che ha quale limite solo l'esclusione di ogni *animus nocendi*, Kelsen si sbarazza anche del bambino della contingenza dei rapporti e della istruttività dell'economico². Per questo

¹ Sul rapporto tra forma e istituti sociali Kelsen approda «a una soluzione meramente interlocutoria» che «non può soddisfare» (G. CALABRÒ, «La giurisprudenza come scienza dello spirito secondo Hans Kelsen», introduzione a H. KELSEN, *Tra metodo giuridico e sociologico*, cit.).

² A commento di un brano di Erodoto che descrive lo scambio tra «una quantità di oro» e una «quantità di sale», Betti (*Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 45) rileva che la permuta «la forma più rudimentale dello scambio di merci» si riscontra anche in «tribù selvagge presso le quali non v'è traccia di uno Stato. Vediamo come, nonostante la mancanza di un ordinamento superiore, le trattative antecedenti alla conclusione del contratto, vengono condotte con scrupolosa correttezza, e come, raggiunto l'accordo, entrambe le parti mostrino, nel concludere il contratto, piena consapevolezza del suo valore impegnativo. In casi di tal genere non esiste evidentemente un ordine giuridico che regoli il negozio: eppure questo, nella

sul nesso genetico tra norme e relazioni sociali egli non si interroga affatto. Il suo antigiusnaturalismo radicale lo conduce così alla riesumazione di un giusnaturalismo d'altro segno e non meno insidioso: l'ideologia che la norma sia una pura tecnica extratemporale e non anche una istituzione sociale che sta nel tempo. L'impostazione ostinatamente antiideologica della dottrina normativista, che intende spezzare qualsiasi legame tra la validità della norma e i valori, in realtà assume come un vero e proprio valore surrettizio il principio della componibilità di ogni contrasto di interessi entro le forme dell'ordinamento e grazie alle sue compatibilità formali. Il diritto-norma presentato come tecnica sociale indifferente al contenuto suppone che qualsiasi atto empirico possa essere trattato con i dispositivi astraenti della norma.

L'indifferenza qualitativa della norma a valori etici convive con un postulato ideologico indimostrato, quello per cui ogni interesse è suscettibile di un trattamento formale capace di rimuovere qualsiasi motivo di contesa, di eliminare dall'agire collettivo ogni tensione in vista di una pace sociale desiderabile. L'ideologia del normativismo poggia sulla assunzione in virtù della quale è desiderabile un ordine sociale come quello creato dallo scambio, è preferibile una giocabilità delle controversie attraverso le procedure. La società basata sullo scambio delle merci diventa così una tecnica senza tempo.

La polemica contro il marxismo

L'interpretazione normativista del diritto, secondo Kelsen, oltre ad essere irriducibile al piano dei valori non può essere sciolta entro una ricognizione sociologica che affonda il sistema delle forme nelle condizioni dell'economia perché la teoria pura è la scienza della validità delle procedure non certo una perlustrazione della genesi e delle reali forme dell'esistenza dei sistemi giuridici¹. Diritto ed economia hanno codici distinti perché il sistema di norme nulla ha a che fare con i rapporti sociali. Il bene in un'ottica economica è la cosa da cui con l'agire coordinato si ricava una utilità, mentre per il diritto il bene è ciò che l'ordinamento ritiene suscettibile di tutela determinando i titoli del godimento, del possesso, della disponibilità. Escludendo che il diritto sia un sistema di rapporti sociali si separa la validità della norma dall'effettivo comportamento. Anche riflettendo su un istituto come quello della proprietà individuale, che in apparenza mostra il convergere tra il rapporto economico e la norma giuridica, Kelsen non dubita che esso vada inquadrato entro un sistema di norme che

coscienza di coloro che lo pongono in essere è riconosciuto pienamente impegnativo». Tuttavia la sanzionabilità connessa alla correttezza e al costume, alla buona fede, alla considerazione sociale, alla ritorsione e alla diminuzione di credito sociale che rende difficile concludere nuovi affari per definire un sistema sociale prevedibile deve essere integrata dalla sanzione del diritto che regola gli obblighi contrattuali. Precisa Betti (*ibidem*, p. 47) che «la sanzione del diritto si presenta come qualcosa di aggiunto e di logicamente posteriore: per l'appunto, come un riconoscimento di autonomia».

¹ H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, Venezia, 1982. M. Adler riconosce in Kelsen lo sforzo di condurre verso il marxismo «una critica immanente» (*La concezione dello Stato nel marxismo*, Bari, 1979, p. 53). Diverso è l'atteggiamento di K. Korsch secondo il quale ci si attarda su falsi problemi essendo del tutto superflua «una compiuta teoria marxista del diritto e dello Stato o addirittura una teoria completa della società, una sociologia marxista» (*Marxismo e filosofia*, Milano, 1978, p. 93).

regola i comportamenti intersoggettivi e pertanto assume la forma al di fuori di ogni idea sostanziale di giustizia e da qualsiasi riferimento ad un sistema sociale.

Il diritto come norma o schema qualificativo non può essere ricondotto a un sistema di rapporti sociali preesistenti in quanto è la norma stessa che organizza lo spazio dell'agire sociale prevedendo dei precisi meccanismi di sanzione per l'illecito o inadempimento dell'obbligo. La specificità formale del sistema giuridico è alla base della rivendicazione kelseniana dello scarto tra la norma e la sfera dell'economico. Kelsen recide così la radice concettuale dell'economicismo (comune al liberalismo classico e a un certo marxismo) che nega la struttura logica e l'impianto normativo coerente del diritto positivo. Il diritto come tecnica o apparato che assicura le prestazioni dovute per soddisfare l'interesse del creditore è sprovvisto in Kelsen di legami con gli istituti storici ed è oggetto di una scienza pura della categoria giuridica che si avvale di un principio di imputazione per rapportare fattispecie e effetto. Il contenuto concreto degli istituti giuridici e il loro sorgere dalla fenomenologia dei rapporti sociali non contiene indizi validi per un'analisi che rimarca la necessità di ricorrere a definizioni solo formali. Il fatto empirico o formazione economico-sociale cioè viene trasvalutato, ricondotto entro schemi e forme tipiche che modellano i rapporti. Per Kelsen il connotato materiale delle relazioni sociali non azzera mai la specifica e conformatrice definizione di un ambito normativo valido.

Ciò significa che la trama dei rapporti sociali si svolge pur sempre entro i parametri di una struttura astratta di norme che dà copertura giuridica alle pratiche intersoggettive. Ogni sussunzione del diritto agli aspetti informali dell'economico trascura invece che il reale mondo dell'economico deve essere formalizzato grazie alle risorse normative di un ordinamento giuridico coerente. Le relazioni economiche nell'ottica di Kelsen si svolgono pur sempre entro le dimensioni astratte delle fattispecie contrattuali che rendono possibili gli incontri di volontà nel tempo. Il suo impianto analitico attribuisce alla norma non soltanto una attitudine a dare forma ad azioni e ruoli della proprietà ma anche a costituirli, a porli in essere.

Dal piano della pura validità in realtà si scende al livello della effettività e alla pura deduzione logica coerente (dover essere) si attribuisce una produttività reale di conseguenze (essere). I rapporti intersoggettivi devono avvalersi delle astrazioni logiche di un diritto norma capace di costruire forme generalizzanti ed astraenti che quando prospettano la capacità autoregolativa dei soggetti contraenti è solo in quanto i loro atti aventi forza di legge tra le parti sono autorizzati da una esplicita norma vincolante. Il postulato di Kelsen è che nessun contenuto fattuale ha validità al di fuori della norma e che ogni rapporto è privo di rilevanza giuridica se non passa nel setaccio di una norma che pone i termini delle azioni intentate per ripristinare la pienezza dell'esercizio della proprietà. Per un aspetto ciò serve per assegnare uno spazio rilevante alla politica del diritto. Per un altro, il giurista praghese ritaglia alla norma una capacità conformatrice illimitata e al reale rapporto intersoggettivo riserva una irrilevanza assoluta quale molla della innovazione.

Entro certi versi tutto ciò rientra in un panproceduralismo che riconduce ogni dato sociale alla volontà astratta oggettivata in una norma. Alla base dell'atteggiamento teorico di Kelsen c'è il convincimento che «la critica metodologica è il mezzo specifico per una radicale distruzione delle ideologie»¹. Una delle implicazioni della

¹ H. KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 149. Le varie tendenze del positivismo a delineare un sistema normativo chiuso in una «logica fonografica»

sua riflessione gnoseologica attenta a scovare dove si annidano le ideologie è la demolizione del concetto di Stato visto come «un'ipostasi», ossia come una «sostanza spirituale e corporea» e non come un sistema normativo¹. Lo Stato per Kelsen è solo un sistema di norme, una dimensione ideale-spirituale o «schema di interpretazione di una molteplicità di atti umani» e non una istituzione sociale, una «vita reale» o temporale². Kelsen con il suo approccio astorico confonde il problema della pensabilità di qualsiasi sistema di norme coerenti, che coglie il tema del dover essere e può mettere al bando il tema della realtà dell'ordinamento, con la conoscenza di un sistema di norme che rimanda a istituti storici reali del diritto. Il sistema di norme, entro una angolazione storica rigorosa, non può che essere anche un sistema di istituti.

La proprietà privata dei beni nell'ottica di Kelsen non può essere il risultato di un semplice rapporto di fatto che si svolge in un terreno economico non coperto dalla volizione pubblica dello Stato (con ciò Kelsen ignora relazioni che i soggetti intrattengono al di là dello Stato-nazione e del suo ordinamento e che producono novità tecniche ed economiche che costringono l'ordinamento a correre ai necessari ripari normativi). Questo ruolo ordinante della forma (che stabilisce i rimedi reali o petitori per il recupero, il ripristino, il risarcimento) non significa tuttavia che sia la norma valida a creare la figura effettuale dell'imprenditore o la proprietà: la genesi reale degli istituti e dei rapporti non rientra tra le preoccupazioni del giurista ben ancorato al piano del dover essere. L'appropriazione ha un carattere giuridico solo grazie alla autorizzazione di una norma positiva e contingente ma ciò non significa che atti e rapporti tra i soggetti non possano svolgersi prima e senza la norma che conferisce agli incontri validità e regolarità. Kelsen ritiene che il rapporto di proprietà richieda un fondamento normativo per raggiungere un significato giuridico eminente e non meramente empirico.

Questo impianto normativo consiste in prescrizioni che qualificano, non creano o costituiscono *ipso facto*, gli atti ipotetici peculiari del rapporto di proprietà. Secondo Kelsen un difetto accomuna l'approccio di Marx e quello dei liberali, la sottovalutazione della funzione di qualificazione giuridica degli atti e delle figure economiche che la norma svolge prescrivendo astratte facoltà e obblighi corrispondenti.

«Nella definizione del rapporto di proprietà Marx segue la teoria giuridica del suo tempo. Con l'opposizione di società e Stato egli recepisce dalla filosofia sociale individualistico-borghese il dualismo, a tale opposizione collegato, di diritto oggettivo e soggettivo e, quindi, anche l'idea che la proprietà sia un rapporto tra un uomo ed una cosa, fondato sul lavoro o sull'appropriazione originaria»³.

Lo sforzo di Kelsen (non privo in verità di fraintendimenti del nucleo dell'impostazione marxiana) è quello di mostrare l'inattitudine esplicativa degli approcci che postulano la priorità del diritto soggettivo, in particolare della proprietà come relazione di gravidanza economica, e il carattere funzionale, ma nel senso di subordinato e accessorio, dello Stato e dello schema formale che registrano situazioni empiriche già potenziate a inviolabili diritti (pre-statali).

per eliminare ingerenze politiche cfr. F. NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1973, p. 262.

¹ H. KELSEN, *Lo Stato come integrazione*, Milano, 2001, p. 8.

² *Ibidem*, p. 36.

³ IDEM, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 154.

Tale criterio che fa precipitare dal piano del dover essere a quello dell'essere, comporta per Kelsen una separazione anche temporale tra un precedente rapporto economico uomo-cosa (che sarebbe all'origine del diritto di proprietà) e una posteriore regolamentazione giuridica. In questa raffigurazione dualistica, prima si svolgono rapporti con le cose o natura (economia) e solo in seguito sopravvengono relazioni tra gli uomini (società) mediate da norme (diritto). Il diritto interviene solo *ex post* a sanzionare una situazione economico-sociale predefinita e la norma non ha altro da fare che inglobare il contenuto economico delle relazioni precedenti che si sono svolte in un contesto non giuridico. Il ruolo del diritto nella tutela del bene da detenzioni illecite altrui, rileva Kelsen che intende così segnare il suo dissenso dal sociologismo, è solo regolativo, funzionale cioè alla conservazione di interessi privati che di per sé sono maturati al di fuori di ogni configurazione giuridica. Non compare nel marxismo il rilievo costitutivo, ossia creativo della forma e sfugge ad esso che solo la norma autorizza certi comportamenti, e che pertanto i rapporti sociali non possono restare nella loro immediatezza empirica.

Per la tradizione giusnaturalistica, cui per Kelsen il marxismo per certi versi confluisce, la proprietà non può avere altro fondamento reale che quello di una autonoma relazione tra uomo e natura come sfera dell'economico di per sé capace di produrre o scambiare cose appropriabili in maniera esclusiva senza alcun intervento positivo dell'ordinamento giuridico. Kelsen entra nel merito della questione metagiuridica dei fattori della produzione (terra, capitale e lavoro) e della ripartizione delle quote di profitto solo per giudicarla una «questione irrisolvibile», «una falsa problematica»¹. La pretesa socialista di giustificare l'attribuzione al lavoro del profitto sociale non può essere espressa in termini normativi rigorosi perché con una incerta regola di imputazione si scambia il diritto a una giusta ripartizione del profitto con l'obbligo rivolto alla società di astenersi dai beni affidati al lavoratore. La convinzione di Kelsen è che:

«Marx, così come la teoria borghese e tradizionale del diritto, vede il rapporto giuridico come rapporto di soggetto di diritto con l'oggetto di diritto, della persona con la cosa»².

Kelsen ignora la cruciale distinzione, che in Marx compare proprio in polemica contro il giusnaturalismo, tra appropriazione (generico rapporto uomo-cosa) e proprietà (specifico relazione giuridica di una società di mercato).

Nella proiezione della proprietà in un originario rapporto tra individuo e cosa risiede il gioco ideologico delle teorie liberali (lo schema di Marx in verità è radicalmente diverso) che scarsa rilevanza attribuiscono al profilo normativo del diritto e alla proprietà come un potere di esclusione di altre pretese dal bene. Il diritto è negli approcci classici denunciati da Kelsen un semplice rivestimento posteriore delle empiriche determinazioni sociali che vengono accolte dall'ordinamento senza che una norma abbia autorizzato le transazioni. La proprietà nelle ideologie giusnaturalistiche non è quindi un diritto nei suoi risvolti tecnico-formali, ma un fatto nel senso che la norma giuridica non è che una riproduzione successiva di empiriche contingenze.

¹ IDEM, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., p. 116.

² IDEM, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 156. Sul nesso tra diritto soggettivo e obbligo cfr. N. IRTI, *Codice civile e società politica*, cit., p. 78; P. RESCIGNO, *Manuale dei diritto privato italiano*, Napoli, 1973, p. 235.

Gli interessi particolari contingenti sono esaltati come pregiuridici, potenziati come inviolabili e sottratti al possibile intervento della legge. Come situazione pregiuridica originaria la proprietà è dotata di valore (proprio in questo però emerge la irriducibile diversità dal modello di Marx che scandaglia la proprietà come rapporto sociale e non come valore o disvalore etico). Gli schemi giuridici veteroliberali non fondano la proprietà, la valorizzano come situazione dotata di per sé di una straordinaria ricchezza di contenuti. Anche in Marx (e il riscontro filologico non pare esaustivo) la critica di Kelsen rintraccia un impianto di tipo giusnaturalistico e quindi una sottovalutazione del ruolo dello Stato rispetto all'individualismo proprietario.

Secondo Kelsen:

«Marx interpreta il rapporto giuridico nella società capitalista in analogia al rapporto di proprietà; il rapporto giuridico è per lui il rapporto tra merci e possessori di merci»¹.

Questa curvatura economicistica mostra, nella lettura di Kelsen, che Marx presta attenzione solo alla sfera dei rapporti privati e considera irrilevante il contrassegno pubblico del diritto moderno. La riduzione del diritto a pura e semplice mediazione formale, espressa dai rapporti reciproci che intercorrono tra possessori di merci, a giudizio di Kelsen si presta però ad equivoci:

«Se il diritto viene ridotto ad economia, sorge la questione perché il diritto debba venire identificato con una determinata specie di economia, cioè con l'economia capitalista»².

In verità la esplicazione di Marx non può essere ricondotta a una generica considerazione di un astratto rapporto tra diritto ed economia che trascura le clausole, gli

¹ H. KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 156. Un errore consueto nella teoria del contratto è per Kelsen l'interpretazione della volontà che stabilisce un negozio come una vera volontà in senso psicologico. Occorre invece distinguere tra volontà psicologica e volontà in senso giuridico formale che mette capo a un sistema coerente. Sulla novità del ricorso al concetto di sistema nel diritto insiste N. Bobbio (*Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 175). In virtù dell'approccio sistematico «l'unità dell'ordinamento non è un dato bell'e pronto, ma una conquista sempre rinnovatesi» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1993, p. 209).

² H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, cit., p. 161. Il diritto del mercato non può esaurirsi nel negozio di soggetti privati posti al riparo da un sistema complesso di norme sulla concorrenza, sul consumo, sui beni. «Il singolo viene considerato in relazione con altri che svolgono la medesima attività (esercizio d'impresa o acquisto di beni in vista del consumo); non più parte di un negozio, chiuso nella sua irripetibile concretezza, ma soggetto del mercato» (N. IRTI, *Codice civile e società politica*, cit., p. 48). All'unitarietà del processo economico fa riscontro una articolazione dei passaggi giuridici per cui la divisione del lavoro si accompagna ad una differenziazione in «numerosi rapporti obbligatori successivi (catene di distribuzione), concatenati (rapporto di lavoro indiretto), o collegati in altro modo (finanziamento da parte di terzi)» (F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale*, Napoli, 1983, p. 68). Nella fortuna che riscontrano le norme sulla concorrenza, le legislazioni antitrust, le regole per la correttezza del mercato si nasconde una insidiosa tendenza che punta a far «coincidere le ragioni di mercato con le ragioni di pubblico interesse, l'efficienza con la giustizia» (P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 247). Quella che occorre è «una *regulation* nata non per il mercato, ma per l'attuazione di una politica sociale correttiva della *lex mercatoria*» (*ibidem*, p. 248).

obblighi reali di natura non contrattuale, le obbligazioni, i divieti che disciplinano il diritto di proprietà.

La sfida di Marx è quella di cogliere nella formazione economico-sociale la radice dello stesso sistema giuridico. Il diritto come norma rinvia all'organizzazione economico-sociale basata sulla merce e sul lavoro astratto. Ciò non prelude peraltro ad una amputazione dei risvolti formali del diritto-norma (unica tecnica pensabile per società astratte di individui atomizzati, e dunque tecnica sì, ma storico-sociale). La qualificazione principale del diritto è per Kelsen invece solo quella di attivare atti coercitivi indispensabili anche per il funzionamento del sistema economico, di precisare meccanismi di regolazione del sistema sociale, di predisporre gli strumenti attraverso i quali i soggetti possono agire civilmente contro abusi o inadempimenti. Ciò significa per Kelsen che il tratto distintivo di ogni rapporto sociale è la norma coercibile che pone il reale, decide di fondarlo in forza di un atto volitivo che non ha bisogno di essere giustificato sulla base di pretese presociali:

«Il diritto è questo meccanismo coercitivo, il mezzo specifico per il mantenimento di un'economia specifica, non questa economia stessa»¹.

Non esiste un immediato diritto di ingerenza sulla cosa, ogni esercizio di un potere rivolto al bene è sempre mediato da schemi.

Ogni preteso dominio immediato è sempre una potestà indiretta o derivata da una norma che attribuisce il potere di determinare la destinazione economica della cosa. La tecnica coercitiva è ciò che caratterizza il diritto inteso come prescrizione formale per il mantenimento del sistema economico attraverso procedure per la rivendicazione della cosa o per ottenere la dichiarazione dell'inesistenza di diritti accampati da altri. Esistono diritti reali minori che non si costituiscono per contratto o volontà delle parti ma sono istituiti per disposizione di legge e consistono nell'impiantare un rapporto giuridico con la cosa di proprietà altrui. Il contenuto economico delle relazioni è secondario, null'altro che un prodotto della norma che autorizza le dichiarazioni di volontà dei soggetti secondo formule generali (azioni negatorie e di rivendicazione della cosa).

Per Kelsen la proprietà è solo il prodotto di un sistema normativo valido che prescrive le modalità della *causa petendi* a tutela del contenuto del diritto di proprietà, non ha alcuna rilevanza come situazione di fatto ed è proprio la norma a dare organizzazione a rapporti altrimenti insignificanti. Sono le prescrizioni formali, le autorizzazioni normative, a garantire l'ossatura del rapporto di proprietà e a disporre le condizioni della soggettività giuridica per essere titolari di diritti, obblighi, funzioni. Senza l'ordinamento giuridico è per Kelsen impossibile assicurare la consistenza dell'istituto proprietario che deve essere coperto da norme per affermarsi e consolidarsi.

¹ H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, cit., p. 161. Chiarisce Kelsen che per il diritto positivo «non ci sono mala in se ma solo mala proibita» (IDEM, *Teoria generale*, cit., p. 53). Dalla teoria dello Stato e del diritto come sistema di norme discende che i problemi del diritto pubblico e i temi della struttura di senso non siano altro che questioni «di validità e produzione di un sistema di norme» (IDEM, *Lo Stato come integrazione*, cit. p. 16). Nella costruzione di Kelsen (*Essays in Legal and Moral Philosophy*, cit., p. 226) si distingue tra puri concetti e norme valide, e su questa base è evidente che il diritto non è pensiero ma atto autoritativo e che quindi «le norme del cosiddetto diritto di ragione non possono essere poste dalla ragione» ma solo dalla volontà. Sul tema cfr L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit.

E' il sistema giuridico astratto a dare forma ad un meccanismo economico mediato dal contratto. Il rapporto economico non avrebbe alcun fondamento senza la norma con la quale il sistema dà ordine coerente e prevedibile ai rapporti e non si limita alla configurazione patrizia degli oneri o alla volontaria compressione di prerogative ma dispone catene di oneri legali, obbligazioni e facoltà. La società non è esterna alla norma e non la precede, è dentro gli artifici della norma e della sua capacità di dare forma.

Kelsen non si discosta molto dalle acquisizioni di Marx quando ammette che «il diritto privato è un elemento specifico di un'economia capitalistica» e rivendica alla teoria normativista il merito di aver dimostrato

«la connessione che esiste fra una determinata tecnica giuridica, come quella del diritto privato e del diritto soggettivo, e un determinato sistema economico, come quello del capitalismo»¹.

Ma per Kelsen il diritto resta pur sempre una mera tecnica, non si tramuta in istituzione sociale e il diritto privato non copre l'intero spettro del fenomeno giuridico. Per lui il primato del diritto privato proclamato da chi lo ritiene più congeniale all'analisi dello scambio e della produzione non poggia su solide basi. Rileva Kelsen:

«Per poter identificare il diritto con specifici rapporti economici, Pashukanis dichiara che solo il diritto privato, come rapporto fra individui isolati, soggetti di interesse egoistico, è diritto nel vero senso del termine. Il cosiddetto diritto pubblico, come rapporto fra lo Stato e gli individui privati, non può essere diritto nel vero senso perché lo Stato è un fenomeno metagiuridico, inconcepibile come soggetto di diritto»².

Qui Kelsen coglie un punto reale di debolezza, anche se sbaglia a ricondurlo a Marx in prima persona. Il diritto però proprio in Marx non si esaurisce nelle transazioni intersoggettive, nelle clausole contrattuali stipulate tra le parti e abbraccia anche le forme astratte dello Stato chiamate a fornire una ricomposizione pubblico-rappresentativa a una società civile dissolta in sfere individuali private. L'autonomia negoziale non è in lui un valore pregiuridico, un *prius* etico come tale scevro da ogni necessità di legittimazione cui solo in seguito si sovrappone il *posterius* della forma.

¹ IDEM, *La teoria comunista del diritto*, cit., p. 154. Il limite degli approcci marxisti per Kelsen è quello di restare fermi al diritto privato e di trascurare lo Stato. Pashukanis scrive a questo proposito che «l'idea giuridica dello Stato non può mai diventare teoria, ma si presenterà sempre come una deformazione ideologica dei fatti» (*La teoria generale del diritto e il marxismo*, Bari, 1978, p. 107). Lo Stato non compare nel giurista sovietico come costruttore di norme funzionali alle relazioni sociali ma solo come ingannevole apparato dell'ideologia. In realtà l'autonomia dei privati non si svolge nel puro regno del rapporto economico sganciato da una norma che disciplina i rapporti e decide la copertura degli interessi in campo.

² *Ibidem*, p. 146. Secondo Pashukanis «il nucleo più solido della nebulosa giuridica sta proprio nel campo dei rapporti di diritto privato. E' proprio lì che il soggetto giuridico, la persona, trova una incarnazione pienamente adeguata nella personalità concreta del soggetto che opera egoisticamente, del proprietario portatore di interessi privati» (E. PASHUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 91). Per il ruolo fondante della norma cfr. N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 103; P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, cit., p. 215. Per la sottovalutazione negli studi marxisti della nozione di diritto-norma cfr. U. CERRONI, *Il pensiero giuridico sovietico*, Roma, 1969, p. 148.

La composizione normativa del diritto evoca per Marx come per Kelsen la funzione generale dell'ordinamento che peraltro in età moderna codifica anche gli articoli del diritto civile e commerciale e con una norma valuta i diversi interessi i quali non dispongono di una assoluta libertà negoziale nel determinare contenuti e forme dei contratti. Il rapporto giuridico, che vede impegnati singoli portatori di interesse che svolgono un diverso ruolo nella sfera della produzione e circolazione dei beni, rinvia in Kelsen alla funzione regolatrice della norma (*ubi societas ubi iuris*) capace di conferire connotato formale alle variegate situazioni giuridiche soggettive.

Come rapporto giuridico, anche lo scambio di prestazioni economiche che intercorre tra i soggetti, rinvia alla norma come al suo fondamento. Non esiste un rapporto economico allo stato puro, sprovvisto di autorizzazioni normative per assicurare il libero godimento del *dominus* che usa la *res* a fini produttivi. Ciò chiama in causa il ruolo della norma giuridica che, come volontà astratta e metaindividuale, parifica entro le medesime misure formali i soggetti differenti o atomizzati e si avvale di apparati per intimare la cessazione di ogni situazione antiggiuridica. In tal modo Kelsen crede di aver messo a tacere l'approccio marxista. Egli non coglie però l'essenziale del nesso tra dominio della norma astratta e funzione sociale stabilito da Marx. Il nucleo del pensiero giuridico di Marx non risiede nell'antiformalismo ma nel rimarcare la peculiare funzione storica della astrazione giuridica entro una società puntiforme, atomizzata. Una vita di relazione che vede al centro soggetti privati dissociati nel loro agire quotidiano invoca per Marx un potere normativo in grado di creare almeno nella forma momenti di connessione e ricomposizione giuridica che saldano pubblico e privato, economia e diritti.

Il rapporto fra economia e diritto non viene dunque interpretato da Marx come completa assenza di una fondazione normativa delle relazioni intersoggettive (regole delle azioni per il godimento dei beni e per il riconoscimento giudiziale delle pretese) che prescrive oneri reali, obblighi di effettuare prestazioni positive, fissa i modi per il trasferimento delle posizioni soggettive. Non è la norma che però per lui crea l'organizzazione sociale moderna, ma è la norma a consentire di racchiudere in forme le relazioni sociali fondamentali che valgono anche come specifico fenomeno giuridico. Per Kelsen il tema del sistema giuridico è indifferente ai percorsi della storia delle istituzioni sociali e l'ordinamento giuridico, cui compete accertare diritti sulla cosa, attribuire poteri ed escludere altre pretese sulla *res*, vive del tutto divaricato dall'esperienza economica e sociale. La critica di Marx al tecnicismo giuridico, che inquadra il reale mondo economico come il risultato di disposizioni normative, non comporta uno sconfinamento teorico che nega il rivestimento formale con il quale le transazioni avvengono.

Una volta appurata la sterilità assiologica di una ricerca sul diritto positivo che enfatizza la normatività come la base esclusiva che crea il mondo delle relazioni oggettive, la conseguenza non può essere quella di negare la rilevanza tecnica della norma. La storicità delle tecniche normative del diritto moderno non comporta in Marx la negazione del connotato formale-tipizzante del diritto ma la ricerca di un nesso tra sistema di norme e società dissociata in individui privati. La modellazione logica della norma giuridica e del diritto di proprietà è quindi l'espressione dei fenomeni sociali moderni che vedono la scomposizione della società in atomi o soggetti di diritto. Proprio la categoria del soggetto, rimanda ad una oggettiva organizzazione sociale che presenta un universo di soggetti liberi, formalmente equiparati nella loro capacità giuridica astratta. Solo sulla base sociale concreta di individui che operano come atomi nella vita reale, è possibile estrapolare la nozione tecnica di persona giuridica

quale soggetto che si comporta secondo i principi fondamentali dell'ordinamento. Come avverte Pashukanis, la nozione di soggetto di diritto, come astratta disposizione degli individui, può prendere quota solo sulla base di un'organizzazione sociale che fornisce «la possibilità di astrarre dalla concrete differenze tra i soggetti dei diritti e di assumerli sotto un unico soggetto generico»¹. Questa possibilità di enucleare la nozione di soggetto astratto è la connessione genetica tra categorie giuridiche e istituzioni storiche.

Nel moderno – proprio questo è l'assunto che da Marx discende e che Kelsen spesso fraintende – l'organizzazione sociale affida a ciascuno la capacità di costituirsi quale soggetto di diritti e di ridurre al minimo l'ingombranza di una forma giuridica eteronoma. La volontà creativa delle parti sociali attraverso il negozio giuridico o autonomia privata sale così al centro della vita collettiva che mette in disparte l'invadenza del diritto amministrativo con le sue restrizioni coattive. Dalla capacità giuridica astratta si separa tuttavia l'effettiva capacità d'agire che reintroduce quelle differenze esistenziali dei soggetti che la nozione astratta di persona aveva occultato. Solo nel moderno (e per questo il piano sociologico non occulta il dato formale come paventa Kelsen, semmai lo illumina con un inquadramento più calzante) la capacità giuridica ovvero la titolarità astratta di diritti e doveri soggettivi abbraccia l'universalità dei corpi abilitati a compiere negozi giuridici e a produrre cose o merci mediante il contratto. La forma giuridica conferisce capacità a tutti i corpi solo costruendo nozioni generiche ed inclusive come quella di persona che astrae dalla reale individualità concreta e sensibile. Ma per Kelsen queste preoccupazioni sono aleatorie e la persona altro non è che l'unità formale redatta dalle norme giuridiche che definiscono come un puro centro di imputazione di situazioni giuridiche.

Il diritto di proprietà per Marx rientra anch'esso nell'attitudine moderna a definire la coesistenza di un ambito pubblico coercitivo e di una sfera privata che esalta l'autonomia soggettiva nella definizione della circolazione dei beni, nello scambio dei servizi. L'ambito istituzionale e normativo – questo è il punto di forza di Marx che però Kelsen non apprezza – è inseparabile dalla forma privata di produrre effetti giuridici con scambi reciproci di volontà. Questa, e non un riduzionismo semplicistico, è la base della composizione inclusiva di diritto ed economia che vede l'autoregolamentazione dei privati coesistere con l'eterodirezione degli istituti pubblici che delincono le disposizioni civilistiche per la risoluzione delle conflittualità di privati interessi, indicano i soggetti legittimati ad agire a tutela dei diritti reali, precisano le chiavi per dirimere il conflitto tra titoli.

Kelsen non concede alcun valore cognitivo a questo approccio funzionalistico e anzi rimprovera ai giuristi marxisti l'esclusione del momento statutale quale astratto

¹ E. PASHUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 129. Il contratto, la regola generale dell'autonomia, compare solo in età moderna nella sua più piena estensione. «Il contratto, l'obbligazione corrispondono entrambi all'esigenza di cooperazione tra esseri umani. L'utilità della cooperazione è evidente. Ma questa cooperazione non ha bisogno del contratto là dove la divisione del lavoro non è sviluppata, e in particolare là dove la persona vive in una comunità. Il contratto appare solo là dove la struttura sociale si fa semicomplexa» (R. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., p. 280). In effetti solo in società che disgregano l'integrazione per status, il vincolo comunitario, può affermarsi il contratto per definire ciascuna delle prestazioni. Dalla comunità che fissa obblighi sulla base dello status, si passa al soggetto che contrae la prestazione, assume le obbligazioni. «Nei tempi più recenti, l'obbligazione. Nei tempi più arcaici, la corvé cui lo status vincola il singolo» (*ibidem*, p. 282).

ordinamento formale che rende possibile con un diritto positivo mutevole la stessa perenne evoluzione economico-sociale. Pashukanis, in effetti, coglie solo il momento del rapporto giuridico tra singoli ossia la figura del diritto soggettivo privato e mostra una sottovalutazione del diritto normativo espresso dallo Stato. Per lui

«la strada che dal rapporto di produzione va al rapporto giuridico, o rapporto di proprietà, è più breve di quanto immagini la cosiddetta giurisprudenza positiva, che non può fare a meno di un elemento di congiunzione: quello del potere statale o delle norme»¹.

Secondo il giurista sovietico, il rapporto di produzione è qualcosa di concepibile di per sé, come ambito della responsabilità privata e dell'autoregolazione degli interessi, e può essere fissato anche senza il titolo giuridico (proprietà) e il complesso ordinamento pubblico. Lo Stato e gli apparati regolativi restano così estranei alla fondazione del sistema economico che si presenta nelle forme di un rapporto di fatto tra interessi privati svestito da abiti giuridici predisposti dall'ordine giuridico statale. In realtà, i rapporti di produzione delle merci proprio in Marx hanno bisogno di figure contrattuali, di schemi giuridici e della riproduzione formale attivata dallo Stato astratto.

La proprietà non è solo un istituto sociale che abbraccia fenomeni non normativi con i quali gli interessi inaugurano, modificano ed estinguono rapporti, ma è anche un istituto giuridico che presidia lo svolgimento dei fenomeni sociali. La genesi della norma dai rapporti sociali rende ingannevole, per i giuristi marxisti ma non per Marx, la descrizione sistemica di un tessuto unitario di forme regolative e delle istituzioni che organizzano i moduli formali della vita materiale. Le categorie giuridiche non possono essere disgiunte dagli istituti sociali, ma è pur vero che le relazioni tra i soggetti avvengono in un quadro di norme. Per il funzionamento efficace del moderno rapporto di produzione e scambio dei beni è indispensabile l'intervento di schemi normativi che rendono possibili i contratti. Il fatto che non sia di per sé la norma ad impiantare il rapporto sociale non significa che la vita economica sia sprovvista di cornici normative. Questo ruolo conformativo in Marx è ben chiaro.

E' pur sempre la norma a consentire la cessione volontaria o giuridica della prestazione lavorativa ed è parimenti una categoria formale a riconoscere e a tutelare, grazie a dispositivi pubblici, il risultato di un processo produttivo come diritto di proprietà. Il risultato del rapporto economico non è solo una merce, ma è anche un bene privatamente godibile nelle forme giuridiche della proprietà. Oltre al contratto tra le parti, occorre postulare anche un ordinamento giuridico oggettivo che regola con norme positive la proprietà dei beni per cui ogni turbativa accertabile contro il godimento rientra tra i comportamenti colpiti da sanzione. Nell'ottica di Marx non

¹ E. PASHUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 104. Secondo Pashukanis «il diritto, quale fenomeno sociale oggettivo, non può essere definito con una norma o regola. La norma in quanto tale, cioè il suo contenuto logico, è direttamente una inferenza da rapporti già esistenti, o, se è emanata come legge dello Stato, rappresenta solo un sintomo secondo cui giudicare, con una certa attendibilità, la futura apparizione dei corrispondenti rapporti» (p. 99). Una prospettiva attenta al momento genetico della norma e quindi al diritto come istituzione sociale si rinviene in N. Elias (*Potere e civiltà*, cit., p. 267) quando scrive che nella società appaiono «nuove funzioni che si trasformano assai lentamente, a piccoli passi e attraverso continue lotte con i rappresentanti di altre funzioni, in istituzioni consolidate».

è affatto impensabile riconoscere lo spazio del momento normativo («tutti i rapporti non possono essere espressi nella lingua se come concetti») ma questo non significa che il diritto possieda una storia autonoma o che «il concetto di diritto sia la base della proprietà privata»¹. Il diritto-norma rende «legale» la proprietà ma non struttura i rapporti reali che storicamente disgregano l'antico vincolo di comunità. In quanto istituita dalla norma positiva (che è mutevole e quindi temporale), la proprietà non può in alcun modo vantare pienezza e perpetuità; essa ha un implicito limite temporale. Il carattere temporale sembra essere un connotato intrinseco della proprietà (al di là delle situazioni residuali delle proprietà transitorie e provvisorie descritte dai codici).

Diritto ed economia sono inseparabili. Marx avverte con un lessico quasi kantiano che «nel diritto di proprietà i rapporti di proprietà esistenti sono espressi come risultato della volontà generale». Non si dà una proprietà descritta come semplice proiezione del volere del singolo sulla cosa, è necessario il compendio di una volontà giuridica generale. La norma o volizione giuridica è un corollario indispensabile per il funzionamento degli istituti sociali che non possono a lungo star per sé. Ma non c'è alcuna proprietà privata, nel suo senso moderno, se la cosa «non mi dà alcun potere su un quantum qualsiasi, anche il più ridotto, di lavoro altrui»². Questo è il nucleo della moderna proprietà: un potere su altre cose in quanto tutte indifferenti oggettivazioni di tempo di lavoro. Il rapporto tra economia e diritto non può prescindere dalla mediazione dell'impianto normativo pubblico. Ciò non significa rinunciare a una critica del giurista, «l'ideologo della proprietà privata» lo chiama Marx, che ricorre alle indeterminate nozioni di cosa, di volontà e, alla ricerca di schemi unitari, trascura i tratti essenziali della proprietà moderna come astratto potere di disposizione.

Marx precisa che:

«Io ho la proprietà privata solo in quanto ho qualche cosa che può essere oggetto di traffico, mentre della mia peculiarità non posso fare traffico. Il mio vestito è mia proprietà privata solo in quanto posso almeno farne traffico, impegnarlo o venderlo, in quanto è oggetto di traffico. Se perde questa qualità, se va in brandelli, esso può conservare per me ogni sorta di qualità che per me lo rendono prezioso, può anche diventare una mia qualità e fare di me un individuo stracciato»³.

La «cosa» è suscettibile di proprietà e di illimitato trasferimento solo quando appare come il risultato di un tempo di lavoro quantificabile e conserva un suo valore di scambio che in quanto tale è indifferente ai desideri, giudizi di valore. Il moderno

¹ K. MARX, *L'ideologia tedesca*, Roma, 1978, p. 350. Anche per Marx ovviamente è vero quello che postulano «i giuristi dogmatici» ovvero che grazie al diritto è possibile «escludere gli altri dalla proprietà che hanno a un dato momento». Quindi la proprietà implica divieti e postula «la esclusività senza la quale la proprietà sarebbe un'assurdità» (p. 354). Ma i giuristi dogmatici hanno torto nel rimuovere la genesi economico-sociale della proprietà pura (si «uccide il diritto semplicemente dichiarando che è un concetto»). Si chiede Marx (p. 350) «se il diritto che gli uomini rivendicano su un osso e che i cani non rivendicano non sia connesso al modo in cui gli uomini trattano produttivamente quest'osso, ciò che i cani non fanno».

² *Ibidem*, p. 212.

³ *Ibidem*. Marx parla della moderna proprietà come della «proprietà privata pura che si è spogliata di ogni parvenza di comunità» (p. 66) e coincide con l'astratta titolarità di un potere e con il denaro come comune misura di tutte le cose eterogenee in quanto espresse da tempo di lavoro.

negli schemi di Marx postula un meccanismo economico-sociale che è nel contempo anche giuridico e una procedura giuridico-formale che è anche un rapporto di tipo economico.

Secondo Kelsen il nesso tra norma e rapporto economico è insufficiente a configurare il diritto di proprietà come sistema di comandi sanzionabili e chiama in causa un terzo elemento, lo Stato che conferisce ad una specifica produzione di cose una rilevanza giuridica positiva, individua situazioni giuridiche soggettive, indica l'attore legittimato ad agire in caso di controversie, dà il valore capitale della *res perita*, stabilisce le competenze delle pretese risarcitorie. Pertanto i rapporti giuridici non sono identificabili con i rapporti economici:

«Il fatto che un individuo possenga effettivamente qualcosa non significa che egli ne sia il proprietario legittimo»¹.

La logica del civilista va integrata con quella del giuspubblicista per cogliere, al di là dei contenuti effettivi di un rapporto materiale, i risvolti normativi predisposti dal sistema giuridico. Secondo Kelsen il particolare ed empirico rapporto sociale non ha in quanto tale alcuna valenza giuridica e d'altra parte la forma giuridica non può essere annullata nell'empiricità di una relazione economica.

L'economia per lo stesso Marx richiede un quadro normativo senza di cui i beni economici non sono agevolmente producibili e scambiabili e la norma non può smarrire i connotati tipico-abstracti o comprensività categoriale per assumere l'indifferenza atipica, priva di generalità, del discreto extranormativo. La relazione individuale o empirica, la sfera del fatto, non ha in quanto tale rilevanza giuridica, essa assume rilievo in quanto la proprietà è per l'ordinamento condizione per intraprendere un'azione per risolvere una controversia. Per assumere un tratto giuridico ogni diritto reale ha bisogno dell'unità formale-generalizzante o norma positiva di derivazione statale la quale fornisce una legittimazione processuale ad agire a tutela di interessi. Senza il supporto dello Stato che produce forme e mette a disposizione un'organizzazione istituzionale, i rapporti materiali – anche per Marx – non solo restano sprovvisti di una struttura formale, ma non riescono a consolidarsi. L'unificazione normativa consente all'economia di oltrepassare il livello della mera relazione di fatto e di approdare alla protezione formale che rende sicura e riproducibile con regolarità la dimensione del rapporto sociale. E' tramite tecniche e le costruzioni di atti normativi tipizzanti che il diritto offre un supporto funzionale alla società individualista moderna e su tali presupposti diritto ed economia si intersecano.

Il sistema formale si configura così in Marx anche come istituto, cioè come risultato del moderno rapporto sociale che per funzionare richiede rigorose fattispecie giuridiche in grado di conformare i beni economici. I connotati tecnico-normativi del sistema giuridico valido, messi in evidenza da Kelsen, non contrastano con l'esplorazione della funzionalità storico-sociale dell'ordinamento tentata da Marx. Kelsen stesso ammette un qualche nesso tra il diritto formale e l'economia di mercato ma non ne indaga la genesi perché il tema della funzione del diritto alla produzione e circolazione dei beni gli rimane estraneo. Kelsen ritiene che le formule a giustificazione delle politiche della collettivizzazione della proprietà nascondano delle finzioni giuridiche.

¹ H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, cit., p. 145.

«La statalizzazione della proprietà è sempre intesa come collettivizzazione, come socializzazione della proprietà. Le due espressioni sono usate come sinonimi. In questo senso la proprietà dello stato è proprietà collettiva, il patrimonio dello stato è patrimonio collettivo dei membri dello stato medesimo; cioè l'iscrizione può aver luogo tanto alla persona dello stato quanto alle persone reali che costituiscono la comunità definita come stato e fondata sull'ordinamento giuridico. In entrambi i casi essa contiene una finzione»¹.

L'accento sullo Stato, Kelsen lo coglie con acutezza, diventa una finzione allorché conferire allo Stato diventa un equivalente del tutto indebito di socializzazione, di messa in comunità. Comunità e ordinamento giuridico in realtà indicano momenti eterogenei dell'agire.

Società e norma

Sulle orme di Kant, anche Kelsen lavora per rimarcare gli aspetti differenziali delle tecniche normative (che disegnano le facoltà di agire, accertano i diritti e stabiliscono i limiti legali della proprietà) rispetto alle istituzioni sociali ed economiche e alle categorie dell'etica. L'analisi giuridica deve espungere i dati materiali, il piano dell'essere, per concentrarsi nella ricognizione del dover essere ovvero dell'elemento imperativo e artificiale della norma. Alla base di tale asserzione Kelsen pone la precisazione della «società come un ordinamento o come un sistema diverso da quello della natura». La società vista come ordinamento è una catena di dover essere, la natura è un oggettivo meccanismo causale. Egli quindi postula come insuperabile «il dualismo fra natura e società, cioè fra un ordinamento causale ed un ordinamento normativo»². L'esplicazione del fenomeno giuridico è confinata nel puro ambito normativo (tecniche che regolano i conflitti di interesse e impediscono fatti illeciti, precisano le azioni di rivendica, di accertamento e le azioni negatorie a tutela della proprietà) ed esclude qualsiasi apporto della sociologia e dell'etica. Nessun valore sostanziale (neanche quello consegnato in un testo costituzionale) può essere assunto, nell'ottica di Kelsen, come vincolo per la decisione secondo procedure (si adombra un certo scetticismo circa l'effettiva possibilità del manifesto ideologico premesso nelle Costituzioni di informare con rigorosa precettività il funzionamento complessivo del sistema giuridico).

¹ IDEM, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 344.

² IDEM, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1973, p. 208; IDEM, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 103. Sul tema cfr. P.L. ZAMPETTI, *Metafisica e scienza del diritto nel Kelsen*, Milano, 1956, pp. 69-85. Per Kelsen «il diritto è una regolamentazione della coercizione e, come ordinamento coercitivo, è un ordinamento che garantisce la sicurezza, cioè la pace» (*La dottrina pura del diritto*, cit., p. 50). Sulla coesistenza in Kelsen del «criterio teleologico della pace» e la teoria pura del diritto come ordinamento coattivo cfr. N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 134. Secondo U. Scarpelli (*L'etica senza verità*, Bologna, 1982, p. 312) «la teoria dell'interpretazione è il punto meno soddisfacente della dottrina kelseniana». Con la dottrina della validità che culmina nella *Grundnorm* «si passa d'un salto ad un totale irrazionalismo» (*ibidem*). Sulla dottrina dell'interpretazione cfr. M.G. LOSANO, «Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, no. 3-4, 1968, pp. 123 sgg.

La dimensione fondativa viene rigettata anche quando fa corpo con una prosaica Costituzione che altro non è che una razionalità vuota, un manifesto ideologico insignificante che oscura l'asettico meccanismo procedurale della decisione. Il diritto non ha a che fare con istituti ma solo con procedimenti logici che regolano l'autoproduzione di un sistema aperto di norme. Come il frutto di una logica pura (e nondimeno decisa da un potere secondo procedure), la norma rivendica la sua completa autonomia dai rapporti sociali sui quali la norma esercita la sua potenza conformatrice. Gli elementi economici e sociali che costituiscono l'ossatura dei rapporti intersoggettivi sono ricacciati come irrilevanti nella genesi del diritto valido ed essi rimandano sempre ad una norma per ottenere validità entro un coerente ordinamento. Il problema dell'origine del diritto si chiude come una parentesi della logica pura (e correlata ad atti di statuizione) indifferente ai movimenti reali della vita economico-sociale che appare come mera attuazione di forme e tipi. Kelsen mette tra parentesi i rapporti sociali per decretare una genesi solo logico-pura delle norme giuridiche decise da una autorità secondo parametri di formale validità.

Kelsen rivaluta la «distinzione fra scienze della natura e scienze sociali» e quindi rimarca «la differenza tra la natura e la società come distinti oggetti di queste scienze»¹. La peculiarità delle scienze sociali è di maneggiare un oggetto che presenta i tratti dell'artificio. L'ordinamento giuridico crea i rapporti, non li presuppone. L'oggetto del diritto è posto in essere dal diritto stesso, non ricavato dalla reale ricognizione degli oggetti esterni. I nessi reali tra la società e l'ordinamento giuridico vengono depennati da un approccio come quello kelseniano che lascia nella completa oscurità il tema cruciale della genesi dell'ordinamento che per essere completo ossia efficace non può essere solo valido o coerente.

La definizione della scienza sociale in Kelsen adotta canoni di tipo fisicalista:

«La sociologia, in quanto si occupa di questa realtà, quale determinata da leggi causali, è un ramo della scienza naturale»².

Per evitare le insidie della riconduzione dell'analisi giuridica alla sociologia, Kelsen suggerisce di considerare la società «come ordinamento normativo»³. Sulla via della specificità dell'oggetto della scienza giuridica, Kelsen arriva alla depurazione della nozione di società da ogni residuo naturale (economia) e al potenziamento dei connotati formali e normativi come i soli rilevanti per la coerenza logica dell'ordinamento. Questa configurazione ideale della società come ordinamento

¹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 10.

² IDEM, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, p. XXIV. Sul tema cfr. IDEM, *Tra metodo giuridico e sociologico*, cit. Secondo A. ROSS (*Diritto e giustizia*, Torino, 1965, p. 12) «la distinzione radicale di Kelsen» fra essere e dover essere, validità ed efficacia, «cade dalle fondamenta». A suo avviso «facendo della validità una relazione internormativa (derivando la validità di una norma dalla validità di un'altra), Kelsen si è preclusa la possibilità di arrivare al cuore della validità del diritto, cioè al rapporto fra un contenuto normativo ideale e la realtà sociale» (*ibidem*, p. 168). Considerazioni critiche sulla risoluzione kelseniana del rapporto tra validità ed efficacia, norma e comportamento, anche in H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, p. 122.

³ IDEM, *La dottrina pura del diritto*, cit. p. 94. Sul nesso tra questo approccio kelseniano, circa la impossibilità di costruire sistemi di norme dai fatti, e l'impostazione di Hume cfr. J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996, p. 440. Sul tema cfr. A.G. CONTE, «In margine all'ultimo Kelsen», in R. GUASTINI (a cura di), *Problemi di teoria del diritto*, cit., p. 197.

giuridico coattivo determina l'allontanamento di ogni riferimento oggettivo alle relazioni produttive dell'economia che non godono di alcuna consistenza al di fuori dell'artificio della norma. La società si risolve nella volizione giuridica, si condensa in riferimenti formali astratti sganciati dalle istituzioni empiriche della vita associata. Kelsen evidenzia i tratti giusnaturalistici delle varie tendenze giuridiche che approdano in un dualismo di fondo che fissa precedenti rapporti economici sui quali si depositano i successivi interventi statali.

La dissociazione tra economia (come *locus naturalis*) e politica (come *locus artificialis*) viste come due entità separate conduce alla visione del diritto statale come di un'aggiunta successiva che guarda al mondo sociale e lo riconosce nella sua autonomia limitando il campo di intervento della norma giuridica che si ritrova con funzioni del tutto negative. Kelsen persegue un'impostazione monista che assegna alla norma la capacità di fondare rapporti che resterebbero senza alcun rilievo se confinati in un preteso ambito pregiuridico. La proprietà non è un rapporto sociale indipendente ma una norma che pre-constituisce gli schemi di funzionamento delle relazioni. Il criterio kelseniano confida sul carattere dirimente della coercizione, poiché è impensabile un autosufficiente rapporto economico che fonda da sé la proprietà basandola sul mero accordo tra privati che operano in ragione di buona fede e di reciprocità. La proprietà diventa una realtà giuridica solo grazie alla norma oggettiva che predefinisce i comportamenti ipotetici in relazione ai beni e si configura come ordine terzo che non può contare solo sulla intermittente buona fede e sulla reciprocità che non è in grado di eliminare ogni elemento di incertezza. Non è accettabile per Kelsen una presentazione dell'economia come insieme di fenomeni extranormativi.

La proprietà viene inserita dalla dottrina pura entro la cornice sistematica della forma la quale oltrepassa le ristrettezze della tradizione romanistica che fissa la proprietà come riferita a cose corporali (*res quae tangi possunt*) ed esclude cose incorporeali (azioni, titoli, credito). La proprietà è inconcepibile al di fuori dell'ordinamento, essa consiste in richiami prescrittivi cui lo Stato assicura un fondamento giuridico positivo coprendo anche proprietà di beni non provvisti di materialità corporea. Il nesso tra sistema normativo vigente e rapporto economico per Kelsen rimanda al carattere fondante della norma. La norma in virtù della sua coercibilità assicura prevedibilità, ordine regolare a rapporti altrimenti precari, non durevoli, effimeri. Per Kelsen tuttavia lo spessore funzionale della norma non si dilegua e il diritto privato è «quel complesso di norme al cui centro è l'istituto giuridico della proprietà individuale o privata» la cui funzione è quella di offrire «una forma di produzione di norme giuridiche individuali adeguata al sistema economico capitalistico»¹. Con un colpo di prestigio, le pure procedure, la logica formale di un sistema di comandi validi, sono anche sostanza reale, contenuto materiale. Non più puro dover essere, ma concreto modo di esistenza. La norma non è funzionale al sistema sociale semplicemente perché lo crea proprio essa con i suoi dover essere.

La logica della pura norma è così anche realtà dell'essere sociale. La norma valida produce gli assetti del sistema sociale, non è solo forma coerente. La norma dunque istituisce il regime della proprietà nella misura in cui la tutela da assalti con efficaci rimedi inibitori, risarcitori, restitutori, reintegratori. Anche Kelsen coglie alla fine il nesso funzionale tra dover essere formale ed essere sociale ma al caro prezzo di spezzare la coerenza di un sistema di norme che pretendeva costruire come puro. Ora

¹ IDEM, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 315.

che però raggiunge la completezza entrando in contatto con il piano dell'essere reale il sistema diventa incoerente con i suoi postulati.

La coerenza del sistema impone al normativismo di essere incompleto, di divaricare cioè il dover essere racchiuso nella forma dalla concreta vicenda storica o principio di effettività. La forma generalizzante ed astratta posseduta dalle norme giuridiche è per Kelsen un'acquisizione meramente tecnica che nulla ha a che fare con i rapporti reali che si avvalgono del diritto come mediazione efficace. Riconoscendo il connubio tra norma e sistema economico, Kelsen contravviene al suo assunto per cui il fenomeno giuridico che si esprime con sistematici riferimenti normativi è un dato storico, non funzionale al moderno, bensì una indifferente costruzione tecnica. Insanabile è la frattura che si apre nella dottrina pura. Il punto di partenza è che la norma, emanata secondo le regole della mera validità formale, non è legata ai tratti specifici del moderno che esalta il negozio quale autonomo regolamento degli interessi privati.

Per Kelsen cioè la disposizione generalizzante del diritto è una conquista tecnica, non un istituto storico funzionale a specifici rapporti sociali che affida ai singoli la competenza dispositiva sui privati interessi. Il punto di approdo è nondimeno che lo stesso Kelsen non può negare, in forme però estrinseche e contraddittorie rispetto ai suoi postulati, il legame tra l'impianto del diritto-norma che istituisce l'ordine giuridico dei rapporti ed una economia di mercato che funziona tramite la disciplina dei negozi. Il problema della storicità della forma che definisce un ordine giuridico normativo, ossia la sua interconnessione con gli istituti sociali del moderno, è per Kelsen un falso tema. Le astratte dimensioni regolative del diritto che stabilisce i criteri formali dei rapporti sociali sfuggono a determinazioni storiche essendo l'aspetto normativo legato ai connotati tecnici della sfera regolativa.

Perché però sia possibile una norma generale enucleata da un ordinamento oggettivo o possa affermarsi la forma del contratto come grammatica dei rapporti di volontà stipulati da un astratto soggetto di diritto occorre – e qui l'appuntamento con Marx è inevitabile – che compaiano relazioni sociali affrancate da status e appartenenze ascrivibili. Solo entro rapporti di individui astratti, perché sganciati da comunità, può maturare una legge generale come specifica forma logica di rapporti contrattuali stipulati da soggetti giuridici astratti. Kelsen non nega che possa esserci un legame tra norma e istituti sociali, rigetta però l'equiparazione tra diritto ed economia sostenendo che nessuna privata autonomia è pensabile al di fuori dell'ordine giuridico che delimita con la sua disciplina prescrittiva gli spazi, gli effetti e i limiti del negozio. Dal momento che il conflitto di interesse fra le parti non può essere sciolto senza una composizione prevista dalla legge (che determina la liceità, gli effetti giuridici e legittimità del negozio), egli precisa:

«L'opinione che il diritto è il risultato dei rapporti economici – non identico ad essi – è del tutto compatibile con una scienza specifica del diritto diversa da una teoria dell'economia, e con una definizione del diritto come sistema di norme o ordinamento normativo»¹.

¹ IDEM, *La teoria comunista del diritto*, cit., p. 124. Sul problema cfr. anche IDEM, *La teoria politica del bolscevismo*, Milano, 1981, pp. 46-53; L. COLLETTI, *Tramonto dell'ideologia*, Roma-Bari, 1980, pp. 165-185.

La ricognizione del diritto come norma esclude i vizi del soggettivismo estremo (credenza per cui dalla sola autonoma volontà delle parti scaturisce un vincolo giuridico per le parti) ed è però compatibile con l'indicazione di una qualche connessione con l'economia.

Per Kelsen si tratta di un rapporto di fatto, non logico strutturale poiché egli rigetta il senso della storicità che inquadra il sistema astratto delle forme giuridiche come espressione di un particolare assetto sociale. Dal punto di vista logico, il rimprovero che Kelsen muove all'indirizzo di Marx è quello di scambiare una «reale opposizione di interessi» (paragonabile al «rapporto di due forze fisiche agenti in direzione opposta senza nessuna contraddizione logica») per una «contraddizione logica»¹. Per Kelsen le norme, in quanto statuizioni di un dovere correlato ad un atto di volontà, non sono né vere né false ma soltanto valide, ossia sono prescrizioni che ambiscono ad essere puntualmente osservate. La caratteristica della positività (il diritto come insieme di «norme poste attraverso atti di volontà») è di legare la norma alla mera volontà senza riferimento ai valori, alla natura obiettiva delle cose². Per questa diversità tra validità ed esistenza mentre è impossibile che due asserzioni contraddittorie tra loro siano entrambe vere è del tutto plausibile che «due norme tra loro configgenti siano entrambe valide». Pertanto «un conflitto fra le norme è completamente diverso dalla contraddizione logica», esso infatti somiglia di più «ad un contrasto di forze che può essere colto senza alcuna contraddizione» che non ad una hegeliana contraddizione logica³.

Il nodo dell'approccio marxiano, precluso ai rilievi di Kelsen, è che proprio la dimensione normativa del diritto costituisce la sua storicità. Ciò significa non che l'economia e il diritto coincidano ma che già a livello delle relazioni economiche occorre postulare la presenza di riconoscimenti normativi in grado di organizzare e riprodurre nel tempo le transazioni dei soggetti privati e di consentire le azioni a difesa della proprietà e di altri diritti reali. Con la responsabilità civile (oggi è visibile l'ampliamento della nozione di illiceità con categorie nuove come il danno biologico, il danno esistenziale o all'identità personale), l'ordinamento offre protezione pubblica agli interessi collegati alla proprietà e consente il risarcimento, la tutela tramite azioni petitorie, azioni inibitorie.

L'economia di mercato per Kelsen richiede moduli formali, proposizioni normative per disciplinare i rapporti tra i soggetti giuridici che non possono esaurire i loro interessi nella sfera della competenza dispositiva privata (autonomia) e invocano una esplicita competenza normativa di ambito legale-generale (eteronomia). Le relazioni sociali che fondano la regolamentazione coercitiva del diritto esigono disposizioni tipizzanti per la loro prevedibilità nel tempo e non possono confidare in contingenti *naturalia negotii*. Il diritto di proprietà, in quanto istituto sociale, rimanda alle forme dell'economia. Ma in quanto organizzazione formale, il diritto di proprietà, al di là del momento contrattuale affidato ai singoli, è rivestito con le tecniche specifiche di un impianto normativo astraente. Le forme astratte di regolazione sociale (competenza normativa dell'ordinamento legale) sono indispensabili per il funzionamento e per l'efficace protezione di un istituto, quello della proprietà, che non può essere sottoposto a criteri transeunti, a rivestimenti solo congiunturali, ma richiede forme

¹ H. KELSEN, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, cit., p. 152.

² IDEM, «Recht und Logik», *Neues Forum*, no. 2, 1965, p. 422.

³ *Ibidem*.

stabili nel tempo. La norma imperativa inderogabile assicura all'economia moderna un meccanismo tecnico che fonda aspettative certe, disegna un tratto di oggettive regolarità cui rinviano le stesse disposizioni del contratto.

Il connotato tipico-astreaente della norma giuridica positiva, si rivela una efficace tecnica sociale indispensabile per inquadrare entro un sistema prevedibile la dinamica vita moderna che esige contratti standard, schemi uniformi dai contenuti reali predeterminati. Il punto di debolezza dell'indagine di Kelsen non risiede certo nel rigetto di una sbrigativa «interpretazione economica della realtà sociale» ma nella proposta di «una interpretazione normativa dei fenomeni sociali»¹ che non ha un senso della propria storicità. E' evidente che ogni riduzione economica delle componenti formali trascura che è pur sempre attraverso disposizioni normative che il sistema materiale può organizzarsi e funzionare. Su questo la lezione di Kelsen è ineludibile: la norma prescrive le azioni reali di rivendicazione, di accertamento della proprietà, i limiti ed gli obblighi di ogni rapporto materiale, ed elimina le situazioni di incertezza sulle cose fissando modi di tutela giudiziaria della proprietà. Ma trasparente pure è che il limite di un approccio normativista, che si pretende puro e autonomo dalle componenti storiche, è quello di trascurare che le norme tipizzanti servono pur sempre per il riprodursi di istituti sociali provvisti di una spiccata dinamicità. Un sistema normativo è valido perché funziona nel soddisfare le esigenze di un sistema di produzione dei beni che non ha alla sua base il comando o una componente repressiva sugli agenti del mercato ma la mediazione formale, la tecnica del contratto e della volontà alienabile.

Quando Pashukanis rimprovera Kelsen di aver operato «una completa rottura con la realtà» e di precipitare in un «formalismo estremo» non si avvede che il recupero di concretezza non si realizza con la descrizione dei fatti reali che in maniera estrinseca sporcano la purezza della norma ma mostrando il legame con il moderno impianto della proprietà di un sistema di idee o forme tipizzanti. A questo esito il giurista sovietico non perviene per la incomprendenza dello Stato e della sua produzione giuridica. Scrive Pashukanis:

«Nel diritto, di cui Kelsen considera quale espressione più alta la legge statutale, il principio del dover essere agisce in forma indiscutibilmente eteronoma, del tutto svincolata dal fatto, da ciò che è»².

¹ IDEM, *La teoria comunista del diritto*, cit., p. VII. Scrive Bobbio che «il giurista non può trascurare, sotto pena di cadere nel più arido verbalismo, la materia grezza da cui ogni norma è derivata, cioè fuor di metafora, gli interessi individuali e collettivi il cui equilibrio costituisce il fine precipuo di un ordinamento giuridico» (N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., p. 153). Un legame tra società e sistema giuridico non può essere negato poiché «il diritto disciplina relazioni economiche tra consociati facendo corrispondere a ciascuna un particolare rapporto giuridico» (N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, cit., p. 102).

² E. PASHUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 64. L'approccio di Kelsen rigetta ogni raffigurazione del diritto come struttura dei rapporti sociali moderni perché è indifferente alle cadenze storiche e a qualsiasi tema relativo alle funzioni della norma. Esiste una branca del diritto, quello commerciale, che non è di derivazione strettamente statale, anzi la sua genesi storica è consuetudinaria e pattizia; dapprima compare l'accordo dei privati spinti da pratiche necessità economiche e solo ex post interviene la recezione dell'ordinamento statale (T. ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 32).

Il problema di Pashukanis è di reagire ad approcci formali, che hanno il proposito di negare che il rapporto di produzione abbia una sua consistenza oggettiva, e che l'assetto proprietario si presenti come il risultato di decisioni politiche. Questo timore gli preclude di inserire lo Stato quale elemento rilevante nell'esplicazione del nesso tra economia e diritto. L'intervento dello Stato, gli pare, nelle sue dimensioni eteronome, come un impedimento rispetto alla lineare riconducibilità del diritto civile ad un rapporto economico di produzione o autonomia della volontà privata.

Kelsen giudica del tutto ideologiche le raffigurazioni dello Stato come garante «dell'interesse generale», come istituto che garantisce la «realizzazione di un comune interesse»¹. Dinanzi alla comparsa del «diritto promozionale» che non prevede sanzioni ma aiuti e incentivi nel campo della vita economica e sociale, appare «una concezione minima o limitata dello Stato» quella che lo interpreta come mera organizzazione della forza². Non è sufficiente la sola analisi della struttura dell'ordinamento giuridico perché la funzione sociale del diritto emerge con dirimente nettezza. La novità di Kelsen risiede «nella rappresentazione dell'ordinamento giuridico come un sistema che ha una certa struttura»³ anche se ciò lo induce alla dimenticanza della storicità o dell'analisi funzionale. Sulla necessità di un congedo dal giusnaturalismo, e sulla debolezza del puro positivismo nel porsi il problema dei «criteri di valutazione che sono compresi nel termine generico di giustizia», convengono anche seguaci di Kelsen⁴.

Lo Stato come ente normativo che decide sfugge alla determinazione della vita economica colta come rapporto di produzione scevro di ogni componente formale. Il sistema giuridico di origine statale non appare al giurista sovietico come un dato reale, ma come un problema che mette in questione la possibilità di infrangere la purezza della costruzione normativa. La concretezza del diritto privato, che mostra il proprietario indaffarato nell'attività economica, viene a mancare nell'ambito del diritto positivo dello Stato entro cui tutto è dover essere, forma, ordine logico. Pashukanis non riesce così a mostrare la storicità dello Stato come produttore del moderno diritto formale e artefice di un sistema di norme generali. L'aspetto sociologico del diritto in lui scompare quando si parla dello Stato che diventa forma dell'ideologia e non anch'esso una funzione per la riproduzione di una società che produce merci e presenta interessi differenziati.

Kelsen fa notare come il fatto che

«il diritto sia un ordinamento sociale per la risoluzione di conflitti di interessi non è una ragione sufficiente per identificare il diritto con il diritto privato, vale a dire per negare qualsiasi carattere giuridico a quella parte del diritto che è solitamente chiamata diritto pubblico»⁵.

¹ H. KELSEN, U. CAMPAGNOLO, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, Milano, 1999, p. 282.

² N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 67.

³ *Ibidem*, p. 176.

⁴ IDEM, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 71.

⁵ H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, cit., p. 147. Del resto «non è storicamente corretto applicare agli organismi prestatuali la nozione per così dire prepostera, di interessi di diritto privato» (G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, Napoli, 1989, p. 167). Una maggiore attenzione alla unità di diritto, economia, sociologia si rintraccia in un antagonista di Kelsen, Schmitt (*Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 295). Per Schmitt economia e diritto si intrecciano poiché condividono il processo di «prendere, dividere, produrre», evocano l'agire economico, l'utilizzazione e la produzione dei beni (p. 298).

È di sicuro una forzatura di Kelsen quella di coinvolgere Marx negli schemi riduttivi di Pashukanis. Lo Stato in Marx è presente, nello schema del moderno esso compare anzi in una duplice veste. La prima è quella di un ordinamento oggettivo che dispone di norme e sanzioni indispensabili per l'attività economica: in tanto il proprietario ha cose, in quanto l'ordinamento giuridico dispone non solo la legittimità dell'appropriazione dei risultati della prestazione del lavoro, ma considera come illecito da perseguire mediante sanzione ogni turbativa alla condotta del soggetto proprietario. La seconda veste è quella dello Stato come dimensione pubblica che costruisce, oltre alle tecniche del diritto privato contrattuale, anche uno specifico campo del diritto amministrativo, del diritto costituzionale, del diritto penale, ossia un ventaglio di regole che è impossibile inquadrare come atti di volontà o contratti tra le parti sociali. Non soltanto la specifica mediazione normativa offerta dallo Stato è necessaria per rendere di rilevanza giuridica il fenomeno empirico dell'appropriazione. Ma con il sistema giuridico pubblico è possibile anche allestire un quadro istituzionale più complesso nel senso che il cittadino copre uno spettro più ampio d'azione che non il semplice *homo oeconomicus*.

Lo sforzo di Pashukanis – non di Marx – è quello di negare l'esistenza di una autentica sfera pubblica e di ricondurre lo stesso diritto penale entro una cornice privatistica. A suo avviso:

«Lo sdoppiamento che porta la medesima autorità statale ad operare come parte (pubblico ministero) e come giudice, chiarisce che il processo penale, in quanto forma giuridica, non si può scindere dalla persona del danneggiato che richiede una retribuzione, e quindi è inseparabile dalla più generale forma del contratto»¹.

Il proposito di Pashukanis è di evidenziare che in una società attraversata dal conflitto di interesse ogni ramo dell'organizzazione giuridica obbedisce al principio generale della subordinazione del bene pubblico alle spinte private. Egli perviene così ad inquadrare lo stesso diritto penale come esito di un contratto tra soggetti privati.

Nello sforzo di demistificare la pretesa apertura pubblica delle tecniche di procedura penale, Pashukanis nega che la comunità statale possa essere protagonista di un'azione per la tutela di un qualche interesse collettivo. Egli in tal modo accomuna la caratteristica del procedimento pubblico per azionare i dispositivi della sanzione penale e le tecniche risarcitorie adottate nel diritto civile, ambito dove l'interesse individuale calpestato richiede la reintegrazione di una pretesa legittima. Non è però il privato offeso da un'azione illecita a cercare nella sanzione penale un risarcimento proporzionato alla gravità del reato subito. La tendenziale privatizzazione del diritto pubblico perseguita da Pashukanis nasconde uno scetticismo insuperabile sulla possibilità di allestire nel moderno una sfera pubblica capace di esprimere una regolazione giuridica astratta entro cui può svolgersi un conflitto tra gli interessi.

¹ E. PASHUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 185. Nelle precisazioni di Kelsen sulla aleatoria formula della dichiarazione di volontà si rintracciano i segni di una battaglia «contro la confusione dei due profili, psicologico e normativo» (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 63). Occorre tener presente che «la volontà della legge è volontà obiettiva e dunque niente affatto volontà psicologica, ma volontà soltanto astrattamente ipostatizzata» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 14).

L'ordine normativo del mercato

La negazione degli aspetti normativi o pubblici del sistema giuridico conduce ad una visione del fenomeno politico come dispositivo ingannevole che tende ad una deliberata azione di manipolazione. Il giurista sovietico scrive che

«i diritti pubblici soggettivi sono gli stessi diritti privati risorti e parzialmente modificati (e, quindi, anche interessi privati) che invadono una sfera in cui a dominare avrebbe dovuto essere l'interesse generale spersonalizzato, riflesso nelle norme del diritto oggettivo»¹.

L'impossibilità di un ambito pubblico e generale è per lui documentata dall'insopprimibile natura privata della società moderna sulla cui base il pubblico è solo un'illusione a conferma della presenza «di costruzioni forzate, artificiose ed unilaterali fino all'inverosimile, proprie del diritto pubblico»². Alla plastica trasparenza del diritto privato, che vede l'agire del soggetto proprietario, si oppone il castello di illusioni edificato nelle dottrine del diritto pubblico, che ricorre alla costruzione fittizia del soggetto quale cittadino.

Il nodo del contendere è l'incastro genetico di norma pubblica e società perché sul nesso tra diritto privato e capitalismo neanche Kelsen si mostra riluttante: il diritto privato

«è la tecnica specifica dell'ordinamento giuridico capitalistico, in quanto garantisce le istituzioni della proprietà privata e tratta quindi con particolare riguardo gli interessi individuali»³.

La purezza dell'ordinamento non impedisce di riconoscere nella tipologia del diritto civile o commerciale la relazione stretta tra la tecnica di regolazione e gli interessi sociali. A questo rilievo che neanche Kelsen refuta, Marx aggiunge che proprio il suo presentarsi come «puro», come sistema di regolazione giuridica astratta, garantisce la funzionalità storica al rapporto economico di mercato. L'atto tipizzante è funzionale ai fenomeni empirici.

Pashukanis riesce a risolvere il problema della connessione tra pubblico e privato, tra istituto normativo e sistema economico concorrenziale solo escludendo la pensabilità di una sfera pubblica mediata dalle forme del consenso. Deve per questo espellere la nozione di sfera pubblica attribuendole una pura funzione ideologica deformante: «I diritti pubblici soggettivi operano come un qualcosa di effimero»⁴. In tale ottica, egli ammette in sostanza che siano possibili rapporti interpersonali senza l'intervento della mediazione tipico-astraente e nega la pensabilità stessa delle politiche pubbliche con le quali lo Stato garantisce la riproduzione di economie di mercato. Il sistema di Kelsen è più complesso. Egli scorge nelle forme della democrazia

¹ E. PASHUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 114.

² *Ibidem*. Un giurista sensibile al nesso tra diritto e sviluppo economico avverte che «le norme vengono poste in relazione alle esigenze della vita consociata e non in via di sviluppo logico da azioni prestabilite; la loro spiegazione si ritrova sul terreno della storia e non su quello dell'armonia logica» (T. ASCARELLI, *Saggi di diritto commerciale*, cit., p. 482).

³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 159.

⁴ E. PASHUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 114.

un compromesso tra l'idea di autogoverno e le esigenze economiche della divisione sociale del lavoro. Le ragioni della proprietà urtano con le aspettative di autogoverno e di giustizia sociale. Kelsen vede un terreno mobile, una frontiera aperta all'esito di un conflitto sociale che richiede lo sviluppo di peculiari interferenze tra discipline pubblicistiche e diritto privato.

Il mercato non può consistere solo in un processo economico produttivo sganciato dal ruolo del pubblico. Le decisioni pubbliche, la norma astratta non sono semplici maschere deformanti che nascondono i rapporti economici nel loro volto oppressivo. Per Pashukanis l'unificazione normativa dello Stato, l'attivazione delle forme del consenso o del diritto potestativo che permette il recesso dal contratto, servono solo per confondere i tratti peculiari dei rapporti materiali di dominio. Pashukanis non riesce in tal modo a rispondere al suo stesso quesito:

«Perché il sistema della coercizione statale non si determina già come apparato privato della classe dominante, ma assume caratteri distintivi di apparato pubblico impersonale, separato dal corpo della società?»¹.

Quando spiega la presenza della sfera pubblica come mero «uso consapevole delle forme dell'ideologia» Pashukanis si preclude la comprensione del nesso tra la volizione giuridica statale e la società atomizzata i cui rapporti vengono azionati da liberi soggetti giuridici. La riproduzione di una società di privati esige, per Marx, la mediazione di forme astratte, di procedimenti tipico-astraenti e per questo si avvale di un diritto pubblico generale e delle istituzioni della rappresentanza. Certi approcci marxisti conducono invece alla completa dimenticanza del momento normativo.

Per questo Kelsen ha buon gioco a rimarcare che

«come il diritto soggettivo non è l'interesse tutelato dalla norma giuridica, bensì è la tutela insita in questa norma stessa, così il rapporto giuridico non è un rapporto sociale, cui le norme attribuiscono una certa configurazione esteriore, quasi un contenuto rivestito di una forma giuridica, bensì questa forma stessa, cioè un rapporto costituito anzitutto mediante norme giuridiche»².

Non è affatto dato un rapporto economico indipendente al quale il diritto attribuisce *ex post* una forma specifica. Senza ordinamento giuridico non potrebbe esserci proprietà, e ogni rapporto economico colto nelle sue espressioni più complesse è costituito da norme. Come rapporto sociale rivestito di normatività la proprietà è un istituto giuridico, ossia un complesso di norme che conferiscono doveri per non incorrere in fatti illeciti e precisano diritti soggettivi nei confronti del portatore dell'interesse protetto. Al di fuori del sistema di norme che costituisce le relazioni per Kelsen «non esiste alcun altro rapporto giuridico». I rapporti sociali sono istituiti,

¹ *Ibidem*, p. 150. Lo stesso Pashukanis avverte che «l'autorità che interviene a garantire questi rapporti si trasforma in una autorità sociale, in un potere pubblico, che asseconda l'impersonale interesse dell'ordine» (*ibidem*, p. 148). In Kelsen l'atto illecito da individuare e la sanzione da comminare sono al centro del diritto. La capacità di cogliere l'ampiezza del fenomeno giuridico è così ristretta che «perfino le situazioni giuridiche, come per esempio i diritti soggettivi, vengono configurate da Kelsen come presupposti dell'applicazione della sanzione» (L. FERRAJOLI, *Principia juris*, Roma-Bari, 2007, p. 274).

² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 192.

non potrebbero esserci senza le rappresentazioni giuridiche che determinano i motivi dell'agire. Ma Kelsen non si limita a questa asserzione, per cui il dato economico merita di essere qualificato, egli fa volatilizzare i rapporti sociali entro gli schemi normativi.

Chiudendo i conti con Pashukanis, Kelsen gli rimprovera la caduta in una negazione del fenomeno giuridico come dimensione normativa dotata di consistenza tecnica:

«Il diritto viene identificato con la società, e la società con l'economia. Non ci può quindi essere affatto un diritto differente dall'economia»¹.

I diritti soggettivi si presentano, come già nei giusnaturalisti e negli economisti classici, come indifferenti alla norma e situati in uno spazio vuoto di ordine giuridico. Contro ogni offuscamento dell'ordinamento quale astratta forma conformatrice, Kelsen mette in guardia dalla «cecità di una teoria sociale, che vede tutto soltanto nel grigio dell'economico»². In realtà il dato economico racchiude già entro di sé la conformazione giuridica e la norma è da assumere come componente strutturale di ogni ordine economico. Per la comprensione dei livelli formali della decisione occorre prestare maggiore attenzione ai connotati pubblici del diritto oltre che al diritto privato nel quale i singoli determinano gli atti destinati a produrre effetti giuridici. Il diritto non è solo quello che suppone il contratto tra le parti private per ottenere una mediazione tra i diversi interessi, ma è anche norma organizzativa rivolta al tessuto generale della vita pubblica e sociale.

La struttura normativa del comando e la fondazione consensuale del potere sono la peculiare espressione del diritto pubblico che obbliga ad una considerazione del diritto che non può arrestarsi al semplice momento della volontà di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici patrimoniali. La precisazione di Kelsen è che

«il diritto non è un sistema di rapporti sociali ma è, almeno in parte, un complesso di norme giuridiche emanate allo scopo di garantire o proteggere certi rapporti sociali»³.

Non basta l'accordo tra le parti private operanti nel mercato e la volontà delle parti di produrre effetti giuridici a contenuto patrimoniale (proprietà, vendita, donazione), occorre anche un ordinamento in grado di proteggere le relazioni intersoggettive con sanzioni e divieti in caso di inadempimenti accertati. La critica di Kelsen coinvolge anche il mito liberale del diritto privato come piena autodeterminazione degli individui visti come soggetti giuridici, oltre al credo socialista che il contratto operi tra i soggetti della circolazione come fattispecie produttrice di condizioni di diritto. Per

¹ *Ibidem*, p. 96.

² IDEM, *Socialismo e Stato*, cit., p. 101. Kelsen con l'economico esclude anche quella che Carnelutti (*Teoria generale del diritto*, cit., p. 41) chiama la recettività etica del diritto positivo chiamato ad incorporare un «minimum etico». A Kelsen sfugge che «il diritto ha una posizione intermedia tra l'etica e l'economia» (*ibidem*, p. 21). Proprio la categoria giuridica del contratto «ha un suo referente reale nell'atto di scambio e la regolazione legislativa del contratto è il più diretto rapporto con con la realtà della vita economico-sociale» (F. GALGANO, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 2006, p. 22).

³ H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, cit, pp. 97-98.

Kelsen nessuno può attribuire diritto a se stesso e l'accordo tra le parti o tra soggetti idonei a divenire titolari di situazioni è valido solo «nella misura in cui il contratto è riconosciuto dal diritto positivo come fattispecie produttrice del diritto»¹. Ciò significa che solo il diritto positivo conferisce determinazione giuridica al negozio e definisce la qualificazione soggettiva processuale (*legitimitatis ad processum*) e che pertanto «anche nel diritto privato non esiste una piena autonomia». La distinzione tra diritto privato e diritto pubblico non corrisponde alla separazione tra autonomia (dei privati) ed eteronomia (del pubblico) dal momento che anche il campo del contratto è presidiato da norme poste da autorità eteronome.

Anche su questo piano Kelsen smaschera la «funzione ideologica» della nozione del soggetto giuridico come titolare di diritti nell'atto di scambio. Questa teoria

«serve a sostenere la concezione che il soggetto giuridico, titolare del diritto soggettivo (cioè della proprietà privata), è una categoria trascendente, contrapposta al diritto oggettivo, cioè positivo, umano e mutevole, un'istituzione in cui la determinazione del contenuto dell'ordinamento giuridico incontra un limite insuperabile»².

Il soggetto è titolare di diritti solo in quanto ha, in virtù di una norma, gli strumenti giuridici per adire gli organi cui spetta la somministrazione della sanzione e in tal modo si serve di una norma posta dall'ordinamento oggettivo per tutelare un interesse particolare nella vita economica e sociale. Per Kelsen la proprietà non è un diritto soggettivo assoluto, poiché la legittimazione del possesso non si fonda su una relazione diretta con la cosa posta al riparo da ogni rapporto con altri soggetti, ma su una pretesa di astenersi dalla cosa rivolta dal sistema giuridico agli altri per ottenere un determinato contegno di non ingerenza rispetto al bene goduto. L'ordinamento oggettivo conferisce al singolo privato un diritto soggettivo per tutelare l'interesse individuale e fissare limiti nelle azioni dei destinatari della norma sotto forma di doveri giuridici.

Il soggetto del diritto (proprietario, creditore) per godere della cosa (*ius in rem*) si rapporta ad altri soggetti (non proprietari, debitori) su cui gravano doveri e obblighi (*ius in personam*) e fa dipendere solo dal consenso la creazione o estinzioni dei rapporti giuridici in un quadro organizzato dall'ordinamento giuridico statale. La costruzione di Kelsen riconduce in sostanza il diritto soggettivo al diritto oggettivo che offre la qualificazione giuridica dei comportamenti reciprocamente attesi in ogni fattispecie di obbligazione. Non esiste altro che la norma dello Stato con la quale la sfera pubblica di carattere eteronomo attribuisce alla proprietà la dimensione socialmente accettabile grazie alla doverosità di prescrizioni normative. Limiti e spazi d'azione della proprietà sono definiti dalla stessa norma positiva. Ogni interesse diventa giuridico ossia preso in considerazione dall'ordinamento solo in virtù di una apposita relazione istituita da una norma del diritto oggettivo. Kelsen non sembra distinguere con nettezza tra ordine giuridico (che proviene dal diritto oggettivo ma non solo da esso, ospita anche

¹ IDEM, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 195. Nel linguaggio del diritto, la parola parte rinvia ad uno «specifico ruolo soggettivo nei fenomeni giuridici» ritagliato da norme che fondano la legittimazione ad agire presso organi giudiziari (C. MANDRIOLI, «Delle parti», in E. ALLARIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, p. 883) E' sempre pubblica la legittimazione processuale dei soggetti privati capaci di stare in giudizio.

² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 195.

norme consuetudinarie, lodi, arbitrati, ermeneutica integrativa) e ordine statale (che ricorre alla forma di legge). Il sistema economico può avere un ordine giuridico (si pensi alla genesi del diritto commerciale) anche se esso non coincide con il diritto positivo di provenienza statale.

DIRITTO PRIVATO E DIRITTO PUBBLICO

Il diritto e l'interesse

L'opera di Kelsen demolisce il concetto di diritto soggettivo inteso come momento indipendente dallo Stato e ritenuto meritevole di tutela nella sua originarietà e suggerisce di passare al diritto colto come una forma pubblica generale che apprezza l'interesse meritevole di tutela o di rivestimento giuridico. Cade, in questa raffigurazione, il soggetto come ambito indipendente dalla sfera del diritto e lo stesso concetto di interesse perde ogni rilevanza sociologica per acquisire un rivestimento giuridico. La nozione di interesse in Kelsen non ha più legami con la percezione individuale di un bisogno o di un desiderio e si presenta come oggetto di una valutazione dell'ordinamento che rivendica «un monopolio dell'interferenza nella sfera di interessi dell'individuo»¹. Su queste basi Kelsen fa dello stesso interesse non un qualcosa di psicologico e di esterno al campo della norma ma il risultato di un investimento normativo che demolisce il paradigma della proprietà come diritto soggettivo assoluto e la propone solo come interesse meritevole di protezione. Ciò significa che anche per Kelsen la fine dell'inquadramento della proprietà come nucleo essenziale del diritto soggettivo coincide con la lettura della proprietà come rapporto istituito dall'ordinamento che discrimina tra i vari interessi e beni. Egli partecipa così al lavoro di superamento dello schema proprietario sostituito da una pubblica valutazione di aspettative, pretese, interessi.

Non esiste un interesse dislocato nel mondo sociale e provvisto di proprie valutazioni e cadenza. L'interesse è il risultato di una valutazione giuridica spettante all'ordinamento. In Kelsen è forte la cautela teorica sulla nozione di diritto soggettivo che di solito viene anteposta all'idea di obbligo giuridico come il regno di un interesse che il singolo invoca quale sua esclusiva pertinenza.

«E ciò pur essendo l'obbligo giuridico la forma di manifestazione del diritto di gran lunga la più importante, addirittura quella primaria, la più originaria e propria»².

L'interesse ha un senso solo se rivestito da obblighi e concessioni legali. L'interesse non è quella dimensione esterna al diritto e coincidente con l'economia ma è una costruzione giuridica anch'essa che rimarca il primato dell'ordinamento oggettivo.

La formalità della volizione giuridica statale indica un piano pubblicistico del diritto che appare irriducibile alle transazioni dei soggetti privati impegnati nei rapporti sociali ed economici. Kelsen rinviene un contenuto ideologico nella teoria del diritto privato inteso come autonomia contrattuale che esalta il momento della

¹ IDEM, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 22.

² IDEM, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, cit., p. 358.

volontà delle parti o lo *ius domini* declinato come semplice potere sulla cosa, empirica *possessio* o concreta utilizzazione del bene al riparo dagli schemi dei diritti reali. La supposizione gratuita che domina nella dottrina del contratto è che l'incontro delle parti avvenga sempre nella piena ed esclusiva libertà privata di regolamentazione che, in quanto tale, non implica alcuna ricaduta sugli altri (trascurando che lo stesso inadempimento contrattuale non si esaurisce nel puro ambito dei soggetti direttamente coinvolti nella transazione). In realtà la soddisfazione delle reciproche aspettative, affidata all'autonomia contrattuale dei singoli, suppone la comparsa di costi sociali consegnati ad una pubblica valutazione discrezionale. L'ordinamento è dunque sempre chiamato in causa nel predisporre una efficace disciplina dell'inadempimento che scavalca la pura autonomia contrattuale dei soggetti del mercato impegnati nella definizione di rapporti obbligatori così come la univoca manifestazione di volontà sulla cosa. Affrancata dalle determinazioni storico-sociali, la norma però diventa in Kelsen una tecnica metastorica capace di delineare l'organizzazione giuridica di qualsiasi contenuto sociale. Proprio sulla base di questo potenziamento del carattere metatemporale, o generico, della struttura formale-normativa, Kelsen respinge ogni approccio sociologico ritenuto inadeguato per il chiarimento dei più nodosi problemi giuridici.

A questo riguardo, il giurista praghese avverte:

«Il fatto che ordinamenti sociali di tenore così straordinariamente diversi, in vigore in tempi differenti e tra i più diversi popoli, siano tutti chiamati ordinamenti giuridici può far supporre che questo termine sia pressoché privo di significato. Che può avere in comune il diritto dei babilonesi con il diritto oggi vigente negli Stati Uniti? Che può avere in comune l'ordinamento sociale di una tribù di negri dominati da un capo dispotico, con la costituzione della repubblica svizzera? Tuttavia, c'è un elemento comune, che giustifica questa terminologia. Il vocabolo diritto si riferisce alla specifica tecnica sociale di un ordinamento coercitivo, che è essenzialmente la stessa per tutti questi popoli così diversi nel tempo, nello spazio e nella cultura: gli antichi babilonesi e gli Stati Uniti dei giorni nostri, gli Astanti dell'Africa occidentale e la Svizzera in Europa. Si tratta di quella tecnica, che consiste nell'ottenere dagli uomini la condotta sociale desiderata mediante la minaccia di una misura coercitiva per chi tenga la condotta contraria»¹.

Purismo, mito di una norma tecnica senza tempo, e relativismo, esaltazione di costruzioni culturali poliedriche disperse nel tempo, si intrecciano in maniera ineffabile. Il progetto kelseniano di fornire un chiarimento tecnico-formale della norma giuridica affonda così negli abissi del relativismo culturale che accomuna sotto la dizione diritto tutti i fenomeni coercitivi riscontrabili nel tempo. Con questa definizione astratta e generale del diritto, presentato come regola supportata dalla coercizione, sfuggono tutte le determinazioni storiche più significative del fenomeno giuridico e un maldestro principio analogico tende a riassorbire ogni elemento sanzionatorio.

¹ IDEM, *La teoria politica del bolscevismo*, cit., p. 99. E' evidente che «l'elemento chiave di qualsiasi monopolio del dominio, ossia il monopolio della coercizione fisica e dell'esercizio del potere militare, è ormai un'istituzione sociale solida e stabile che si estende su un vasto territorio, mentre nella fase precedente esso si andò formando lentamente, attraverso secoli di lotte, e in un primo tempo soprattutto sotto forma di monopolio privato, familiare» (N. ELIAS, *Potere e civiltà*, cit., p. 200).

La norma, intesa come tecnica sociale di comando e di obbedienza valida ovunque, appanna tutte le differenze esistenti tra i diversi momenti di regolazione giuridica. La norma che proprio Kelsen assume nel suo impianto sistemico coerente per superare il puro scambio di promesse ed impegni intercorrenti tra soggetti, entra in evidente frizione con il criterio identificativo del diritto rinvenuto nella mera coercibilità (anche quella primitiva e dunque non normativa). Ponendo l'accento sugli elementi comuni alle diverse tecniche normative, Kelsen guarda alla coercibilità e al comando come all'espressione peculiare del diritto e sembra così trascurare l'emersione moderna dell'ambito privatistico che espelle ogni traccia della vendetta primitiva prendendo in considerazione solo i risvolti patrimoniali del danno civile arrecato da un privato. Dire però che la legge è sempre una disposizione di volontà, significa poco più che una banale tautologia la quale appanna gli stessi schemi che la norma ritaglia immettendoli in un sistema secondo procedure razionali-formali. Una forma di comando o diritto è sempre esistita, ma la tecnica di regolazione sociale una volta ha assunto i tratti del privilegio, della vendetta un'altra quelli della libertà soggettiva. Attraverso l'esaltazione del carattere generico del diritto come fenomeno legato alla coercizione (con un potenziamento del diritto penale dove il concetto di pena è centrale), Kelsen smarrisce il significato peculiare della norma giuridica positiva che vanta la capacità logico-abstracta e riesce a «legare» le azioni molteplici con le forme oggettive di un sistema coerente di imperativi. L'apertura logico-formale della norma è possibile solo nelle condizioni moderne nelle quali i rapporti tra i soggetti avvengono con scambi di volontà e la legge, non la fisica minaccia di violenza o il costume, lega le volontà, anche quelle riluttanti. Ci sono anche coercizioni irrazionali legate a tradizioni e norme razionali che però se non sono anche effettive, pur senza essere irrazionali, non sono diritto vigente¹.

L'approccio di Kelsen è sordo verso ogni tipologia storico-sociale dei sistemi giuridici. In tal modo però la fondazione di un sistema senza tempo storico sorregge la ricerca di un diritto in generale che porta alla incomprendimento del nesso tra forme giuridiche e differenti strutture della società. I modi d'agire e le strutture dell'esistenza materiale non riguardano il giurista alle prese solo con meccanismi logici indispensabili per pervenire a delimitare concettualmente un sistema. La pretesa di Kelsen è quella di far dipendere solo dalla norma che disciplina i comportamenti l'esistenza reale di interessi e trame sociali. L'essere materiale è una appendice del dover essere logico-formale. Tra i giuristi che si dedicano agli studi storici tuttavia emerge la consapevolezza, estranea a Kelsen, secondo cui «gli interessi e i rapporti che il diritto privato disciplina esistono nella vita sociale indipendentemente dalla tutela giuridica»². Gli interessi privati operano prima di ogni intervento del diritto e, sia pure in assenza di una sanzione giuridica che solo in seguito farà la sua comparsa, i contratti pre-giuridici rivelano una vincolatività connessa alla *bona fides*, alla parola

¹ Cfr. su questo le affermazioni di Pashukanis: «E' solo con il pieno sviluppo dei rapporti borghesi che il diritto acquista un carattere di astrattezza: ogni uomo appare come uomo in generale, ogni lavoro si riduce a lavoro sociale in generale, ogni soggetto si trasforma in soggetto giuridico astratto. Contemporaneamente la norma prende la forma logica definita di una legge astratta» (*La teoria generale del diritto e il marxismo*, cit., p. 132). Prima del moderno «una distinzione tra pubblico e privato non si pone, per il motivo che, in epoca primitiva, nessuna contrapposizione sussiste tra l'unità e le sue parti» (G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, cit., p. 9).

² E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1942, p. 94.

data, alla considerazione sociale¹. Il moderno, è questo l'assillo teorico di Weber e di Marx, non si accontenta di una razionalità assai limitata, e sviluppa l'esigenza di un calcolo economico non più imprigionato da esigenze particolaristiche e da adesioni etico-sostanziali quali motivi dell'accordo tra i soggetti. Lo sforzo della modernità è proteso al raggiungimento delle forme astratte e coerenti del sistema di norme come costruzione storica del tutto funzionale alle esigenze di calcolo e prevedibilità sprigionate dall'economia di mercato sviluppata.

Economia-società-diritto

Kelsen mette in crisi il nesso economia-società-diritto tratteggiato in forme molto differenti da Weber e Marx, ma al prezzo di una concezione del diritto come organizzazione della violenza che accomuna il moderno diritto tipico e astratto con le regole tecniche presenti in una tribù africana. Kelsen sottovaluta che proprio l'impianto astratto del diritto positivo è una peculiare determinazione storica che rende prospettabile la sanzione come una interferenza forzata (e pubblica) nella sfera degli interessi (privati) di un soggetto. L'analisi solo tecnico-formale delle categorie non riesce ad esplicitare la determinazione specifica della norma generale e perde i tratti distintivi del più complesso ordinamento giuridico valido.

Per cogliere il carattere esclusivamente normativo e coercitivo della tecnica giuridica Kelsen esclude ogni nesso tra il connotato positivo della norma e le relazioni sociali. Il diritto come apparato coercibile non è per lui riconducibile agli interessi economici di un'epoca storica particolare. La dottrina pura del diritto intende condurre l'analisi del principale diritto reale tipico, la proprietà, senza una contestuale ricognizione del fenomeno dell'appropriazione. La proprietà, il prototipo del diritto soggettivo, non è un fenomeno empirico della vita economica ma una costruzione astratta, un prodotto della forma. Il diritto come norma non ha nelle asserzioni di Kelsen relazioni con i fatti esterni. La proprietà ha quindi una genesi puramente giuridica, normativa, e la sfera dei comportamenti interindividuali deve essere conforme alle disposizioni astratte. La soluzione di Kelsen prevede un sistema di norme che fondano i rapporti reali. La proprietà pertanto non è un mero rapporto economico, ma un diritto positivo fondato dalla norma oggettiva istituzionalizzata. La proprietà rinvia al sistema giuridico formale non alle traiettorie dell'economico, in un assoluta indifferenza storica e come se fosse possibile organizzare i rapporti giuridici di una società complessa di mercato con la tecnica coercitiva di una età tribale. Evidentemente il tratto sanzionatorio che anche il diritto arcaico incorpora non basta a renderlo valido entro rapporti economici sviluppati. L'ordinamento (ma solo quello astratto e tipizzante della modernità, non quello particolaristico-repressivo del potere premoderno) è la condizione per escludere gli altri dalla disposizione della cosa e fondare il rapporto di proprietà su base giuridico formale.

Solo la determinazione giuridica in età moderna attribuisce alla manipolazione e utilizzazione della cosa un significato giuridico. La proprietà è il risultato delle determinazioni giuridiche solo perché la vita economica non tollera più contratti aleatori, o altre regolazioni a sfondo particolaristico-consuetudinario ed evoca un coerente e prevedibile rapporto giuridico. Il problema di Kelsen è che, appurato il ruolo

¹ *Ibidem.*

organizzativo-produttivo del diritto, trascura ogni indagine dei fatti sociali che, se non raccolti entro gli schemi astratti della norma, perdono ogni oggettiva consistenza. La società non ha rapporti significativi se non quelli previsti dall'ordinamento normativo. Kelsen postula il carattere non naturale, ma solo umano-giuridico della società e della proprietà. Dalla sua nozione di società risultano escluse le componenti che evocano il rapporto uomo-natura (economia) e tutto si riduce alle norme che autorizzano gli individui ad agire attraverso relazioni poste dal diritto oggettivo. La società non è diversa dagli istituti giuridici che garantiscono l'emanazione di norme valide. Kelsen non potrà evitare di conferire al rapporto giuridico astratto, rispetto all'empirica relazione uomo-natura, i connotati particolari e immediati. Kelsen avverte l'esigenza di una mediazione coerente del particolare che mostri la complessità dell'istituto proprietario. Afferma perciò che:

«In ogni caso, la proprietà privata non è storicamente il solo principio su cui possa essere basato un ordinamento giuridico. Il dichiarare che la proprietà privata è un diritto naturale in quanto è l'unico che corrisponda a natura, rappresenta un tentativo di rendere assoluto un principio speciale, che storicamente è diventato diritto positivo solo in un dato tempo e in date condizioni politiche ed economiche»¹.

La proprietà privata è dunque un istituto giuridico che è curvato dalla storia e non può rivendicare i tratti dell'astoricità senza ricadere nell'ideologia. Ma la differenza dei vari istituti della proprietà non attira l'attenzione del giurista. La proprietà (dovrebbe aggiungere la proprietà moderna e invece continua a parlare di proprietà in generale) per Kelsen è un diritto positivo e dunque creato entro certe condizioni storico-sociali e i suoi profili mantengono i tratti dell'empiricità e rifuggono da ogni potenziamento etico o razionale. Alla proprietà che il diritto riveste di forma non sono estranee delle modulazioni storiche (anche se in Kelsen esse sono estrinseche rispetto alla configurazione tecnica della forma giuridica) e non regge al cospetto di un diritto positivo la raffigurazione di un preteso diritto naturale che segue come un'ombra la persona prima ancora della formazione dell'ordinamento oggettivo. I diritti soggettivi non possono preesistere alla norma generale con la quale l'ordinamento stabilisce diritti e obblighi a protezione della esclusività del dominio. Tra fatto (possesso, occupazione) e diritto (norma generale che formalizza i diversi comportamenti e interessi) esiste un limite invalicabile.

Il connotato storico-sociale della proprietà non rientra tra le preoccupazioni del normativismo nel suo sforzo di inquadramento tecnico-formale alla luce del quale la proprietà è solo un rapporto giuridico (tra persone) e non anche una relazione con le cose, la natura, le risorse. Sulla scia di Kant anche Kelsen cerca di fondare il diritto soggettivo, il cui prototipo è la proprietà, uscendo da ogni dualismo logico o temporale tra pretese del soggetto (interessi) e ordinamento giuridico (norma):

«Il carattere giuridico di un fenomeno non è percepibile dai sensi. Il fatto che un individuo abbia o meno il diritto di possedere una cosa non può venir visto, udito o toccato. La proposizione che un individuo ha o meno il diritto di possedere una cosa è un giudizio di valore che è logicamente psicologicamente possibile, soltanto se l'individuo che pronuncia questa proposizione presuppone l'esistenza, vale a

¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 11.

dire la validità, di una norma generale relativa al possesso. Senza presupporre una norma generale regolante il comportamento umano, non è possibile nessuna proposizione relativa all'esistenza o meno di diritti soggettivi»¹.

La fondazione giuridica della categoria di proprietà si rinchiude nell'ambito della pura norma e costruisce un meccanismo solo formale impercettibile dai sensi o vita sociale reale. Respinta ogni istruttività del momento storico-sociale, la dottrina pura esalta la validità quale connotato peculiare della costruzione formale rispetto ad ogni considerazione dell'effettività di un diritto entro i cui tipi astratti precipitano le azioni dei soggetti.

La forma è divaricata dalle condizioni particolari e il fenomeno sociale viene ricompreso da Kelsen come un'articolazione prevista dall'ordinamento normativo. I diritti soggettivi in quanto interessi protetti non sono qualcosa di sensibile, ma appartengono a una costruzione giuridica che dirime le controversie private valutando il fatto illecito o delitto civile e stabilisce le azioni civili per il risarcimento del danno all'offeso. Il fatto empirico è superato dalla definizione normativa o valore che fonda senza commistioni empiriche il diritto soggettivo alla proprietà. Il puro e semplice fatto del godimento di un bene non è sufficiente a stabilire una norma che rende giuridico il fenomeno. E' solo la norma che istituisce il rapporto giuridico e stabilisce che un soggetto è titolare di una cosa e che gli altri vengono esclusi dal godimento. Il diritto di proprietà in Kelsen indica una condizione eminentemente giuridica in cui l'esercizio del potere sul bene non si manifesta nelle sembianze di una unilaterale volontà rivolta alle cose. La proprietà non coincide con un rapporto con la corporea entità, ma con un diritto che si può esercitare sulla cosa sulla base di una qualificazione giuridica stabilita dall'ordinamento. Alla titolarità del diritto non sempre si accompagna l'effettivo potere di disposizione e di godimento. Ed esistono casi di disposizione assoluta sulle cose (azioni) sganciate dal titolo giuridico della proprietà (dissolta in una sterminata massa di azionisti). E' soltanto l'esclusione di altri soggetti a definire per Kelsen il titolo di proprietà. E' quindi la sanzione o la possibilità di pronunciare un giudizio di merito (sull'azione o interesse che denuncia l'ingerenza o lesioni nell'esercizio di un diritto) a definire l'ossatura del diritto di proprietà che consiste in una ubiquitaria obbligazione negativa di astensione dal bene.

Con questa definizione negativa, che fissa la proprietà nella presenza di un dovere degli altri di astenersi dai beni di un soggetto, cade ogni preoccupazione di cogliere in positivo i tratti della proprietà, i suoi ambiti di esplicazione assoluti che la vedono come centro di imputazione dei diritti soggettivi assoluti. Il diritto di proprietà coincide con una norma che delinea i modi dell'azione personale per ottenere l'adempimento di un contratto e rende esclusive certe relazioni che non possono essere ritenute giuridiche senza il potere configurante ed ordinante del diritto. Il fondamento legittimo che Kelsen riesce a trovare per la proprietà si riduce ad una tautologia. La sua avversione per il mondo della esteriorità o economia su cui si estenderebbe il dominio di un diritto soggettivo assoluto lo avvolge in circoli viziosi. Per uscirne dovrebbe fare ingresso nel campo per lui minato della effettività o della storica funzione sociale dell'istituto proprietario. Il problema da spiegare in tale ottica (che però non è quella formalista di Kelsen) sta proprio in un processo di produzione della ricchezza che funziona mediante la stipulazione di un contratto

¹ *Ibidem*, p. 79.

in seguito del quale la volontà ha prodotto cose o merci. I contenuti positivi della proprietà sfuggono dalla determinazione dell'ordinamento e sono ancora una volta affidati alla libera propensione del soggetto proprietario sovrano della cosa sua. I risvolti del diritto di proprietà sono anche nella dottrina pura di mera pertinenza dei privati perché il diritto oggettivo nulla dice sui modi di utilizzare la cosa, sui fini che l'impiego dei beni dovrebbe perseguire. La norma oggettiva si premura solo di tracciare le linee che impediscono agli altri di interferire sul godimento del bene e rinuncia preliminarmente a indicare obiettivi sovraordinati alla sfera della privata autonomia.

Rispetto al preconcetto antistatalista condiviso dai classici liberali Kelsen puntualizza la debolezza teorica di ogni negazione della funzione dello Stato dipinto come male necessario che allontana dalla dimensione politica *tout court*:

«Può sembrare un paradosso, ma è soltanto logico che la politica del liberalismo, che è la politica della liberazione, porti alla fine alla liberazione dalla politica»¹.

Secondo Kelsen il liberalismo conduce, in talune esasperazioni concettuali, al di fuori dell'orizzonte della politica e dello Stato. Il suo individualismo metafisico, che in taluni pensatori classici si presenta con dei tratti di ingenuità teorica, per Kelsen proietta il liberalismo nel campo dell'impolitico. La rivolta contro lo Stato in nome della sacralità della sfera d'azione individuale conduce a fare dello Stato il nemico principale da cui provengono malversazioni, velleità repressive, tendenza autarchiche. Con acutezza Kelsen rimarca «il carattere impolitico – perché in fondo ostile o estraneo allo Stato – del liberalismo»² come ultima trincea dell'individuo solitario e irrelato. In una metafisica del soggetto incentrata sull'io, come quella edificata dai pensatori classici del liberalismo, si rinviene in ultima istanza il germe «dell'anarchismo politico e del nichilismo etico»³. Queste puntualizzazioni di Kelsen riferite all'ostilità liberale verso la dimensione del politico, spesso sono portate all'eccesso e per questo Betti riscontra in Kelsen una deriva statalista che approda in «un assurdo monopolio statale della interpretazione della legge e dei provvedimenti»⁴.

Non esiste un regno autonomo di un diritto privato che attribuisce proprietà della cosa al soggetto senza il concorso di un ordinamento pubblico di regolazione. Il pubblico ha solo un potere conformante, non di positivo indirizzo economico. L'economia torna ad essere un mondo dei contratti e delle capacità negoziali. Il contratto per Kelsen altro non è che un'attribuzione di potere al soggetto operata dall'ordinamento giuridico che prevede anche le forme della sanzione. La capacità dei soggetti di produrre effetti giuridici è il semplice risultato di un'autorizzazione da parte dell'ordinamento. Precisa Kelsen:

«La capacità di agire consiste nella capacità attribuita dall'ordinamento giuridico ad un uomo di provocare con il suo comportamento delle conseguenze giuridiche»⁵.

¹ IDEM, *Dio e Stato*, cit., p. 52.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, p. 53.

⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 323.

⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 170. Come si esprime Kelsen «la capacità di agire è soprattutto capacità negoziale» di stabilire diritti e doveri (*ibidem*).

Poiché non si dà una reale disponibilità della cosa senza un concomitante obbligo giuridico, è preclusa ogni possibilità di scorgere un diritto soggettivo senza una legge positiva espressa dall'ordinamento giuridico. Ogni rapporto con la cosa non ha una configurazione giuridica se la cosa che interessa il soggetto non è anche formalmente disponibile nel senso che su di essa nessun altro soggetto può vantare legittime rivendicazioni. Il problema di ogni diritto soggettivo risiede proprio nel carattere oggettivo che le disposizioni giuridiche imprimono alle aspettative del proprietario. E' sempre l'ordinamento che assume un interesse, lo riveste di forma e lo puntella come situazione soggettiva meritevole di soddisfacimento o tutela. Il soggetto destinatario di una protezione, non preesiste, è individuato dall'ordinamento che riconosce alcuni interessi come beni giuridici suscettibili di tutela. Spiega al riguardo Kelsen:

«Il diritto soggettivo, deve consistere non già nell'interesse presunto, ma nella protezione giuridica. Il diritto del proprietario è la norma giuridica in forza della quale altri individui sono obbligati a non interferire nel modo in cui egli dispone della sua proprietà. Il diritto soggettivo, non è, in breve, che il diritto oggettivo»¹.

La persona non è un pregiuridico contenuto unitario di indiscussi valori ma è una maschera che racchiude una molteplicità di interessi la cui rilevanza giuridica non si autoimpone bensì dipende da una discrezionale scelta compiuta dall'ordinamento.

La qualifica di ogni bene giuridico e di ogni soggetto di diritto compete all'ordinamento oggettivo che opera in funzione dello scambio economico e della destinazione economica dei beni. Non esiste una dignità che copra la persona in astratto ovvero come corpo-valore ma solo delle norme che tutelano concreti e specifici interessi. La contestualità di diritto e obbligo, di *ius permittendi* e *ius vetandi*, di facoltà e vincoli, per Kelsen significa che è solo l'ordinamento giuridico oggettivo a ricomprendere il fenomeno della proprietà come disposizione legittima della cosa congiunta sempre ad un esplicito vincolo per tutti gli altri di astenersene. Riferendosi al negozio giuridico per eccellenza, il contratto, Kelsen osserva che alla sua base c'è una autorizzazione dell'ordinamento che in tal modo lo trasforma da momento dell'autonomia soggettiva a componente di un diritto anch'esso oggettivo. Nella sua visione la pubblicizzazione del contratto è legata soprattutto alla provenienza statale di ogni schema e fattispecie astratta e non allude in alcun modo al rivestimento dell'autonomia negoziale con considerazioni giuspubblicistiche ispirate alla dignità della persona.

Kelsen in sostanza porta a termine una pubblicizzazione del diritto privato entro le cui coordinate sono concepibili limiti al soddisfacimento degli interessi che rientrano in un quadro coperto dal diritto oggettivo e dalla sua logica specifica.

¹ IDEM, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 81. Con «i raggi-X di Kelsen» il diritto appare sullo schermo come puro e questa libertà da ogni postulato di valore porta alla «cancellazione della distinzione tra diritto pubblico e privato» J.M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, cit., p. 441). Anche un approccio come quello di Kelsen, che postula la priorità del diritto pubblico sul diritto privato, ha quale suo fondamento «il postulato del monismo giuridico della statualità» e sottintende che «solo il diritto pubblico predefinito non soltanto i requisiti di validità formale, ma anche i criteri sostanziali di interpretazione del diritto privato» (G. NOCERA, *Il binomio pubblico-privato nella storia del diritto*, cit., p. 167).

«Il contratto crea doveri per le parti contraenti per il fatto che l'ordinamento giuridico ricollega una sanzione al comportamento che viola il contratto, cioè al comportamento contrario alla norma contrattualmente prodotta.»¹

La forza normativa del contratto (la fonte di obbligazione *ex negotio* o *ex contractu*) per Kelsen dipende anch'essa da un esplicito dettato normativo proveniente dall'autorità politica. Niente autorizza a ricorrere alla metafisica dell'autonomia soggettiva come spontanea forma di legislazione tra i privati poiché i contenuti e la pretesa vincolante non possono contrastare con quanto disposto dalla legge. La potenza autolegislativa del contratto non è posta dagli attori in quanto privati agenti ma deriva da una esplicita norma che definisce la precisa estensione degli incontri di volontà. Entro lo sforzo kelseniano di realizzare una sistematica e coerente formalizzazione dei diritti, è possibile sia la demolizione della protezione della proprietà come ombra del soggetto sia la messa in discussione dell'assolutezza della rivendicazione del soggetto proprietario.

La proprietà sta nella legge (nelle procedure attivabili per rimuovere l'incertezza nei rapporti giuridici e patrimoniali) e dunque perde il suo significato prepolitico, assoluto, intangibile. Gli obblighi (rapporto tra soggetti di diritto) e non il possesso (rapporto individuo-cosa) fondano il rapporto giuridico di proprietà che cessa in tal modo di atteggiarsi dinanzi al diritto oggettivo come una sorta di «categoria trascendentale» che pone limiti insormontabili alla sfera pubblica. Gli obblighi per Kelsen non sono in nessun modo concepibili come il reciproco riconoscimento di privati che stabiliscono di non interferire nelle loro reciproche competenze, ma appaiono come il risultato di una volontà pubblica che stabilisce le forme astratte entro cui devono svolgersi i rapporti sociali. Mediante il diritto oggettivo, e quindi attraverso i tipici strumenti pubblici, i soggetti privati entrano in possesso di cose ed escludono altri dall'uso del bene. Eppure il tentativo di Kelsen di mantenersi stabilmente lontano dall'empiria non può dirsi sempre coronato dal successo. Le insidie del contingente, del fatto naturalistico si presentano, quando per esempio egli scrive che il furto

«può far sorgere la proprietà, la rivoluzione può creare una nuova costituzione. Un atto creativo di norme può, eccezionalmente, avere il carattere di illecito»².

Dopo aver negato la portata esplicativa della nozione di rapporto sociale di produzione, il giurista puro reimbarca il fatto, e persino l'illecito è riconosciuto come fonte creatrice della normatività. La proprietà non è più giustificata solo sulla base del diritto oggettivo, ma si pone anche in virtù di fatti che hanno una evidente caratura extranormativa.

Il tentativo di pubblicizzare il diritto privato, rendendo la proprietà nient'altro che una «autorizzazione di diritto privato» (una istituzione cioè ben diversa dai pretesi diritti di natura o individuali-presociali) così si arresta dinanzi ad una inopinata privatizzazione del diritto pubblico chiamato a ratificare l'illecito. Dopo aver escluso

¹ IDEM, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 171.

² IDEM, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 161. Sul tema dell'*adverse possession* e sul principio di non trarre profitto da atti illeciti cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977. Sull'illecito e la norma cfr. G. TERZAGO, «Azione di rivendicazione», in G. CASSANO (a cura di), *Proprietà e diritti reali*, Padova, 2007, p. 883.

la natura (rapporto reale tra individuo e cosa) per abbracciare in una pura relazione normativa la disposizione generale che supera il fatto e rende la proprietà il principale diritto reale tipico, Kelsen propone la forma, che definisce pura e coerente, come modellata sul fatto (possesso empirico e atti illeciti). Alla fine di un lungo tragitto che astrae dalla naturalità del fatto, Kelsen prospetta una forma giuridica adagiata sull'empirico dato dell'occupazione e dell'illecito. Se ogni comportamento esteriore evolve a manifestazione giuridica solo se rientra entro norme generali e tipiche che i fatti devono applicare, soltanto il livello del dover essere può definire i connotati del diritto formale, non già l'essere empirico, l'illecito, l'occupazione della cosa che in presenza di un *animus occupandi* è un modo d'acquisto che risponde solo a esigenze di praticità presenti nella vita sociale. Eppure per Kelsen solo l'intervento di una particolare determinazione giuridica valida (che in quanto tale richiede l'esistenza di un potere pubblico efficace) può attribuire un riconoscimento generale all'appropriazione. Il diritto di proprietà coincide con una norma che rende esclusive certe relazioni che non possono essere ritenute giuridiche senza il potere configurante ed ordinante del diritto. Il fondamento legittimo che Kelsen riesce a trovare per la proprietà si riduce ad una tautologia: la proprietà è anzitutto la possibilità di agire per tutelare la proprietà attraverso l'intervento del giudice che dispone del potere giuridico di fornire una autonoma qualificazione del bene.

Libertà politica e libertà economica

Per il chiarimento della nozione di proprietà occorre un profondo lavoro di scavo capace di ridefinire categorie e discipline sottraendole dagli equivoci teorici ereditati dalla tradizione romanistica che ha pervaso le strutture giuridiche occidentali. Gli assetti basilari delle categorie giuridiche d'impianto romanistico si rivelano per Kelsen inservibili e fuorvianti poiché riducono la proprietà a decisione unilaterale del singolo sulla destinazione della cosa ignorando del tutto che è sempre il diritto positivo a definire lo statuto giuridico del bene. Scrive Kelsen che:

«Sotto l'influenza della giurisprudenza romanistica, si suole distinguere fra il diritto ad una cosa (*jus ad rem*) ed il diritto verso una persona (*jus in personam*). Questa distinzione è errata. Anche il diritto ad una cosa è il diritto verso certe persone. Se, per conservare la distinzione tra diritti reali e diritti personali, si definisce il diritto reale come il diritto di un individuo a disporre di una certa cosa in qualsiasi modo, si perde di vista il fatto che questo diritto consiste soltanto nell'obbligo giuridico degli altri individui a tollerare che si disponga della cosa, cioè a non impedirne o a non ostacolarne in alcun modo la disposizione; cioè, che lo *jus ad rem* è almeno anche uno *jus in personam*»¹.

Non esistono diritti reali, intesi come rapporti giuridici che concernono solo il soggetto e la cosa e si riferiscono a una pretesa esclusiva titolarità del singolo del pieno diritto a manipolare il bene astrazione facendo da qualsivoglia suo statuto specifico.

Ogni rapporto giuridico, anche quello che concerne l'utilizzazione del bene, è sempre una relazione intersoggettiva organizzata dalla norma che prescrive atti

¹ IDEM, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 153.

distinti ai diversi portatori di interesse. Lo scambio, il *do ut facies* contrattuale, non è un puro accordo di volontà, esso suppone una cornice normativa generale che governa il regime delle obbligazioni, gli illeciti, le interferenze nelle situazioni giuridiche soggettive. Tra le implicazioni più significative del normativismo si segnala senza dubbio quella che revoca l'autonomia del calcolo economico e riconduce le questioni della proprietà sul terreno della valutazione politica che si traduce in norme positive che delincono i diversi statuti giuridici di ciascuna categoria di beni. Per questo Kelsen insiste sulla necessità di non separare in forme ideologiche diritto privato (come unilaterale e inafferrabile *ius disponendi*) e diritto pubblico (come istituzione regolativa che disciplina la società). Una tendenza del moderno pone nel privato, in quanto sfera della completa autonomia soggettiva, l'origine di ogni diritto giusto e respinge ogni intromissione della pubblica amministrazione. Per Kelsen:

«La teoria che vede una differenza fondamentale tra diritto pubblico e diritto privato cade nella contraddizione di ritenere che la libertà dal diritto, quale essa pretende per l'ambito del diritto pubblico, inteso come sfera vitale dello stato, sia il principio giuridico, la caratteristica specifica del diritto pubblico»¹.

La pretesa di isolare il diritto privato rispetto a quello pubblico fissa una sfera di libertà negativa (dall'amministrazione) e la confina nel mondo privato come se l'ambito pubblico fosse del tutto irrilevante nella protezione dei diritti fondamentali. I diritti però non sorgono nella sfera dell'autonomia privata che non avrebbe alcuna funzione reale senza una contestuale norma statale che autorizza l'autonormatività dei contratti intercorsi tra privati in deroga alla legge positiva. Il dualismo diritto privato/diritto pubblico racchiude una funzione ideologica per assicurare al governo dei privati tramite il negozio «una libertà non dal diritto, che in ultima analisi sarebbe impossibile, ma dalla legge e dalle norme generali create dai rappresentanti». Il dualismo ha delle ricadute insidiose, poiché

«genera una concezione del diritto secondo cui soltanto l'ambito del diritto pubblico – cioè, soprattutto del diritto costituzionale ed amministrativo – è il regno in cui domina la politica, mentre questa sarebbe invece del tutto esclusa dall'ambito del diritto privato»².

Il nucleo della dottrina di Kelsen è che la stessa autonomia dei privati è il riflesso dell'eteronoma attribuzione prescritta dall'ordinamento e che anche la proprietà privata su una cosa ha rilevanza giuridica solo se l'appropriabilità o utilizzazione del bene è legittimata dalla norma ossia da un potere pubblico generale. Ciò significa che lo stesso potere dispositivo dei privati (sui modi di acquisto, di pagamento, sul prezzo) è ricompreso entro le griglie del potere normativo dell'ordinamento in materia contrattuale, in ordine alla reintegrazione dei possessi o all'obbligo restitutorio. Uno dei punti di forza del normativismo è perciò quello di evitare le trappole del giusnaturalismo che nei suoi postulati spinge a risolvere la vigenza o la critica della proprietà all'accettazione o meno di un diritto naturale che giustifica un godimento pieno della *res* al di fuori di ogni pubblica interferenza assunta come ingiusto danno.

¹ *Ibidem*, p. 315.

² *Ibidem*. Contro questo assorbimento statalista del principio di autonomia incarnato nell'originarietà del negozio cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.

L'esclusione del rapporto con la cosa come in sé fondativo del regime proprietario, e il coinvolgimento indispensabile della norma generale per fissare i contenuti e l'estensione dei diritti civili, aprono orizzonti di un possibile governo pubblico delle relazioni economiche. Rifiutando di presentare il diritto di proprietà come un puro e semplice *jus ad rem*, che conferisce al singolo individuo, e indipendentemente dall'ordinamento giuridico oggettivo, l'opportunità di manifestare la sua volontà esclusiva sulla cosa, Kelsen rende disponibile uno spazio per l'ordinamento giuridico di orientare le relazioni intersoggettive secondo una misura pubblica. Ciò è alla genesi di uno «Stato di giustizia» in cui l'amministrazione assume compiti di gestione, di organizzazione della vita sociale ed economica. Il rapporto del soggetto con la cosa non ha alcuna validità o copertura pubblica senza una conformazione giuridica la quale ritaglia alla proprietà una funzione compatibile con finalità pubbliche (domande, scopi).

La proprietà dei beni ricade sempre entro la sanzionabilità prescritta da norme di diritto pubblico destinate a coprire ambiti variegati della vita economica. E' la norma che regola le questioni patrimoniali e quindi fonda la proprietà, la sua tutela, la riparazione di violazioni, il ripristino della situazione *quo ante*, il risarcimento del danno. Per Kelsen non si può parlare di un diritto privato prodotto solo per mezzo del contratto e «non esiste questa antitesi fra il politico ed il privato e i diritti privati sono diritti politici»¹. Ciò vuol dire che la norma conserva un'irriducibile capacità regolativa che la pone nella condizione di intervenire, a discrezione della pubblica autorità, nelle grandi questioni economico-materiali. La proprietà in tal senso non è affatto al di fuori dell'ordinamento, è dentro di esso, posto nei limiti stabiliti dalla legge (esistono norme sulla concessione edificatoria, strumenti urbanistici, leggi sul trasferimento coattivo di beni privati). Anche il titolare del diritto soggettivo è pertanto un cittadino che opera in un quadro normativo tratteggiato dall'ordinamento che stabilisce le conseguenze giuridiche collegate al contenuto che le parti hanno definito in modo patrizio e orienta la destinazione dei beni. La sfera pubblica per Kelsen può intervenire nel governo delle società i cui rapporti economici non sono affatto riducibili ad unilaterali meccanismi di appropriazione esclusiva ma sono posti sotto la lente dell'amministrazione. Gli scambi e le prestazioni ricadono negli schemi astratti del contratto (i quali prevedono puntuali conseguenze giuridiche per assicurare il buon esito dell'accordo tra le parti) ma sull'insieme del meccanismo sociale vigila uno «Stato di giustizia» munito di un solido impianto amministrativo.

Con la potestà conformatrice della norma Kelsen reintroduce la socialità, il ruolo del consenso nella costruzione di politiche pubbliche vincolanti nel campo dell'economia. La proprietà smarrisce così le sembianze di un diritto assoluto del soggetto per assumere quelle relative di un godimento condizionato da parametri pubblici capaci di interferire (con scopi e finalità) nel preteso regno dell'autonomia privata. Il rapporto individuo cosa non è insuperabile, assoluto, ma inserito entro coordinate giuridiche vincolanti e mutevoli a seconda degli indirizzi generali della politica e quindi del consenso. Kelsen esclude che la proprietà sia un dominio esclusivo che la persona in virtù della semplice volontà esercita sulla cosa o natura e rivendica la possibilità della società di interferire sulle modalità di ripartizione dei beni, sui limiti all'esercizio del diritto del proprietario (divieto di atti di emulazione, abuso del diritto soggettivo, controlli sui modi effettivi di utilizzazione dei beni). Combattendo la personificazione delle cose realizzata dalle dottrine tradizionali,

¹ *Ibidem.*

Kelsen rende possibile un governo che limita, se il consenso lo reputa opportuno, la pura appropriazione privata riportando l'economia entro parametri di valutazione pubblica. La proprietà cessa così di essere annoverata tra i diritti fondamentali e la libera iniziativa economica viene sottoposta a limitazioni, quando il soddisfacimento di interessi privati entra in collisione con motivi di opportunità sociale o interesse generale. Il ruolo che Kelsen attribuisce all'ordinamento giuridico non è più quello di presentare un catalogo di diritti soggettivi preesistenti alla comunità politica organizzata ma quello di prescrivere doveri giuridici (o finalità positive) che si impongono a tutti gli interessi particolari. La statuizione di diritti soggettivi in grado di esaltare l'autonomia negoziale è possibile, ma non è il compito peculiare dello Stato quello di disporre le sue strutture in funzione dei privati. Questa connessione tra spazio dei diritti e ordine giuridico comunque per Kelsen

«è la tecnica specifica dell'ordinamento giuridico capitalistico, in quanto garantisce le istituzioni della proprietà privata e tratta quindi con particolare riguardo gli interessi individuali»¹.

La proprietà deve convivere con finalità sociali. Quello che l'ordinamento rende possibile non è altro che un'azione giudiziaria contro l'inadempimento di un dovere giuridico. La sanzione è la reazione ad un mancato adempimento. Nessun altro mistico significato si racchiude nel concetto di diritto soggettivo ricompreso in un sistema di regole per la risoluzione dei conflitti. Con l'espressione diritto soggettivo si tratta solo di interessi che in un determinato momento l'ordinamento reputa meritevoli di tutela attraverso meccanismi sanzionatori attivabili contro altri interessi perturbatori della pace sociale.

Non c'è spazio nelle categorie kelseniane per una fondazione forte della proprietà che sconfini in asserzioni metafisiche che innalzano il divieto di discipline speciali, di vincoli pubblici, di imposizioni e di obblighi per i proprietari. Nei regimi democratici la proprietà convive con altri interessi di natura non patrimoniale perché la novità principale, secondo Kelsen, risiede nella comparsa dei diritti politici che prevedono «la partecipazione dei soggetti alla produzione del diritto»². La funzione produttrice del diritto da parte della cittadinanza garantisce ai soggetti la cooperazione alla costruzione di norme giuridiche generali che regolano anche le sfere private. I diritti civili e privati-patrimoniali non hanno alcuna assolutezza e nella loro struttura dipendono dalla decisione dei cittadini che partecipano alla creazione del diritto e quindi alla fissazione di limiti legali che contemperano interessi multiformi e pretese reciproche. I diritti patrimoniali al pari di altri diritti dei soggetti non sono affatto coperti da protezioni inalterabili e indisponibili all'intervento della decisione politica

¹ *Ibidem*, p. 159. In tal senso si può inferire che «l'esigenza razionale del diritto come ordinamento è nella dinamica del pubblico e del privato» (S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, vol. I, Milano, 1943, p. III).

² *Ibidem*, p. 162. Per Kelsen (*Sociologia della democrazia*, Napoli, 1991, p. 29) la rappresentanza politica media tra l'idea di libertà e le tendenze della «differenziazione sociale». Questi riferimenti non scongiurano l'indifferenza kelseniana verso le *policies*, i principi assoluti (giustizia, equità, moralità positiva) che restano al di fuori della cornice giuridica (G.R. CARRIÒ, «Principi di diritto e positivismo giuridico», in R. GUASTINI [a cura di], *Problemi di teoria del diritto*, cit., p. 91). Secondo Carriò l'impostazione di Kelsen «non permette di fare i passi necessari per introdurre i principi dentro l'ordinamento giuridico» (p. 94).

essi sono invece strutturati da norme organizzative. Su questa base declina ogni contrapposizione frontale tra pubblico e privato e sono del resto maturate politiche pubbliche per sostenere il ciclo economico, misure speciali per attivare fattori distributivi e per perseguire obiettivi di riequilibrio, per la difesa dell'ambiente e del suolo, per riparare alla rottura delle regole della correttezza nei negozi traslativi.

La contestazione delle vecchie dottrine liberali che ignorano per il proprietario qualsiasi obbligazione negativa (limiti, divieti, imposizioni a non fare) e per gli altri consociati qualsiasi turbativa (divieto di immissioni materiali nel fondo del vicino) da parte di Kelsen è esplicito: in Locke «la libertà è la base della proprietà. Ma alla fine l'idea di libertà passa in secondo ordine e prevale quella di proprietà»¹. La dottrina kelseniana non arresta il ventaglio della decisione sugli interessi collettivi dinanzi alla cittadella proprietaria e rivendica così una completa autonomia decisionale alla sfera pubblica:

«Io non sono giuridicamente libero di fare ciò che desidero. La mia libertà giuridica è sempre il vincolo giuridico altrui, il mio diritto è sempre l'altrui dovere giuridico. Io ho un diritto di fare qualcosa, o di astenermi dal fare qualcosa, soltanto perché ed in quanto un altro ha il dovere giuridico di non impedirmi dal farlo o non farlo»².

Il percorso kelseniano rigetta ogni aggancio metafisico tra libertà e proprietà e perciò riconduce ogni diritto soggettivo o situazione giuridica efficace nei confronti dei terzi agli schemi generali e astratti dell'ordinamento oggettivo che impone doveri e assorbe il possesso entro il filtro selettivo di una pubblica destinazione dei beni. La libertà di agire del proprietario coincide con il dovere di astenersi dal bene rivolto a chiunque altro e ciò rivela i punti deboli degli approcci classici. A proposito della teoria hegeliana, Kelsen afferma che:

«Tra libertà e proprietà non vi è alcuna relazione. L'unica relazione che esiste è quella tra un uomo, che può essere libero o meno, e una cosa; e la relazione consiste soltanto nella esclusione degli altri dalla disponibilità della cosa»³.

La proprietà non è il prolungamento della libertà etica del soggetto che nel possesso della cosa trova un inveramento della sua dimensione spirituale ma è un rapporto giuridico organizzato da una norma.

Afferma Kelsen:

«E' molto significativo che Hegel, quando respinge il principio di eguaglianza e il postulato che la proprietà debba essere eguale per tutti, abbandoni la sua

¹ H. KELSEN, *La democrazia*, Bologna, 1981, p. 367.

² IDEM, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 76. «Il rapporto giuridico ha una struttura necessariamente bilaterale» (A. PROTO PISANI, «Dell'esercizio dell'azione», in E. ALLARIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 1103). Oltre le parti però Kelsen pone sempre un organismo eteronomo che definisce le procedure e legittima ad agire.

³ H. KELSEN, *La democrazia*, cit., p. 374. Nel teorico della riduzione della proprietà alla normatività e della cancellazione di ogni descrizione funzionale affiora «una ricostruzione dell'ordinamento in chiave anziché antagonista e separata degli interessi pubblici e di quelli privati in una prospettiva che ne analizzi di volta in volta la loro graduazione o gerarchia normativa» (P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 58).

metafora della proprietà come personificazione della libertà, insieme con l'identificazione della proprietà con la personalità. Perché se gli uomini, come persone, sono eguali e se la personalità è libertà, gli uomini sono tutti liberi allo stesso modo; e se la proprietà è la personificazione di questa libertà, allora la proprietà, che è personalità, deve essere anch'essa uguale. Per cui Hegel distingue con cura – e molto giustamente – tra la persona come fonte dalla quale scaturisce il possesso, e cioè la proprietà, e la proprietà stessa»¹.

La demistificazione dei vari tentativi di fondare in maniera assoluta la proprietà conduce Kelsen a vedere nei possessi soltanto un intreccio di diritti relativi, un coesistere di diritti e obbligazioni. Per Kelsen la proprietà è dunque «un diritto riflesso» che comporta esclusioni. Nel caso del diritto di proprietà che un individuo vanta «il diritto riflesso, che consiste nel dovere di questi altri, è diretto contro tutti gli altri e, in questo senso, è un diritto assoluto»². Un diritto riflesso può acquistare una qualche assolutezza nei confronti dei privati ma non certo della collettività ai cui organi spetta la titolarità della normazione. Il potere giuridico collocato nelle mani del singolo di escludere gli altri dalla disposizione della cosa travalica il diritto riflesso e implica un ordinamento:

«Un individuo detiene questo potere solamente se l'ordinamento giuridico lo autorizza a far valere per mezzo di un'azione giudiziaria l'inadempimento del dovere consistente nel non impedirgli di disporre di una certa cosa».

Ciò comporta l'esistenza effettuale di un ordinamento che prevede un giudice, una norma, un processo, vale a dire il primato decisionale di uno spazio pubblico rispetto a tutte le pretese private. Per Kelsen la proprietà non rientra tra i valori ultimi e insuperabili della convivenza, essa è solo un tipo di organizzazione sociale che il diritto provvede a rivestire di norme. In una delle rare aperture a considerazioni storiche, Kelsen afferma che:

«Noi conosciamo società agricole relativamente primitive in cui la cosa più importante, la terra, non è posseduta da privati, ma dalla comunità; e le esperienze degli ultimi 25 anni mostrano che un'organizzazione comunista è possibilissima persino in uno Stato potente ed estremamente industrializzato»³.

La proprietà è quindi senza fondamento. Essa potrebbe anche non esserci senza con questo scalfire i postulati della ragione. Non sul piano delle ragioni ultime ma su quello degli interessi contingenti che l'ordinamento reputa suscettibili di tutela si può dirimere la questione della proprietà. La proprietà è un interesse giuridicamente

¹ *Ibidem*, p. 378.

² IDEM, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 154.

³ IDEM, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 11. G. Calogero (*Lezioni di filosofia*, vol. II, Torino, 1946, p. 305) avverte che «se il codice impedisse efficacemente ogni negozio di compravendita, costringendo ciascuno a consumare esclusivamente quello che egli riuscisse a produrre da sé, nessuna legge economica avrebbe modo di manifestarsi, verrebbe meno l'oggetto dell'economia. E così basta che la politica intervenga col suo volere, a modificare o restringere le condizioni dello scambio, perché ne risulti alterata anche la prospettiva delle conseguenze, e quindi il quadro teorico della loro prevedibilità».

tutelato non un diritto soggettivo di rango fondamentale. L'operazione di Kelsen consiste nel degradare la proprietà a diritto subordinato e sottoposto alla valutazione mutevole dell'ordinamento oggettivo. Egli supera il dualismo tra pubblico e privato riconducendo l'interesse soggettivo non a qualcosa di esterno ma a qualcosa di saldamente ancorato all'ordinamento e ai suoi canoni per la validità dei trasferimenti e della *iusta causa possessionis*. La proprietà e il contratto, tutta l'intelaiatura del diritto civile, suppongono norme giuridiche in grado di stabilire un organico e prevedibile nesso tra le clausole particolari di un contratto liberamente assunto dalle parti e gli effetti giuridici corrispondenti. La proprietà non è un interesse indipendente che il diritto protegge e riconosce nella sua spiccata autonomia, ma è la tutela che ad un interesse viene offerta dall'ordinamento. Non esiste un potere pieno della volontà del singolo che l'ordinamento poi riconosce conferendo a ciascuno la facoltà di far valere un adempimento del dovere tramite un'azione giudiziaria. Alla scissione tra economia e diritto Kelsen oppone un inquadramento monistico per cui l'economico non è puro fatto (possesso) ma artificio, diritto (proprietà). La norma istituisce l'ordine dell'economia per cui lo scambio consensuale, che esalta l'autonomia privata, per diventare negozio giuridico in grado di prefigurare tutele contro gli inadempimenti non può prescindere da una norma che conferisce forza coercitiva alla disciplina giuridica delle situazioni reali.

L'individuo è titolare solo di questo potere di azione giudiziaria, non della cosa in quanto tale. L'esercizio di questo potere è in Kelsen l'espletamento di un diritto su cui la collettività decide tramite gli organi dello Stato che determinano in modo imperativo conseguenze per il mancato rispetto dei termini, per i ritardati pagamenti. La pretesa rimanda dunque non già alla pienezza della disponibilità della cosa ma al potere del soggetto di intraprendere azione giudiziaria per sanare inadempimenti. Si tratta dunque di un diritto soggettivo relativo e regolato dall'ordinamento che stabilisce in modo imperativo gli interessi degni di protezione. Facendo leva sul diritto come tecnica indifferente a un contenuto sociale dato, Kelsen ritiene di aver sottratto la norma all'abbraccio devastante con il rapporto economico. La norma non ha un fine preordinato, ogni contenuto può essere incorporato, ed essa prevede le modalità dell'efficacia dei contratti e quindi stabilisce i criteri per l'invalidità, per la rescissione, per la risoluzione. In qualità di tecnica di organizzazione, la norma è compatibile con i più svariati valori materiali. Giunto a queste conseguenze Kelsen compie però, se non proprio un'inattesa retromarcia, una puntualizzazione impegnativa. Tra i diritti e le libertà fondamentali egli prevede anche «la libertà (cioè la inviolabilità) della proprietà»¹. Kelsen rammenta che ci sono leggi annullate perché incostituzionali nei paesi in cui il sistema normativo assume la proprietà tra i diritti a protezione rafforzata.

¹ IDEM, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 163. Nell'opera di Kelsen si riscontra un certo scetticismo sull'effettiva normatività dei precetti valoriali della Costituzione. Al riguardo è maturata tra i giuristi la consapevolezza che «i principi costituzionali esprimono valori posti a tutela di situazioni esistenziali del cittadino e possono essere utilizzati come parametri per la valutazione della meritevolezza della tutela degli atti e dell'attività dell'impresa. E' da superare, pertanto, l'impostazione tradizionale che attribuisce alle norme costituzionali soltanto la nozione di limite della norma ordinaria, ovvero di mero criterio interpretativo; là dove invece la gerarchia delle fonti induce ad affermare che i principi fondamentali dell'ordinamento possono essere applicati anche nei rapporti intersoggettivi senza che sia indispensabile la mediazione delle norme ordinarie» (P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., p. 232).

Egli ribadisce che nella sua ottica la sola eguaglianza è «eguaglianza nella legge»¹. Solo la norma istituisce rapporti giuridici e disegna gli spazi di libertà individuale oltre le disposizioni puramente patrimoniali.

Codice e Costituzione

Proprio in questo primato della norma, che nei regimi provvisti di una carta fondamentale presenta anche uno scarto possibile tra Codice Civile e Costituzione, e nella comprensione del mercato non già come dato originario e pre-giuridico ma come un *locus artificialis* istituito dalle norme della politica, si profila una «inattesa riconciliazione tra diritto privato e teoria pura del diritto»². Il diritto privato non ha altra genesi e altre connotazioni giuridiche rispetto a quelle presenti nel diritto pubblico. Come quest'ultimo, anche il diritto privato ha una genesi legata alla sfera pubblica e alla norma positiva prescritta dagli organi dello Stato. Ciò precisato, l'autonomia privata ha un margine rilevante di iniziativa. Per Kelsen

«anche i cosiddetti diritti assoluti sono soltanto relativi, consistendo solamente nei rapporti fra i molti e l'uno. Il diritto-riflesso della proprietà non è un diritto assoluto in senso proprio: è il riflesso di una pluralità di doveri di un numero indeterminato di individui nei riguardi di un solo individuo in riferimento ad una sola cosa»³.

La proprietà coincide non con un assoluto diritto del singolo (autodeterminazione) ma con un declassato diritto riflesso che ricade sul soggetto solo perché l'ordinamento interviene (in maniera eteronoma) con la precisazione di un fascio di obblighi che interferiscono sulla libertà di fare di una molteplicità di soggetti.

L'asserzione di Kelsen, in merito alla caratterizzazione pubblicistica degli stessi asseriti privatistici, è esplicita:

«La capacità negoziale è una capacità, attribuita dall'ordinamento giuridico agli individui, di produrre norme giuridiche di grado inferiore, sulla base delle norme giuridiche generali prodotte per legge o per consuetudine»⁴.

¹ *Ibidem*, p. 164.

² N. IRTI, *Codice civile e società politica*, cit., p. 97. Kelsen reputa del tutto ideologica la tradizionale antitesi di valore tra «il senso del diritto oggettivo, inteso come norma eteronoma, e che è costituita dal vincolo, anzi, dalla coercizione» e «l'essenza della soggettività giuridica che viene presentata proprio come la negazione di ogni vincolo, e precisamente come la libertà intesa nel senso di autodeterminazione o autonomia» (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 194).

³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 154.

⁴ *Ibidem*, p. 171. Rispetto all'approccio monista kelseniano una spiegazione alternativa è quella tentata dall'istituzionalismo giuridico. Precisa Carnelutti (*Teoria generale del diritto*, cit., p. 52) che «la nota teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, in quanto a tutti attribuisce il medesimo carattere, serve bensì a spiegare, storicamente, la formazione e la evoluzione del diritto ma non, logicamente, la loro coesistenza in un momento del tempo». Occorre mediare logica e storia e per questo bisogna riscoprire il tema dello Stato «perché senza di esso l'ordinamento ci apparirebbe un caos».

E' pur sempre una norma positiva creata dall'ordinamento giuridico pubblico a conferire un carattere produttivo di effetti giuridici alla capacità negoziale dei soggetti privati che in Kelsen diventa persino produttiva di peculiari norme giuridiche. Il soggetto, senza questa autorizzazione giuridica, non godrebbe di alcuna capacità creatrice di effetti giuridici i quali sono vincolanti nella sfera dei rapporti interindividuali. Kelsen si spinge anche oltre questa determinazione giuridica dell'autonomia dei privati laddove percorre il tragitto di una completa desostanzializzazione del diritto visto come puro schema normativo senza alcun sostrato economico-valoriale reale. Eppure è indubbio che i bisogni, gli interessi rimandano a una realtà empirica le cui determinazioni materiali precedono il diritto che si limita con la norma a qualificare, selezionare, discriminare gli interessi. Il diritto quale schema astratto cui riferire azioni consentite e comportamenti inibiti dissolve in Kelsen ogni autonoma consistenza del dato economico e prende

«in considerazione non rapporti fra individui, bensì rapporti fra norme giuridiche (prodotte o applicate da individui) oppure rapporti tra fattispecie determinate dalle norme giuridiche stesse»¹.

La via intrapresa da Kelsen conduce alla descrizione di un sistema autoreferenziale in cui compaiono solo norme e nessun reale contenuto sociale è rilevante, come se non esistessero interessi, bisogni indipendenti dalla qualificazione giuridica. Il comportamento umano nelle relazioni di carattere economico è solo un caso particolare imputabile alla vigenza di norme astratte e «il contenuto delle norme è costituito non da individui, ma da loro azioni ed omissioni, non da uomini, bensì da un certo comportamento umano». L'economia è soltanto un sistema regolato da norme e in sé rimane privo di ogni autonoma configurazione oggettiva perché nel diritto-norma non esistono cose (ma pretese vantabili su di esse attraverso un intreccio di obblighi e possibilità) o individui concreti (ma solo persone giuridiche titolari di specifiche competenze normative).

Ogni rapporto giuridico non è che la relazione astratta tra comportamenti previsti da una norma e quindi non chiama in causa soggetti concreti presunti titolari di poteri originari. Non esiste per Kelsen un rapporto sociale definito da relazioni tra persone concrete provviste di dignità (l'essere umano potenziato nella sua interezza a persona-valore) che poi viene vestito dalle norme giuridiche. La valutazione giuridica viene innalzata a potenza creatrice di realtà, come se al di fuori della norma non esistessero interessi che resterebbero tali nella loro materialità anche laddove la forma li ignorasse in quanto non meritevoli di considerazione. Non è dato – spiega Kelsen – «un rapporto sociale che l'ordinamento giuridico trova, per così dire, già esistente nel materiale sociale e che dall'ordinamento riceve soltanto la sua determinazione esteriore»². Il

¹ *Ibidem*, p. 189. In Kelsen le prospettive più moderne dello Stato costituzionale risultano assenti e sovente si nota «la confusione tra l'abrogazione e l'annullamento» (L. FERRAJOLI, *Principia juris*, cit., p. 421). Le Costituzioni del '900, più che il giusrazionalismo del diritto naturale, introducono novità rilevanti e la validità intesa come formale appartenenza all'ordinamento non appare più esaustiva. In generale «la crisi del giuspositivismo sembra determinata proprio dai processi di costituzionalizzazione» (M. BARBERIS, *Filosofia del diritto*, cit., p. 204).

² *Ibidem*, p. 192. Sui limiti kelseniani nel cogliere il diritto come funzione sociale cfr. F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto*, Torino, 2000, p. 42. A Kelsen comunque si deve l'asserzione per cui non esiste un mercato libero come quello supposto dall'economia

normativismo postula che nulla di rilevante dal punto di vista giuridico sia contenuto nelle azioni reali dei soggetti, nei rapporti materiali che essi intraprendono ma tutto dipenda da schemi astratti per le azioni, da clausole per il risarcimento da fallo illecito o extracontrattuale. Soltanto la norma che filtra gli interessi dà una forma e una visibilità ai bisogni che in quanto tali sono del tutto irrilevanti dal punto di vista giuridico e non implicano alcun dovere positivo per l'ordinamento statale del tutto indifferente a istanze materiali.

Fedele alla sua raffigurazione del diritto come tecnica sociale indifferente al contenuto, Kelsen asserisce che «l'eguaglianza costituzionalmente garantita non può significare null'altro che eguaglianza di fronte alla legge»¹. Non esiste alcun contenuto materiale posto come fine della forma giuridica prevedibile. Tutto è dentro l'ambito delle norme. Così si stabilisce

«il principio immanente ad ogni diritto, in generale, che il diritto deve essere applicato conformemente al diritto, che le norme devono essere applicate conformemente alle norme»².

Kelsen rileva che:

«E' insostenibile la consueta separazione tra diritto materiale e formale. Questa falsa concezione giuridica è senza dubbio il nocciolo, occultato da una terminologia sociologica, della teoria weberiana»³.

Kelsen rigetta la nozione del «diritto soggettivo come interesse giuridicamente tutelato» dal momento che «il diritto soggettivo è la tutela giuridica di un interesse»⁴. La teoria normativista contesta che esistano da una parte «diritti e libertà fondamentali, garantiti costituzionalmente ai sudditi» e dall'altra «corrispondenti doveri dello Stato di non violare con leggi l'eguaglianza o la libertà che forma il contenuto dei diritti»⁵. I cosiddetti diritti fondamentali per Kelsen «non sono di per sé diritti soggettivi» e gli obblighi dello Stato non sono altro che «una richiesta etico-politica rivolta all'ordinamento giuridico». Il legislatore non ha limiti oggettivi rispetto a diritti in precedenza ascritti al soggetto, non ha doveri sanciti nelle norme fondamentali, esiste solo la possibilità di annullare una legge incostituzionale seguendo una peculiare procedura. Le leggi incostituzionali per Kelsen non sono di per sé anche invalide (sono in vigore fino alla loro abrogazione).

La persona nella sua complessità non esiste come un valore capace di ordinare la macchina del diritto, non vanta alcuna autonoma dignità cui ispirare le produzioni

classica ma solo delle situazioni giuridiche dipendenti dalla norma positiva che tramuta il puro scambio in negozio giuridico previsto da un ordinamento. Non è lecito ipotizzare l'autonomia dei soggetti come una sorta di autosufficiente *lex privata* che opera sguarnita da ogni *lex publica* poiché senza una norma coercitiva eteronoma «perde ogni forza coercitiva, e quindi ogni natura giuridica, anche la cosiddetta legge privata del contratto» (G. CALOGERO, *Lezioni di filosofia*, cit., p. 265).

¹ *Ibidem*, p. 164.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, p. 114.

⁴ *Ibidem*, p. 198.

⁵ *Ibidem*, p. 335.

normative e non può essere univoco oggetto di una finalizzazione delle politiche del diritto della sfera pubblica. Solo la norma che qualifica gli interessi e definisce le attività lecite sui beni è reale nel senso di valida ai fini dell'ordinamento ed essa può discriminare quali ambiti, quali interessi della persona siano degni di tutela giuridica piena. Essa non assume nessun contenuto esterno di carattere economico e sociale come di per sé vincolante. Ciò deve indurre alla critica serrata della smaccata funzione ideologica ricoperta dalla nozione di soggetto giuridico. L'idea di un diritto soggettivo, che si ritaglia sulla preesistente persona concreta, per Kelsen postula che quello del singolo

«non solo non è meno, ma addirittura è forse più diritto del diritto oggettivo, e ciò serve per proteggere l'istituto della proprietà privata da un'abolizione da parte dell'ordinamento giuridico»¹.

La proprietà non ha alcuna cogenza e intangibilità, essa deve la sua tutela solo alla norma posta che, al limite, può, in rapporto ai regimi giuridici dei beni, disporre altrimenti. La persona non è un unitario centro cui si riferiscono beni e diritti ma è un multiverso referente cui l'ordinamento imputa diritti specifici che coprono taluni interessi protetti e sacrificano altre pretese imponendo obblighi.

A Kelsen non sfugge la funzione ideologica della pretesa di cogliere, prima ancora dello Stato-norma, dei puntuali diritti soggettivi già confezionati a ridosso dell'individualismo proprietario:

«E' anche facile comprendere perché l'ideologia della soggettività giuridica si ricolleggi al valore etico della libertà individuale, della personalità autonoma, dal momento che in questa libertà è sempre inclusa anche la proprietà»².

Il diritto soggettivo, corredato dalla libertà e dalla proprietà come intangibili, è null'altro che un mito ideologico innalzato per scopi pratici evidenti: mantenere il controllo privato dei beni come un dato astorico, razionale. Kelsen tuttavia non mostra alcun proposito di incorporare in maniera sistematica i diritti di libertà dai diritti di proprietà per conferire nuovo senso alla problematica dei diritti soggettivi. La sua è un'operazione essenzialmente critica, non nutre alcuna velleità di riformulare i diritti soggettivi su una base non patrimoniale. Per Kelsen lo Stato con la sua amministrazione

«costruisce e gestisce le ferrovie, edifica scuole ed ospedali, impartisce un'istruzione, cura gli ammalati, in breve svolge un'attività economica, culturale ed umanitaria analoga a quella dei privati. Il rendere statale quest'attività significa renderla attività di pubblici funzionari»³.

Si sviluppa così una pubblica amministrazione di funzionari retribuiti e sottoposti giuridicamente all'ordinamento. Per questo ruolo dello Stato occorre un sistema di prelievo fiscale indispensabile per coprire le spese della pubblica amministrazione. Se lo Stato gestisce una impresa commerciale si realizza qualcosa che scavalca i

¹ *Ibidem*, p. 195.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, p. 328.

meccanismi della pura concorrenza perché «le attività e le passività dell'impresa fanno capo al patrimonio dello stato»¹. Questo

«Stato di giustizia e di amministrazione è il risultato di una lunga evoluzione, collegata nel modo più stretto con il crescente accentramento dell'ordinamento giuridico»².

Entro questa mutata organizzazione dello Stato «la pubblica amministrazione diviene in misura crescente realizzazione diretta delle finalità dello Stato»³. Pur conservando il suo carattere giuridico «lo Stato di amministrazione» non è indifferente a domande, scopi, fini pubblici. Dunque esistono norme la cui forma è diversa dalla sanzionabilità e impongono fini, azioni positive in vista di obiettivi. Il bisogno di fondare un soggetto giuridico, che ha diritti indipendenti dal diritto positivo,

«acquista importanza ancora maggiore, quando si comprende che l'ordinamento giuridico posto a garanzia della proprietà privata è un ordinamento mutevole ed in continua evoluzione, creato dall'arbitrio dell'uomo e non dall'eterno volere di Dio, basato sulla ragione o sulla natura, soprattutto quando la produzione di questo ordinamento avviene secondo un procedimento democratico»⁴.

Tanto più il diritto mostra la sua effettiva dipendenza dalla norma positiva, quanto più la sua evidente infondatezza da valori assoluti viene corretta con costruzioni ideologiche maturate per afferrare qualcosa di solido anche nei tempi della decisione che secondo procedure costruisce norme mutevoli a protezione di interessi cangianti. Per Kelsen questo modo di procedere evidenzia palesi i segni dell'ideologia. In tal modo oltre alla proprietà, egli perde altri attributi del diritto soggettivo o della personalità.

Il diritto soggettivo, come dato presociale legato ad una persona compatta, si rivela in lui solo come un ideologico dispositivo per affermare che:

«Un ordinamento che non riconosca l'uomo come personalità libera, cioè un ordinamento che non garantisca il diritto soggettivo della proprietà, non deve affatto essere considerato come un ordinamento giuridico»⁵.

Kelsen denuncia che con queste palesi tendenze ideologiche si è però oltre il diritto reale che, scevro da ogni ideologia sostanziale, si presenta come procedura, tecnica e non dispone di un fondamento di valore nella proprietà. Ancora una volta però egli non si preoccupa di enucleare la tematica dei diritti separandola dall'involucro del patrimonialismo. In qualità di tecnica sociale, il diritto stabilisce i criteri risolutivi predeterminati per sciogliere le vertenze attorno alla appropriazione delle risorse e i contrasti che attorniano i modi della ripartizione della ricchezza prodotta. Come tecnica sociale prescrittiva, il diritto non può ritenersi in alcun modo vincolato

¹ *Ibidem*, p. 329.

² *Ibidem*, p. 330

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*, p. 195. Nell'approccio kelseniano tutto ruota sulla trama della norma e «la relazione tra i soggetti degrada a mero presupposto di fatto, una necessità per attivare comandi e divieti» (P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, vol. III, Padova, 1999, p. 137).

⁵ *Ibidem*, p. 196.

ai dispositivi particolari richiesti per episodici contrasti ma è chiamato a dare un ordine formale coerente in grado di regolare gli interessi in conflitto espressi da un sistema economico particolare che ruota attorno al regime privatistico della proprietà. Oltre questo compito di tecnica asettica, Kelsen scorge anche altre mansioni per il diritto soggettivo. C'è tuttavia un che di ideologico anche nella velleità kelseniana di rinunciare alla categoria unitaria di soggetto (quale epicentro della regolazione economica e civile) per ridurlo a un mero artificio normativo che di volta in volta enuclea la figura del risparmiatore, dell'imprenditore, del consumatore.

Una volta individuato il dispositivo ideologico delle classiche fondazioni dei diritti soggettivi di proprietà, Kelsen intende presentare il diritto come mera tecnica storica senza alcun legame con i rapporti sociali della modernità, con gli obblighi positivi dello Stato e con i puntuali rimedi giurisdizionali. Il punto di forza di questo edificio normativista risiede nella pensabilità di ogni conflitto sulla ripartizione dei beni economici entro i capienti schemi del diritto-norma e delle elastiche tecniche organizzative dello Stato costituzionale. Essendo il diritto-norma una tecnica compatibile con i più diversi obiettivi economici e sociali, nulla è precluso alla posizione della norma, neanche l'introduzione di parametri regolativi estrinseci rispetto a quelli funzionali all'economia di mercato. In rapporto alla proprietà sono pensabili atteggiamenti antinomici, e la contesa tra le forze sociali abbraccia la dimensione del desiderabile, del possibile, non del giusto in sé. La tecnica senza presupposti, che Kelsen presenta come struttura formale senza contenuto, è in realtà il principio organizzatore astratto di una società e di un meccanismo economico. La tecnica (o insieme di regole precostituite) che persegue una logica neutra in realtà ha dietro di sé una decisione, la struttura formale rimanda ad un atto storico-sociale che dà contenuti agli schemi normativi. Dietro la norma come ordinamento formale riposano concrete esperienze che conducono alla decisione vincolante e a leggi che sanciscono il primato di un interesse piuttosto che dell'altro. Oltre lo schema formale della norma, quale funzione degli assetti economici di mercato, si nasconde anche la norma come arena che, permeabile, registra un rapporto mutevole tra gli interessi sociali, tra la proprietà e il lavoro. La norma può riempirsi di qualsiasi contenuto e nondimeno essa è una tecnica funzionale all'ordine economico del mercato.

Kelsen non esclude che gli schemi giuridici siano una tecnica con legami nella società e nei suoi rapporti fondamentali di produzione e di scambio. Egli registra la tendenza per cui «la norma giuridica da una forma generale ed astratta va assumendo una forma sempre più individuale e concreta»¹. Assumendo scopi particolari in vista dell'integrazione sociale, la democrazia non si configura solo come «un principio di organizzazione puramente formale» ma persegue obiettivi di coesione, ricorre a compromessi, è legata alla fenomenologia della potenza degli interessi. Non nel diritto naturale ma nella società e nell'economia si rinvengono i reali meccanismi produttivi di diritto, ossia gli interessi che con le procedure dello Stato-norma definiscono la forma delle relazioni sociali. La forma vive, la norma pura è anche sociologia. Per Kelsen lo Stato o «sistema di norme che ordinano la costrizione» non ha un contenuto o un unico scopo sociale ma, in quanto «mezzo di tecnica sociale», l'ordinamento «può assumere contenuti molto variabili»². Da una condizione veteroliberalista in cui l'ordine economico del capitalismo evoca una «sfera a-statale dello sviluppo delle

¹ IDEM, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, Roma, 1982, p. 3.

² IDEM, *Socialismo e Stato*, cit., p. 19.

forze economiche» e lo «Stato ridotto al minimo, ha la funzione di garantire una classe dominante nello sfruttamento del proletariato» si passa a una situazione più propriamente democratica in cui l'ordinamento giuridico «è penetrata nel corpo della società» e si sviluppa una vasta legislazione sociale¹.

Kelsen vede il passaggio dal liberalismo (Stato monoclasse) alla democrazia (Stato pluriclasse) come una cesura rilevante con la quale «certe relazioni sociali, prima lasciate al libero arbitrio, sono divenute contenuto dell'ordinamento costrittivo giuridico»². Egli definisce la democrazia come «l'universalità e l'uguaglianza dei diritti politici e il dominio esclusivo del principio di maggioranza»³. Che questa universalità dei diritti costituisca una discontinuità non ci sono dubbi. Il principio di maggioranza tuttavia convive pur sempre con una asimmetria di potere sociale che conferisce differente peso sociale a ciascuna espressione di voto. Il denaro è un potere che incide nel funzionamento reale del principio una testa un voto. Ciò comporta che la democrazia nei suoi stessi ingredienti metodologici-formali (principio di maggioranza in un contesto di diritti eguali) implica uno sforzo contro le asimmetrie di potere economico-sociale. Per Kelsen la «conformazione contenutistica di un ordinamento sociale» non può ritenersi sciolta una volta per sempre. Essa è variabile perché collegata al mutevole principio di maggioranza che peraltro «non solo presuppone concettualmente una minoranza, ma la riconosce anche politicamente e la difende»⁴. Nella misura in cui un assetto proprietario-mercantile è connesso al principio di maggioranza un ordinamento capitalistico è anche democratico. Tuttavia è evidente che il dominio economico connesso al godimento privatistico della proprietà costituisce una alterazione dell'uguaglianza delle espressioni di voto attribuendo un plusvalore di fatto ai detentori di risorse che dispongono di media, di altri veicoli di formazione delle opinioni.

Quando il costituzionalismo del '900 collega cittadinanza e lavoro configura lo sforzo di superare i limiti dell'ordinamento proprietario di cui si dispone una esplicita funzionalizzazione sociale. Come principio di organizzazione puramente formale la democrazia esige una omogeneità sociale come obiettivo altrimenti essa con la sua «maschera dell'universalità» si confonde con l'aristocrazia e con inedite forme di privilegio politico legato al differenziale di potere collegato all'uso delle risorse economiche fondamentali. Che la norma in quanto tecnica sociale sia sprovvista di un fondamento (nei valori assoluti) non significa che essa operi nel più completo vuoto di istituzioni economico-sociali. La norma, come tecnica di risoluzione dei contrasti sorti attorno ai beni, ha senso fino a quando sono visibili queste pretese concorrenti attorno a cose scarse. Non è assurdo ipotizzare un restringimento dello spazio del diritto e quindi della coercizione entro organismi sociali che abbiano superato il

¹ *Ibidem*, p. 20. Kelsen trascura con la sua definizione generica di Stato come tecnica di dominio o ordinamento prescrittivo che «anche lo Stato patriarcale è una organizzazione costrittiva giuridica» come pure lo Stato babilonese e l'originario diritto patriarcale (M. ADLER, *La concezione dello Stato nel marxismo*, Bari, 1979, p. 52).

² *Ibidem*, p. 20. La democrazia costruisce un «contrappeso all'opposizione di classe» e al puro mantenimento della differenza di possesso. Come sistema di norme essa può dare voce a obiettivi diversi a seconda del conflitto delle forze sociali.

³ *Ibidem*, p. 163. Kelsen ignora che anche in Marx «il diritto universale di voto può essere la forma politica per gli scopi più diversi, a seconda della struttura sociale di un paese» (M. ADLER, *La concezione dello Stato nel marxismo*, cit., p. 126).

⁴ *Ibidem*, p. 174.

regime dell'esclusivo godimento della cosa. Carnelutti parla in questo senso di una prospettiva possibile di diritto minimo.

La norma giuridica che pone autoritativamente i criteri per la condotta dei soggetti è tale se è anche efficace nel senso che se è valida oltre che coerente con il sistema essa è necessariamente coercibile e pertanto nel dover essere eseguita di una norma decade la divaricazione tra essere e dover essere, validità ed efficacia. La validità di una norma che qualifica i comportamenti incorpora l'efficacia poiché se ineffettuale, non più sorretta dalla cogenza di un ordine giuridico oggettivo, la norma è un semplice consiglio, un indirizzo etico, una proposizione logica. La pura validità della produzione del diritto non basta per assicurare vigenza a una norma valida. Il fatto che la norma sia, per la sua strutturale composizione, una forma coercibile, altrimenti non sarebbe norma giuridica o tecnica sociale che orienta le azioni, riduce il problema ad una asserzione risolutiva: la validità indica una forma che dispone di strumenti per imporre obblighi e divieti. Non è pertanto del tutto fondato il rimprovero inoltrato a Kelsen di aver predisposto un divorzio tra validità ed efficacia. Per essere valide non basta la corrispondenza a un coerente giudizio logico, le norme devono anche esistere entro un ordinamento e dunque risultare efficaci nel regolare i comportamenti sociali.

DIRITTO PURO E DEMOCRAZIA SMISURATA

Diritto puro e sistema politico

Se, come postula Kelsen, il diritto è un insieme di norme positive, cioè un apparato di regole formali create con procedure valide da una legittima autorità, è evidente che il momento giuridico non può mantenersi estraneo ai conflitti sorti tra soggetti che ambiscono creare la norma per dirimere controversie e potenziare interessi meritevoli di tutela. La separazione del diritto dalla politica, della norma dalla decisione, della validità dall'efficacia può essere solo convenzionale non ontologica. Proprio la positivizzazione della norma giuridica se elimina l'incertezza derivante dai condizionamenti dei valori morali tradizionali introduce di per sé un ordine convenzionale che suppone un processo creativo tendente alla forma affidato a funzioni e autorità. L'intreccio tra la norma che organizza un sistema giuridico e la politica che indica fini da perseguire è ineliminabile nel reale prodursi del diritto. E' proprio in virtù del suo essere positivo, ossia voluto secondo le clausole stabilite da un ordinamento, che il diritto è chiamato a disporsi come prodotto di per sé variabile a seconda dell'effettivo corso assunto dal processo di decisione. Dal momento che la norma non si pone da sé secondo meccanismi di autocreazione rispondenti solo ai requisiti della coerenza formale, ma suppone un complesso di istituti con soggetti che la emanano in forme codificate e astratte, è impossibile dipingere il diritto come una tecnica indifferente ai significati sociali che le forze organizzate intendono trasferire nella norma. Il postulato di un diritto autoreferenziale, che funzioni come un sistema asettico divaricato dal filtro della rappresentanza politica, può essere solo un espediente metodologico impiegato dallo studioso per isolare concettualmente la materia di indagine. Ma, dal punto di vista genetico e sociologico, l'assioma della autoreferenzialità contraddice alla radice la natura intrinseca del diritto come norma positiva, ovvero creata da una autorità che esercita il potere nelle forme stabilite dal diritto.

La stessa norma fondamentale, da cui per Kelsen si diparte il sistema giuridico coerente e autoreferenziale, più che una ipotesi logica necessaria per avvitare una catena di comandi tra loro coerenti è una carta espressa da processi storico-politici che hanno visto emergere forze effettive capaci di decidere l'ordine della convivenza. La norma fondamentale, che regge il sistema giuridico valido di norme tra loro concatenate, è stata decisa da uno storico processo di insediamento del regime costituzionale. Ciò significa che la tecnica giuridica ispirata alla autoregolazione del diritto trova un suo fondamento nella storicità dei conflitti politici e sociali ingaggiati per esprimere la forma. La forma infondata di Kelsen in realtà è fondata dai rapporti di potenza che si stabiliscono nel tempo tra le grandi forze sociali e politiche¹. E' pur sempre una decisione politica che pone il sistema puro di norme. La razionalità del diritto come norma pura rinvia alla prosaica trama di soggetti che competono tra loro per scrivere la regola secondo i dettami del principio di maggioranza. La razionalità della norma è inserita dentro i conflitti molteplici del sistema politico che affida la titolarità della decisione ad organi costituzionali operanti secondo il principio per cui la maggioranza decide (nel rispetto di prerogative riconosciute alle minoranze occasionali). La contingenza del conflitto politico (legato a valori, interessi, scopi, regole, aspettative) pone in essere la razionalità della norma (che pretende validità in quanto forma o schema generale delle azioni giuridiche).

Il diritto che ambisce a valere come sistema di norme unificate secondo criteri formali e procedurali è reso efficace soltanto dal sistema politico che decide e persegue l'implementazione delle leggi avvalendosi degli apparati amministrativi e burocratici. La riflessione sulla norma in Kelsen si imbatte così nel chiarimento delle basi teoriche del parlamentarismo moderno. La dottrina pura del diritto che aspira alla certezza della norma e alla prevedibilità delle disposizioni normative deve in tal modo contaminarsi con il processo politico per sua natura aperto all'imprevedibilità dei rapporti di forza. La norma giuridica in quanto positiva è variabile e suppone il funzionamento del principio di maggioranza entro gli organi della rappresentanza che registrano il mutevole gioco dei partiti. I meccanismi funzionali della politica che procedono sulla base di contrasti e mediazioni sono profondamente correlati con la definizione del sistema giuridico nei termini della autofondazione a partire da postulati di carattere logico-formale. Dietro la norma pura e la volontà di sistema riposa in realtà la contingenza. La forma non ne esce necessariamente dissolta ma ricondotta a interferenze imprevedibili del gioco politico chiamato all'esercizio della decisione. La dottrina pura del diritto, che nelle intenzioni di Kelsen, avrebbe dovuto recintare un sistema in sé coerente di autoproduzione normativa, in realtà non può fare a meno di incrociare l'impura disputa dei partiti e delle classi sociali alla ricerca di incerti, imprevedibili, instabili equilibri.

Kelsen deve ammettere che oltre che norma il diritto è anche decisione (che si esprime con evidenza quando «un certo valore politico acquista valore giuridico») e quindi la tecnica è in contatto con il terreno scivoloso del dominio politico. Raggiunto il crocevia in cui politica e diritto si intrecciano il giurista praghese avverte il bisogno di una strategia di assicurazione e la individua nella curvatura tecnica e metodologica della politica e del diritto. La politica per Kelsen è anzitutto un metodo per adottare decisioni e quindi sorretta sempre da istanze di controllo e da procedure equilibratrici

¹ Sul linguaggio paradossale del diritto, e la sua inclinazione all'ossimoro, cfr. E. RESTA, «La forma moderna del diritto», *Democrazia e diritto*, no. 3, 1987, p. 96.

che mirano a «una spoliticizzazione delle funzioni dello Stato». La spoliticizzazione della politica in virtù della tecnica è l'obiettivo della dottrina normativista. Per questo obiettivo di anestetizzare l'eccedenza, di limare la smisurata vocazione della politica Kelsen accantona concetti scabrosi come quello di sovranità o di potere che rischiano di far saltare l'equilibrio fragile della legalità.

Il concetto classico di sovranità merita l'oblio perché inadeguato a sorreggere i processi di giuridicizzazione della macchina politica sulla base di rigorose procedure che sorvegliano l'autodeterminazione del sistema normativo. Con il riferimento a una entità sovrana che dispone della decisione suprema, le dottrine classiche – spiega Kelsen – alludevano a «una volontà di uno che diventa motivo della volontà di un altro, quando cioè uno domina un altro»¹. Questa raffigurazione di una volontà ultima, di una causa originaria che determina l'ordine del diritto come una appendice del volere si rivela del tutto fallace. Non si perviene alla descrizione di un sistema di norme capace di autoproduzione se si conserva la supposizione di un centro di volontà che riposa dietro il diritto e lo crea. Il difetto logico che Kelsen riscontra nel concetto di sovranità è quello di incorrere in un circolo vizioso per cui «lo Stato viene pensato come tale già prima della creazione dell'ordinamento giuridico»². L'acuto rilievo kelseniano mette in luce la debolezza di un approccio che suppone uno Stato prima ancora dello Stato, un potere di fare la norma preesistente alla comparsa di un ordinamento giuridico. La sovranità viene così a coincidere con un dato di fatto e quindi essa conduce al di fuori del diritto come ambito puro. Anche il ritrovato di un potere come fondamento ultimo che modella il diritto e lo rende una sua appendice per Kelsen conduce ad un dualismo tra fatto e diritto che ostacola la comprensione del tratto sistemico del diritto-norma. Soltanto un modello esplicativo gracile fondato su un prima, il potere, e un dopo, il diritto, può ignorare che in realtà Stato e ordinamento giuridico sono la stessa cosa. Avverte Kelsen che «il potere non è alcuna sorta di sostanza o entità nascosta dietro l'ordinamento»³. La denuncia delle aporie logiche delle dottrine tradizionali è molto accurata ma non esente da insidie appare anche la ricerca kelseniana di un sistema autoreferenziale «unitario, privo al suo interno di contraddizioni» e di antinomie logiche.

Ritagliando uno spazio tecnico-normativo divaricato dai processi storici reali per sfuggire alle insidie delle contraddizioni non si schivano le antinomie logiche che minano ogni costruzione soltanto formale. Il sistema di norme, che Kelsen assume come «un complesso logicamente chiuso» e retto da regole artificiali che consentono l'autoproduzione illimitata di norme valide, non può in realtà raggiungere alcuna completezza senza l'incoerente rimando a un concreto accadimento storico. Non potendo formalizzare anche la condizione ultima cui il sistema per convenzione si affida per raggiungere la propria autonomia logica e completezza formale, Kelsen è costretto

¹ H. KELSEN, *Il problema della sovranità*, Milano, 1989. La sovranità per Kelsen è soltanto un'ipotesi dello studioso del diritto e non un concetto-istituto e pertanto è del tutto assurda la ricerca storica sulla genesi delle autorità sovrane e degli Stati dinastici europei.

² *Ibidem*.

³ IDEM, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit. Kelsen ricorda che non è lecito separare dualisticamente potere e diritto perché in realtà un potere giuridicizzato non è mai «un potere in senso proprio ma una competenza, e che una forza giuridicamente regolata cessa di essere una forza». Su tali basi Kelsen polemizza con quanti «immaginano un movimento dallo Stato al diritto non meramente logico bensì temporale» e reputa del tutto irrilevanti i processi storici che strutturano i moderni Stati territoriali.

a postulare una effettiva decisione costituente o *instauratio storica*, spacciandola però come una pura «norma originaria che fonda l'unità». Le conseguenze per il lavoro del giurista «puro» sono devastanti. Senza un inizio che fonda la catena gerarchica di norme un sistema non ha unità ma evocando un inizio reale il sistema disperde la propria completezza agganciando la nuda empiria. Come conciliare tecnica e decisione, principio di maggioranza e assenza di valori si rivela un enorme grattacapo teorico dal quale Kelsen esce con talune contraddizioni e smentite degli stessi suoi assunti nichilistici attorno alla democrazia come puro metodo.

Il principio di maggioranza

Per certi versi è sorprendente in un giurista come Kelsen, che va alla ricerca della fondazione pura del sistema normativo, l'attenzione riposta sul processo storico di consolidamento dei regimi democratici. Il regime politico è il modo in cui una comunità politicamente organizzata decide le forme della convivenza. Nella modernità il meccanismo produttivo del diritto è quello fondato sulla regola di maggioranza. La decisione politica – spiega Kelsen – non rispecchia affatto «una verità superiore, assoluta, un valore assoluto superiore agli interessi dei gruppi, ma un compromesso»¹. Dalla verità o omogeneità della comunità, e quindi dal postulato della unanimità, Kelsen passa alla contingenza o decisione in merito non a immobili verità assolute ma a concreti e mutevoli interessi di gruppi sociali diversi. La rilevanza dell'interesse è rimarcata da Kelsen per sganciare la politica dagli assoluti e incardinarla sulla trama di interessi sociali che cercano nella legge una composizione e una sintesi. Dal popolo come depositario di una compatta volontà generale egli passa agli interessi di singoli e di gruppi che esistono in modo plurale entro uno Stato e con la formazione della legge ricercano contingenti punti di intesa e di mediazione. Il richiamo al principio del compromesso significa per Kelsen che anche quando una coalizione economico-sociale raggiunge una qualche supremazia politica essa deve comunque convivere con interessi di segno diverso che non possono essere azzerati.

La democrazia è la forma politica che, al principio numerico della prevalenza della maggioranza delle espressioni di volontà, unisce anche il requisito sociale del compromesso richiesto per la sussistenza pacifica al tempo di un equilibrato meccanismo societario. Secondo Kelsen non esiste un popolo inteso come omogeneo spazio comunitario ma è visibile solo una entità dispersa che presenta fratture, divisioni, «contrastanti nazionali, religiosi, economici». Questi contrasti, per non andare incontro alla decomposizione della struttura politica, esigono una disponibilità delle classi politiche a decidere con una attitudine al compromesso. E' palese che la professione di fede operata da Kelsen in favore di un nichilismo giuridico che assume le tecniche procedurali come del tutto indifferenti ai valori viene smentito dal postulato valoriale per cui il sistema politico retto dal principio del compromesso e dalla mediazione è preferibile ad ogni altro. Solo adottando un punto di vista esterno a quello della mera tecnica giuridica, ossia la desiderabilità del compromesso e della mediazione tra le forze sociali, è possibile asserire che la supremazia della maggioranza non comporti la soppressione delle ragioni e degli interessi della minoranza. Il profilo garantistico dell'ordinamento presuppone per Kelsen una solida giustizia costituzionale che esige

¹ IDEM, *La democrazia*, cit.

la conformità dei regolamenti alla legge e la rispondenza della legge ai dettami della Costituzione.

La convinzione di Kelsen è che in un autentico ordinamento garantista la maggioranza ha le possibilità di decidere secondo le regole attorno ai problemi ma alla minoranza che soccombe resta aperta «la possibilità di ricorrere, direttamente o indirettamente, alla giurisdizione costituzionale». Oltre che principio di maggioranza la democrazia si configura anche come meccanismo collaudato di controllo. Anzi – rileva Kelsen – «il destino della democrazia moderna dipende in sommo grado da un'organizzazione sistematica di tutte queste istituzioni di controllo». Il profilo garantistico dell'ordinamento poggia sulla anestetizzazione della decisione attraverso gli istituti giuridici di controllo di legalità. Secondo Kelsen:

«La democrazia senza controllo è, a lungo andare, impossibile. Essa infatti, senza quell'autolimitazione che rappresenta il principio di legalità, si autodistrugge»¹.

L'istanza di una autolimitazione suppone che il nichilistico rapporto di forza che accompagna la politica sia al tempo stesso sorretto da una condivisione di prospettive e di regole. La legalità nondimeno non riesce a risolvere tutte le preoccupazioni sul volto demoniaco del potere. Ci sono certo delle regole e delle procedure incaricate di garantire le minoranze e tuttavia la mera tutela legale resterebbe inefficace senza un postulato di valore assunto come principio ordinatore della democrazia: la mediazione. La legge è chiamata da Kelsen a rispecchiare la realtà pluralistica delle nazioni e a dare una soddisfacente unità normativa a interessi meritevoli di pubblica tutela. L'ordinamento statale in tempi di democrazia non può essere organizzato attorno ai canoni dell'individualismo liberale classico.

La convinzione di Kelsen è che il principio di maggioranza sia una tecnica per dirimere «l'opposizione degli interessi» presente in società plurali che alimentano domande. Nel suo affresco affiora una realtà politica ben diversa da quella liberale atomistica che supponeva un ordine razionale capace di dare forma al bene pubblico. Nella effettiva scenda politica non ci sono più meri individui irrelati ma soggetti collettivi, gruppi sociali, credenze organizzate che sviluppano aspettative che il sistema giuridico è chiamato a raccogliere. La realtà quotidiana è contrassegnata da aspri conflitti tra aspettative eccedenti e istanze identitarie e ciò impone di rimuovere la «oscura locuzione di bene comune» e di revocare la credenza ingenua in una «illusione metapolitica» come quella che postula un interesse generale capace di imporsi con i procedimenti della ragione. Circa la presenza della ragione nello spazio politico in cui si fronteggiano aspettative in conflitto e pretese attorno a beni particolaristici anche Kelsen sembra risentire dell'impatto della decomposizione del soggetto che ha impegnato la cultura del Novecento. Nella politica agiscono anche forze emotive e nella riflessione sulla politica occorre sempre tener presente che «la mente umana non è completamente dominata dalla ragione e perciò non è sempre logica»². Il solo argine alla proliferazione di miti, spinte irrazionali per Kelsen risiede nella strutturazione di ordinamenti giuridici ispirati al principio di legalità. Nel caos di aspettative e conflitti attorno ai beni la norma è il solo punto di riferimento che dà generalizzazioni

¹ *Ibidem.*

² *Ibidem.*

e disegna forme che durano. Il fare del diritto un sistema è anche una risposta alle forze dell'irrazionale che spingono la politica calda sul terreno dell'inimicizia esistenziale concreta. La produzione di un ordine normativo non attenua comunque il ruolo eccedente del conflitto degli interessi che evoca l'adeguamento continuo del sistema tramite rigorose procedure d'innovazione. Il sistema normativo è una tecnica produttiva di diritto aperta e quindi suscettibile di spezzare e ricomporre l'ordine giuridico costruito per ospitare gli interessi e inquadrarli in una forma valida prodotta dall'ordinamento secondo compatibilità e procedure.

Il sistema di norme sottoposto alle spinte dell'agire sociale è quindi dinamico, non chiuso. La pretesa kelseniana di isolare i confini di un sistema capace di autodescrizione, e in grado quindi di attivare i meccanismi autocreativi di un ordine giuridico stabile, è sollecitata in profondità dalla percezione per cui ciò che accade «fuori» non va semplicemente accantonato come disturbo e anzi penetra «dentro» il sistema perché il conflitto non è un semplice rumore ma una attivazione di forze che si traduce in forma. Risiede proprio in questo la attitudine legittimante delle procedure. La tecnica del diritto per Kelsen sviluppa una propensione alla legittimazione e quindi proprio nella sua veste nichilista (indifferenza a qualsiasi contenuto) emana una apertura valoriale (la convertibilità di ogni contenuto sociale in norma giuridica). Il sistema di norme ha la forza espansiva (attitudine a sfornare sempre nuove disposizioni legali) e inclusiva (di tutte le aspettative sociali) che sorregge la ardita scommessa kelseniana in una forma che non ha turbative dinanzi all'oscuro mondo del conflitto. I meccanismi normativi, in quanto dispongono di canali e tecniche di continuo adeguamento del sistema giuridico, offrono ai contenuti sociali più disparati l'opportunità di approdare in una norma valida. In fondo per Kelsen non c'è più neanche la possibilità di descrivere un dentro e un fuori come parti distinte di una delimitazione fissa poiché il diritto, come sistema aperto, ha incorporato la facoltà d'innovazione. Il sistema con le sue tecniche creatrici di norme non resiste soltanto al disordine esterno, metabolizza la capacità di dare norma ai nuovi contenuti, anche a quelli più eccedenti.

La competizione tra maggioranza e opposizione secondo Kelsen fornisce «la vera rappresentazione della società attuale, profondamente scissa in due classi»¹. Il conflitto tra interessi sociali difformi non può essere accantonato, occorre soltanto precisarne i modi di svolgimento, predisporre con cura i canali di ingresso nelle istituzioni per dispiegare la lotta per il diritto che non rompe gli argini dell'unità del sistema. I partiti, che per Kelsen divengono «gli organi della formazione della volontà dello Stato», sono i protagonisti di una politica che organizza il conflitto e lo gioca anche nel terreno istituzionale. Dal momento che i partiti sono diventati «gli organi costituzionali dello Stato», nel loro modo di tenere insieme «le affinità politiche» e di far valere «la comunione degli interessi materiali» è iscritta la possibilità di edificare uno spazio politico in cui convivano legalità e legittimità, normatività ed effettività. Le aspettative sociali più eterogenee hanno l'opportunità di normativizzazione. Questa astratta possibilità, per ogni interesse collettivo, di definire la norma costituisce di per sé una forma di legittimazione. Il sistema di norme cioè per Kelsen si legittima anche in forza della astratta facoltà riconosciuta a tutte le pretese di trovare la strada della copertura legale. L'astratta possibilità di un interesse sociale di dare vita ad una norma giuridica vincolante, e non la materiale traduzione delle aspettative in legge,

¹ *Ibidem.*

conferisce al sistema una legittimazione. Poiché però nella vita reale la delusione delle aspettative potrebbe pur sempre degenerare pericolose forme di alienazione politica, Kelsen ritiene che oltre alla legittimazione attraverso le procedure occorra anche la materiale soddisfazione di domande sociali. La prolungata delusione delle aspettative minerebbe le basi del sistema giuridico la cui validità dipende pur sempre dalla storica efficacia mostrata nel rispondere alle domande della società. La principale scoperta di Kelsen (la forza legittimante dei procedimenti tecnici di produzione della norma pura) è ritenuta dal suo stesso inventore parziale e comunque meritevole di una appendice: la legittimazione tramite l'assorbimento nel diritto positivo di contenuti sociali.

La strada dell'autonomia del sistema giuridico si trova dinanzi a un bivio. Per essere «puro» un sistema non dovrebbe ospitare altro che procedure astratte che riconoscono ad ogni potenziale interesse collettivo di divenire effettivo tramite la norma giuridica. Ciò però, questo è anche il timore del Kelsen analista della minacciosa società di massa del '900, garantirebbe la purezza del sistema ma ne fiaccherebbe la presa reale dinanzi a ondate di protesta, di emotività, di ribellione. Il sistema puro rischierebbe di tenere dei nevralgici interessi collettivi senza alcuna protezione normativa e questo vuoto produrrebbe effetti disfunzionali nel mantenimento dell'ordinamento giuridico. L'incoerente apertura del sistema di atti di volontà a interessi materiali da soddisfare in quanto tali è la sola garanzia di sopravvivenza dell'organizzazione del diritto astratto. La forza materiale di interessi sociali sorregge la altrimenti gracile razionalità del sistema puro di decisioni attraverso procedure. E' illusorio per Kelsen «trascendere gli interessi dei gruppi e dei partiti», occorre però, per scongiurare la disintegrazione dell'ordine normativo sottoposta alla pressione di una estrema varietà di interessi, saldare il principio di maggioranza con le procedure stringenti e con i superiori vincoli di natura costituzionale.

L'efficacia sociale del parlamentarismo

Per ridurre la democrazia a metodo e il diritto a sistema coerente di norme Kelsen ha dovuto presentare gli odierni ordinamenti costituzionali come puri procedimenti regolati giuridicamente e sprovvisti di centri di volontà o poteri creatrici di assetti legali. Contro le molteplici reincarnazioni del giusnaturalismo che postula valori di giustizia come matrice degli ordinamenti egli ha espunto dal diritto ogni manifestazione etica. Dopo aver esordito combattendo contro l'idea irrazionale di giustizia («importa qui anzitutto liberare il diritto da quel legame per cui è sempre stato unito alla morale»), e dopo aver proclamato la continuità tra normativismo e positivismo nel palesare una indifferenza nichilistica in merito ai valori («ogni qualsiasi contenuto può essere diritto»), Kelsen sembra intuire le difficoltà di restare al solo criterio della validità (procedurale) e in maniera contraddittoria riesuma istanze etiche. Nel diritto internazionale dopo lo sforzo di tagliare i ponti con la morale egli ospita il minimo etico della *civitas maxima* ovvero «l'idea etica suprema» di una organizzazione giuridica retta dai canoni della giustizia e comprendente l'intera umanità. Ma anche nella teoria dello Stato e del diritto la validità delle norme indifferente al contenuto viene accantonata per recuperare altre istanze dapprima rimosse. Per un verso Kelsen postula che il diritto tratteggia solo «un autonomo sistema di norme, indipendente e in sé chiuso». Ma, dopo aver preso il cammino che lo conduce nella direzione della politicizzazione e neutralizzazione, e dopo averlo rinvenuto nelle sembianze di

un sistema autoreferenziale «unitario, privo al suo interno di contraddizioni», egli scavalca il puro spazio tecnico-normativo per lambire spinose problematiche politiche che esulano dal momento meramente formale.

In ciò si evidenzia uno sforzo costante di oltrepassare gli assiomi liberali. Kelsen recepisce il canone liberale classico che dà un'immagine del mondo a sfondo individualistico («è la natura stessa che, nell'esigenza di libertà, si ribella alla società») ma non si accontenta di esso perché divenuto irreali nel tempo presente. Il suo è il mondo della massa non più quello descritto dall'atomismo liberale il cui concetto di individuo irrelato si rivela del tutto inadeguato a cogliere l'influsso dei soggetti associati nella formazione della volontà statale. La politica democratica è inconcepibile senza la mediazione del partito politico che con il metodo democratico elabora la decisione pubblica nelle sfere della rappresentanza. A Weber e Schumpeter che esaltano la democrazia dei capi che si fronteggiano per esercitare la leadership piena Kelsen contrappone la democrazia dei partiti che concorrono alla integrazione politica della massa. Non il regime dei capi (la democrazia è «un metodo per la creazione di organi» e non di un capo rivestito con attribuzioni quasi sacrali) e del potere (la democrazia non è «un terreno favorevole al principio di autorità»), non la espressione del «governo più efficiente» ma la saldatura tra tecniche politiche e vita reale è il progetto della democrazia e della «finzione della rappresentanza» incaricata di mediare interessi sociali e forma politica.

Se la politica ha una funzione veicolare rispetto alle dinamiche più profonde della società è del tutto evidente per Kelsen che

«la democrazia moderna vivrà soltanto se il parlamentarismo si rivelerà uno strumento capace di risolvere le questioni sociali del nostro tempo»¹.

La responsabilità verso il proprio tempo è l'assillo di ogni politica costruttiva capace cioè di offrire sponde solide per integrare la massa nelle istituzioni pubbliche. Questo compito esterno (la qualità sociale della democrazia si potrebbe chiamarlo) fissato come prioritario proietta Kelsen ben oltre il mero universo della democrazia metodo e lo pone in contatto con il grande tema della efficienza storico-sociale delle istituzioni della rappresentanza. Una democrazia può esplicare la sua capacità di integrazione sociale soltanto se abbandona i canoni angusti dello Stato minimo e assume come un fenomeno del tutto fisiologico la tendenza all'espansione del fenomeno burocratico. La crescita abnorme dell'apparato burocratico è del tutto prevedibile dinanzi all'espansione dei compiti dello Stato nella vita economico-sociale e alla proliferazione delle aspettative dei cittadini rispetto al governo. Annota Kelsen: «La burocratizzazione significa, in certe condizioni, mantenimento della democrazia» in quanto accompagna la difficile opera redistributiva dello Stato che attutisce i profondi contrasti sociali della modernità².

La percezione del ruolo sociale del governo politico induce Kelsen a ripensare il concetto di libertà e a trasformarlo alla radice. Dalla libertà come indipendenza dell'individuo «dal dominio dello Stato» egli passa all'idea di libertà come protezione dei singoli dall'incertezza della vita economica. Questa metamorfosi del concetto di libertà conduce Kelsen a una visione a metà strada tra democrazia e socialismo.

¹ *Ibidem.*

² *Ibidem.*

Come Schumpeter anche il giurista praghese suppone che la democrazia è anzitutto «procedura», ovvero metodo specifico per la pacifica produzione di norme e non un «contenuto specifico dell'ordinamento sociale»¹. Ma mentre Schumpeter incorreva in una palese contraddizione (allorché dopo aver fatto della democrazia un metodo postulava una connessione causale tra libertà politica e capitalismo) Kelsen schiva le insidie dell'antinomia perché ha la forza teorica di asserire che proprio perché la democrazia è «un metodo politico» per giungere a decisioni vincolanti non esiste alcun legame indissolubile tra democrazia e capitalismo. Le istituzioni economiche del mercato non sono un valore dato che il conflitto politico non può mai trascendere.

L'idea di Kelsen è che la democrazia dei moderni sia un compromesso tra la partecipazione, l'autogoverno dei cittadini e dei produttori e le esigenze funzionali del mercato. I vantaggi della divisione del lavoro e della differenziazione sociale prodotta dal calcolo economico capitalistico, i frutti dell'efficienza connessa alla elevata specializzazione dei ruoli indotta dalla «complessità dei rapporti sociali» suggeriscono di ridimensionare le istanze massimali di partecipazione e autogoverno dal basso. Ma questo compromesso attiene al piano dei vantaggi, delle opportunità e non a quello dei principi. In via di principio il capitalismo per Kelsen non gode di alcuna protezione assoluta che lo rende un bene costituzionale primario e quindi intangibile. I diritti economici di natura patrimoniale non hanno la forza etica di limitare le ambizioni del mutamento politico e sociale. Che la democrazia sia anzitutto un metodo significa che per Kelsen essa non è legata a uno specifico ordinamento sociale e a una peculiare formazione economica. La libertà politica prevale sulla libertà economica. I diritti politici – puntualizza Kelsen – sono quei «diritti che danno a chi li possiede una influenza sul governo e ciò significa il controllo del processo di formazione e applicazione dei diritti»². Una contrazione dei diritti politici comporterebbe una mutilazione di diritti fondamentali della persona e quindi una perdita secca di influenza e libertà. Limitare i diritti politici equivale ad impedire al soggetto di partecipare al pari di altri alla formazione della norma vincolante. I diritti economici sono di ben altra natura e riposano su un piano subordinato.

Ragionando in astratto, per Kelsen un sistema politico che adottando in maniera rigorosa le procedure della democrazia metodo decidesse di scalfire la formazione economica limitando il regime proprietario non violerebbe alcun diritto fondamentale della persona. Il potere economico secondo Kelsen:

«Dipende in definitiva da coloro che hanno i diritti politici e in conseguenza il potere di mantenere o di abolire il sistema economico»³.

Il capitalismo appare così un meccanismo di comando e di obbedienza sociale assai fragile. Dipende da una decisione politica. L'abolizione di punti nodali del sistema economico e l'introduzione di parametri pubblici o comunitari non comportano la fine degli istituti della democrazia. Proprietà e contratto, cosa e obblighi, negozi e capacità di disposizione sono istituti giuridici che l'autorità pone e le eventuali misure escogitate per ridisegnare il sistema economico orientandolo a finalità sociali non equivalgono affatto alla decapitazione della democrazia. C'è dunque un insospettabile

¹ *Ibidem.*

² *Ibidem.*

³ *Ibidem.*

tratto sovversivo nel normativismo giuridico kelseniano nelle cui diramazioni sotto il coperchio del metodo nichilista cova una smisurata democrazia.

Procedura e funzione

Lungo tutta la sua elaborazione concettuale, Kelsen si mantiene fedele alla definizione della norma come un puro atto di volontà che, in vista della propria validità, e munito di potenza e capacità coercitiva si attiene a procedure indifferenti ai contenuti. Decidere nella procedura e operando scelte inserendosi nelle sue intrinseche gerarchie è il ritrovato con il quale il normativismo intende fondare un sistema giuridico coerente e indifferente alla turbativa di valori esterni. Argomenta Kelsen che, dal punto di vista di un edificio normativo il cui unico contenuto apprezzabile è la pura volontà che esprime la norma, è più appropriato «dire che la norma è un senso, anziché dire che la norma ha un senso»¹. La catena di norme che sulla base del loro essere state poste secondo obbliganti procedure definiscono un coerente sistema giuridico presuppone un rinvio di ogni singola decisione a un precedente atto che la giustifica come compatibile con i requisiti astratti del sistema. La volontà che con la sua potenza e forza di disposizione può fondare la regola e immettervi un senso è così inquadrata anch'essa in una regola data e la procedura vigente consente le seguenti decisioni viste come un continuo e artificiale porre in essere di un senso. La politica, in questo schema, non è una dismisura, una immane potenza esterna ma una volontà di immettere scopi commisurando ogni volta i fini desiderati ai mezzi messi a disposizione dall'ordinamento. La decisione politica attorno ai fini preferibili viene scelta nella regola di un diritto che intende autoprodursi secondo scansioni procedurali prevedibili e consiste nel dare ogni volta un senso ad una norma che senso non ha. Il porre un senso con una manifestazione contingente di volontà diventa in Kelsen una operazione del tutto interna ai meccanismi formali del diritto inteso come sistema di per sé non dotato di senso oggettivo. La politica come posizione di un senso non è un evento segnato dall'imprevedibile manifestazione di potenza ma è una procedura produttrice di senso attraverso il diritto. La politica subisce un trattamento di iperformalizzazione che ne smonta gli eccessi, ne restringe la misura proprio ampliando il campo del possibile. La giurisprudenza inghiotte la legislazione. L'ermeneutica come individuazione di un senso soppianta la politica come posizione di un senso.

Il postulato di Kelsen è che politica e diritto appartengono alla stessa dimensione in quanto componenti formalizzate di un sistema che si è differenziato dalla società reale e dall'etica per esaltare la propria attitudine alla completa autoreferenzialità. La strategia di una politica ridimensionata a tecnica giuridica e di un diritto circoscritto a micro decisione di un senso che si lascia cogliere attraverso la correttezza delle procedure mantiene però scoperto il problema della funzione sociale del sistema giuridico. Le regole di funzionamento del sistema in Kelsen sono ormai il fine stesso del diritto e il senso della norma si riduce a una mera conformità alla procedura. Il senso nondimeno deve pure avere una funzione riconoscibile altrimenti il diritto è un mero gioco cognitivo e non una istituzione chiamata a ridurre le incertezze, a produrre vincoli per il conflitto sociale, a fornire esiti giuridici per le aspettative. La neutralizzazione della politica come posizione di fini e la sterilizzazione del conflitto

¹ IDEM, *Teoria generale delle norme*, Torino, 1985, p. 52.

sociale come produttore di aspettative suppongono in Kelsen un sistema giuridico capace di incorporare la politica e districare gli interessi sociali come momenti immersi nel gioco delle regole, stemperati nei passaggi dei meccanismi procedurali. La politica come produzione di un senso e la società come dominio di un meccanismo proprietario esclusivo non sono più tematizzabili in sistema giuridico come forma estrema della neutralizzazione dell'accadere, della scomparsa dell'imprevista contingenza. Quando tutto può essere deciso secondo procedure nulla più può essere deciso e il giudice più che la politica come attività per la produzione della legge diventa l'interlocutore del conflitto. Un ordine che si definisce a prescindere dai soggetti, un sistema che suppone vincoli e imperativi che possono essere fissati a prescindere dall'intenzionalità dell'agire suppongono in fondo il riconoscimento dell'autonomia del calcolo economico come attitudine fondativa della moderna società in cui i conflitti per la distribuzione delle risorse sono risolti dagli specialisti della procedura e non rinviano più alla politica che pone fini dandogli la forma della legge.

Quella del normativismo kelseniano è la più sofisticata opera di tecnicizzazione del diritto che intende ridurre la politica e l'agire sociale a momenti delle procedure giuridiche formalizzate. Il diritto si presenta come la macchina della spoliticizzazione che suppone il primato dell'interprete (della validità come corrispondenza alla procedura) sul ruolo del legislatore. Ciò che i giusnaturalisti ricercavano (la giustificazione dell'ordine sociale esistente) attraverso il dogma della legge di natura, Kelsen lo insegue tramite la finzione tecnica di un diritto autonomo che riduce la politica, l'economia e la società ad appendici della corretta procedura di decisione della norma valida. La norma si tramuta così da decisione attorno ai fini collettivi e alle risorse in una pura regola del gioco. E la politica, da potere che istituisce un ordine sociale rivestendolo di norme, si converte in un mero principio organizzativo in sé privo di valori oggettivi che definisce ogni senso riconducendolo alla conformità di una decisione che procede a istituire vincoli secondo la procedura prefissata. Neanche così scompare la politica: è pur sempre una opzione politica quella di delimitare la potenza istitutrice di norma a mera conformità tecnica alle procedure. La procedura è una funzione suprema di un ordine sociale fondato sull'autonomia del soggetto proprietario e la funzione del diritto è nient'altro che la conformità della norma a una procedura. Il sistema che si chiude in se stesso, riducendo la politica e l'economia a variabili interne, è l'ardita scommessa in una ennesima attestazione di fine della storicità. Lo stesso Kelsen però è ben consapevole che la politica, sia pure addomesticata con la procedura, disvela pur sempre un mutevole gioco di potenza e non può essere scacciata al di fuori del diritto. Non è dall'economia assunta come data organizzazione sociale provvista di compatibilità insormontabili che si diparte la norma intesa come conformità al meccanismo proprietario. La politica come volontà di orientare i comportamenti con norme e attitudine decisionale secondo procedure è sempre un po' oltre la pura tecnica o competenza dell'interprete. Kelsen afferma che l'ideale della tecnicità della decisione «è stato in ogni tempo una delle più potenti ideologie dell'autocrazia»¹. Il rischio di un isolamento tecnocratico del diritto è quello di precipitare nelle micidiali trappole dell'autocrazia.

¹ Cit. in N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 16. Il normativismo giuridico come procedura senza idea del bene assoluto non può evitare l'arbitrarietà in quanto «nessuna delle procedure su cui può basarsi, siano esse procedure democratiche, norme di riconoscimento, o una norma fondamentale, può in ultima analisi autogiustificarsi» (M. ROSENFELD, *Interpretazioni*, Bologna, 2000, p. 25).