

INTRODUZIONE

Se volessimo oggi ripercorrere la vicenda della diffusione novecentesca del pensiero di Hans Kelsen nell'ambiente italiano degli studiosi di diritto, di filosofia e teoria del diritto nonché di giuristi con accentuate sensibilità politologiche, saremmo senz'altro colpiti dall'elevato numero di critiche dai toni accesi e liquidatori, mosse da autori di diverso indirizzo scientifico e di ineguale spessore intellettuale. Un fenomeno, d'altra parte, subito percepito da due Maestri della filosofia del diritto italiana – Norberto Bobbio e Vittorio Frosini – pronti a descrivere e discutere aspetti particolari e tendenze generali di questo complesso movimento antikelseniano¹.

¹ Il riferimento è a N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1954, 2, pp. 356-377, rist. in ID., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1955, pp. 145-162; e V. FROSINI, *La critica italiana a Kelsen*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1961, 2-4, pp. 201-213, rist. in ID., *Teoremi e problemi di scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 263-277 e in ID., *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 21-34. Per una visione generale della recezione italiana di Kelsen cfr. M.G. LOSANO, M. MARCHETTI, R. ORSINI, D. SORIA, *La fortuna di Hans Kelsen in Italia*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 8, 1979, pp. 465-500, rist. in M.G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Comunità, 1981, pp. 179-212. Vedi pure A. CARRINO, *La fortuna di Kelsen in Italia (1947-1989)*, in appendice a ID., *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, II ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990. Per l'aspetto meramente bibliografico vedi, fino al 1982, il mio *Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. Roehrsen, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1983; e, dal 1983 al 1997, G. BONGIOVANNI, *Kelsen e la Reine Rechtslehre*

In realtà, proprio in virtù dell'ampiezza di questo movimento critico, è difficile rilevare costanti significative ed elementi comuni di più profondo valore conoscitivo. Possono, al più, rilevarsi atteggiamenti ricorrenti tra i critici italiani della *Reine Rechtslehre*. Il più vistoso è quello di individuare nella teoria kelseniana il modello esemplare di un indirizzo di pensiero non condiviso o di un orientamento politico avverso e, quindi, attraverso un rovesciamento dell'argomentazione, riversare sulla Dottrina pura del diritto tutti i mali, veri o presunti, di quell'indirizzo o di quell'orientamento. La teoria kelseniana è stata vista, perciò, come espressione emblematica tanto di un rozzo positivismo statualistico quanto di un giusnaturalismo sotto mentite spoglie. E ancora, da un punto di vista politico, come voce eminente di tutte le ideologie immaginabili – liberal-democratica, socialista, comunista, anarchica – e, addirittura, come precorritrice e fiancheggiatrice dei totalitarismi di destra. Questo atteggiamento, ben presente nella cultura giusfilosofica e giuspolitica italiana fin dal primo importante momento di diffusione del pensiero kelseniano attraverso un piano di traduzioni e interventi pubblicati nei «Nuovi studi di diritto, economia e politica» negli anni dal 1929 al 1933², è stato, nei fatti, un atteggiamento tipico che ha segnato, ovunque nel mondo, l'accoglienza riservata alle tesi del Maestro della Scuola di Vienna. Lo stesso Kelsen, in un passo famoso del *Vorwort* alla *Reine Rechtslehre* del 1934, dopo aver

in Italia (1983-1997), in appendice a ID., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato. II. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998.

² Alcuni di questi contributi sono stati riproposti in H. KELSEN, A. VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, prefazione e cura di M.G. Losano, Torino, Aragno, 2012. Le finalità e il contesto di tale operazione editoriale sono ricostruiti con precisione da M.G. LOSANO nella prefazione al volume, *Tra democrazia in crisi e corporativismo in ascesa: il primo libro italiano di Hans Kelsen*, pp. 7-78. Sulle critiche di Volpicelli a Kelsen vedi il mio *Individuo, società, Stato. Riflessioni su una polemica rivisitata*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 43, 2014, t. II, pp. 947-954.

elencato l'elevato numero di contrapposte accuse, spesso sprezzanti, su un ritorno politico della sua costruzione giuridica, può concludere con la soddisfazione di chi vede i propri avversari annullarsi vicendevolmente: «In breve, non c'è in genere nessun indirizzo politico a cui la dottrina pura del diritto non sia stata ancora sospettata d'appartenere»³.

Può, però, dirsi che queste critiche, sia in campo nazionale sia in campo internazionale, alla Dottrina pura del diritto e al complesso del pensiero kelseniano, per quanto diversissime nei contenuti e negli approdi, abbiano simili modalità di sviluppo. La maggior parte, infatti, mostra una sovrapposizione della personalità scientifica, intellettuale e ideologica dei loro autori sulle pagine del testo kelseniano. Questo tratto comune svela, in definitiva, un sostanziale disinteresse per quel che Kelsen abbia effettivamente detto o abbia voluto presumibilmente dire. La Dottrina pura del diritto diviene un pretesto, un ottimo veicolo pubblicitario, per lanciare un proprio personale messaggio, riproporre una propria visione teorica e, nella peggiore delle ipotesi, conquistare una facile visibilità sulle spalle della fama universale della costruzione teorica kelseniana. È questo uno spettacolo non molto edificante, a volte anche moralmente ripugnante per la palese falsità delle accuse rivolte a Kelsen di fronte all'eloquente storia della sua vita e per la portata delle manipolazioni operate su un testo chiaro nei suoi intendimenti. Questo tipo di critica è senz'altro istruttiva e storicamente significativa ma è, pure, scientificamente sterile, poiché instrada la discussione sulla via stretta di un'adesione o di un rifiuto, dettati principalmente da motivazioni impulsive e da affinità soggettive. Meglio sarebbe stato, in alcuni casi, lasciar cadere nel vuoto alcuni famosi anatemi, seppur proferiti da celebrati maestri accademici.

Diversamente accade per gli Autori presentati nelle pagine

³H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, Einaudi, 1967, p. 44 (*Reine Rechtslehre*, Studienausgabe der 1. Auflage 1934, hrsg. von M. Jestaedt, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 6).

che seguono, pagine frutto di una ricerca che si protrae ormai da anni e che non può dirsi ancora conclusa. Sono Autori ai quali non difetta certamente spirito critico e asprezza di giudizio verso la Dottrina pura del diritto e che non si sono mai adoperati per nascondere i propri orientamenti ideologici, alcuni fortemente discutibili e, in verità, già oggetto di discussioni anche animate. Questi Autori, però, si sono calati all'interno della struttura delle pagine kelseniane e ne hanno verificato gli assunti e gli sviluppi discorsivi, offrendoci infine un materiale eccellente per comprendere l'impatto della *Reine Rechtslehre* sulla cultura giuridica novecentesca italiana – ma anche europea, visto il loro riconosciuto prestigio scientifico – e per riflettere sull'attualità e sull'eredità di un pensiero che ha per anni dominato la scena degli studi giuridici. Le pagine di Betti, Mortati, Leoni e Giuliani, pur con qualche occasionale e inevitabile scadimento e forzatura, rimangono pagine esemplari di un esercizio critico che sappia coniugare il dissenso sulle posizioni al rigore della lettura. Credo che sia opportuno oggi conservare questo insegnamento.

NOTA EDITORIALE

Il capitolo I, *Emilio Betti e la "malattia kelseniana"*, è apparso, col medesimo titolo, in V. FROSINI, F. RICCOBONO (a cura di), *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 159-183.

Il capitolo II, *L'antikelsenismo di Costantino Mortati*, è apparso con il titolo *L'antikelsenismo di Costantino Mortati. Temi e luoghi*, parte seconda di V. FROSINI, F. RICCOBONO, *Mortati e Kelsen*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1992, 2, pp. 407-430; rist. in M. GALIZIA (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè (Archivio di Storia Costituzionale e di Teoria della Costituzione – Biblioteca 5), 2007, pp. 593-620.

Il capitolo III, *Tre episodi dell'antikelsenismo di Bruno Leoni*, è inedito.

Il capitolo IV, *Il contributo di Alessandro Giuliani per una teoria più pura del diritto*, è apparso con il titolo *Per una nuova teoria pura del diritto. Note di lettura sulla prima opera di Alessandro Giuliani*, in F. CERRONE, G. REPETTO (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, Giuffrè (Biblioteca «Per la storia del pensiero giuridico moderno»), 2012, pp. 229-245.

I

EMILIO BETTI E LA “MALATTIA KELSENIANA”

1. *Due notazioni autobiografiche*

Due noti passi autobiografici descrivono l’atteggiamento di Emilio Betti verso Kelsen. Nel primo, Betti dichiara la propria simpatia per Grispigni, incontrato a Camerino nel 1918, simpatia «accresciuta dalla comune convinzione circa la bontà dell’indirizzo costruttivo del Kelsen (questa del K. è una malattia che ogni giovane giurista attraversa)»¹. Nel secondo, ricordando l’arrivo a Messina nel 1923, Betti registra in terza persona: «Avvertiti i limiti del normativismo astratto e formale propugnato dal Kelsen, sottoposte a critica talune sue artificiose costruzioni, l’analisi degli istituti giuridici richiamava l’attenzione del giovane docente sui problemi pratici di cui essi offrono la soluzione, quindi sugli interessi della vita sociale e sulla loro valutazione e tipizzazione in vista della tutela giuridica»². Betti subisce, dunque, inizialmente il fascino delle geometriche teo-

¹ E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, Padova, Cedam, 1953, p. 19. Il passo è ricordato da G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 7, 1978, p. 177, nota 50, come punto iniziale del rapporto Betti-Kelsen. Di tale rapporto Crifò indica pure, con concisa precisione, gli ulteriori riferimenti bibliografici.

² E. BETTI, *Notazioni autobiografiche*, cit., p. 23. Un opportuno invito a riportare i due passi citati all’interno di un più vasto quadro dottrinale è avanzato da G. MARINO, *Diritto, principi, giurisprudenza. Percorsi nella cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 197-198.

rizzazioni kelseniane ma se ne allontana ben presto nella convinzione – che diverrà l'asse portante del suo pensiero – della centralità della nozione di interesse per tutta la vita del diritto.

2. *La critica di Betti a Kelsen sui concetti di norma giuridica e di diritto soggettivo*

L'opera, dove per la prima volta appare chiaramente il progressivo e deciso allontanamento di Betti dalle posizioni kelseniane, è *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, libro pubblicato nel 1920³, ma il cui nucleo originario risale al 1916 e, dunque, situato nel bel mezzo del processo di guarigione del nostro Autore dalla “malattia” kelseniana. Perseguendo il fine «di porre in rilievo il contrapposto che esiste tra l'obbligazione romano-classica e l'obbligazione moderna agli effetti della loro realizzazione nel processo»⁴, Betti analizza nelle note un imponente materiale dottrinale, soffermandosi in particolare sugli *Hauptprobleme* di Kelsen⁵. Questa di Betti è la prima articolata riflessione in lingua italiana sulle tesi kelseniane condotta da un giurista⁶.

Le critiche di Betti si dispiegano su due fronti principali,

³ E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, Tip. Cooperativa, 1920.

⁴ Ivi, p. III.

⁵ Cfr. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssätze*, Tübingen, J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1911.

⁶ L'opera di E. DI CARLO, *Teoria pura e teoria empirica del diritto*, in «Il Circolo giuridico», XLIII, 1912, pp. 219-224, che solitamente apre le bibliografie sulla fortuna di Kelsen in Italia, in verità non menziona mai Kelsen; mentre sono da ascrivere sicuramente alla filosofia morale le pagine su Kelsen di E.P. LAMANNA, *L'eticità del diritto. L'esperienza giuridica*, Firenze, La «Cultura filosofica» Editrice, 1919, pp. 37-39. Le bibliografie kelseniane tacciono sulle critiche bettiane contenute in questa e in altre opere. Vedi in proposito la recente e autorevole protesta di G. CRIFÒ, *Presentazione* a E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica*, scritti scelti a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1991, p. XVI.

che impegnano le concezioni kelseniane della norma giuridica (a) e del diritto soggettivo (b).

a) La concezione kelseniana della norma giuridica è da Betti riguardata sotto il profilo della coazione. Di fronte alla questione, fondamentale per il concetto stesso di obbligazione, «se sia carattere specifico e indefettibile del diritto la *coazione*»⁷, Betti condivide lo sforzo kelseniano di liberare la sanzione giuridica dalla funzione di necessitazione psicologica del destinatario, al punto di richiedere una più corretta formulazione della medesima questione nei termini «se sia essenziale al diritto la *possibilità della sua attuazione forzata [...] per via indipendente dalla volontà dell'obbligato*»⁸. La risposta di Betti è che «carattere essenziale del diritto (non meno di quello della obiettività della norma giuridica e della bilateralità della sua efficacia) *non è la possibilità effettiva e concreta di realizzarsi con la forza nel caso singolo – possibilità, questa, che di fatto può anche mancare – bensì la possibilità virtuale ed astratta, predisposta e preordinata nel sistema stesso dell'ordinamento giuridico, come tendenza a questo immanente, di attuarsi con la forza che sia per trovarsi, di fatto, a sua disposizione*»⁹. Tale risposta permane, da un lato, nell'orizzonte kelseniano dell'irrelevanza giuridica dell'effettiva realizzazione del dettato normativo nei casi singoli¹⁰, dall'altro apre, però, uno spiraglio sull'aspetto concreto dell'organizzazione della sanzione all'interno dell'ordinamento giuridico, identificato ora come edificio sociale e non come mero insieme di proposizioni normative¹¹.

⁷ E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, cit., p. 2, nota 1.

⁸ Ivi, p. 3 nota.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Cfr. ivi, p. 4 nota: «Ma se il diritto raggiunga effettivamente tale sua destinazione (di essere realizzato con la forza), è questione di fatto, alla risoluzione della quale è indipendente l'esistenza del diritto stesso (v. in questo senso KELSEN, *Hauptprobleme* 27-28, 216, 343-44)».

¹¹ Infatti Betti ammette sul punto di aderire all'opinione di Santi Romano (cfr. ivi, p. 3 nota).

Ciò lascia intravedere il prodursi di una linea di frattura tra la posizione kelseniana e quella bettiana sul rapporto norma-sanzione. L'accordo sul superamento della sanzione-motivazione e sul rifiuto della dimensione *singolare* del problema cede il passo alla perplessità di Betti sul privilegiamento kelseniano della volontà statale in senso formale contro la complessa tessitura di scopi e interessi economico-sociali connaturata all'idea di diritto¹². La perplessità di Betti si appunta soprattutto sulla conseguenza più vistosa di quel privilegiamento, ovvero sulla costruzione unitaria dell'obbligo del suddito di comportarsi secondo il precetto giuridico e dell'obbligo dello Stato di imporre la sanzione in caso d'illecito: non solo per Kelsen i due obblighi sono statuiti dalla medesima norma ma «la volontà statale della sanzione è la stessa volontà che crea l'obbligo di condotta a cui la sanzione va concomitante»¹³. Kelsen non distingue, insomma, «la norma in quanto impone un dovere, dalla norma in quanto predispone una corrispondente sanzione»¹⁴.

Betti non contesta la mancanza, nella norma kelseniana così costruita, di una funzione preventiva della sanzione. Lo scopo sociale, incorporato nella funzione preventiva della sanzione, riveste di per sé scarsa importanza per il giurista. Ciò che va respinta è, invece, la riduzione del comportamento dovuto a «semplice *condizione negativa* di una volontà dello Stato diretta a una propria attività di sanzione (pena o esecuzione forzata)»¹⁵, poiché in tal modo si inibisce allo Stato e si estromette dal concetto stesso di diritto la possibilità di indirizzo *positivo*

¹² Cfr. *ivi*, p. 89, nota 22, dove ritorna significativamente il nome di S. Romano accanto all'illustrazione delle tesi kelseniane.

¹³ *Ivi*, p. 89, nota 22.

¹⁴ *Ivi*, p. 124, nota 16. Fino all'ultimo Betti ritornerà sull'idea che «la coercibilità, diretta o indiretta, sia carattere tendenziale e normale, ma non costante né necessario del dovere giuridico» (voce *Dovere giuridico (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 58).

¹⁵ *Ivi*, p. 148 nota.

e immediato del comportamento dei consociati, oscurando quella più ampia considerazione degli scopi sociali che non può essere eliminata dall'ambito delle scienze giuridiche¹⁶. Riducendo il comportamento dovuto a *condizione negativa* dell'agire giuridico, Kelsen mostrerebbe, per Betti, un difetto di comprensione della «realtà delle cose». La concezione kelseniana «è esatta soltanto per uno stadio primitivo del diritto, quando lo Stato, nell'intervenire a regolare i rapporti tra privati, trovandosi di fronte alla preesistente autonomia di questi, non pensa a statuire, positivamente, obblighi di condotta dell'un privato verso l'altro, quanto piuttosto a stabilire, negativamente, sotto quali condizioni e in quali limiti l'uno sia verso l'altro legittimato a esercitare l'azione penale o l'azione esecutiva»¹⁷.

Tale difetto di comprensione poggia su un presunto errore teorico della concezione kelseniana. L'accordo di Betti con Kelsen verte sul rifiuto della funzione di motivazione della sanzione, non sul potere motivante della norma giuridica nel suo insieme, che Kelsen nega nella sua lotta contro il *dogma* della volontà e Betti, invece, sostiene, dando rilievo al concetto di statuizione positiva. Di conseguenza Betti disapprova l'acceso anti-imperativismo di Kelsen, la cui labilità viene dedotta con un tortuoso ragionamento. Kelsen, secondo Betti, riterrebbe che «la forma dell'imperativo sia confacente esclusivamente alla morale autonoma e ripugnante al diritto»¹⁸, cioè riterrebbe che caratteristica essenziale dell'imperativo sia il provenire da una volontà incondizionata, così da doversi parlare di un imperativo incondizionato. La coincidenza kelseniana dell'obbligo dei sudditi con la volontà dello Stato di irrogare la sanzione alla *condizione* del comportamento illecito, provocando la stabile inserzione di una volontà condizionata nel nucleo della norma giuridica, impedirebbe ogni definizione

¹⁶ Cfr. *ivi*, p. 164, nota 46 con riguardo all'ambito privatistico.

¹⁷ *Ivi*, p. 148 nota.

¹⁸ *Ivi*, p. 124, nota 16.

della medesima norma giuridica in termini d'imperativo e consiglierebbe la forma del giudizio ipotetico quale unica forma capace di esprimere il gioco delle condizioni. Betti, all'opposto, reputa, sulle orme di Croce, che «l'imperativo – e ogni imperativo, anche quello morale (cheché abbia detto in contrario il Kant) – è, come tale, *sempre condizionato*»¹⁹, poiché l'imperativo si fonda sulla volontà, la quale è sempre *attualmente condizionata* dalle circostanze di fatto che rendono possibile la realizzazione dei suoi propositi. Chi nega la natura imperativa della norma giuridica cade, dunque, nell'equivoco di inferire il carattere ipotetico della norma giuridica dalla presenza della condizione, dove la presenza d'una condizione, per sé stessa, non figura, in verità, un giudizio ipotetico né esclude l'imperativo. Betti non intende con ciò «entrare nella disputa – priva, del resto, di ogni interesse pel giurista – circa il carattere imperativo o meno della norma giuridica»²⁰ quanto estendere l'analisi della «condizionatezza» della volontà al dovere, per concludere che «parlare di un dovere *'incondizionato'* in senso meramente *potenziale* è una finzione senza nessuna utilità costruttiva»²¹. La critica alla concezione kelseniana della norma giuridica ritorna, così, sul concetto di obbligo, preparando il terreno per la definitiva ed essenziale discussione sul concetto di diritto soggettivo.

b) In *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Betti ci offre la seguente definizione *genetica* – «dimostrativa cioè della genesi del definito stesso» – del diritto soggettivo privato: «*Il potere giuridico individuale espresso da una determinata norma concreta di diritto sostanziale, in quanto è posta a disposizione di un determinato soggetto: potere spettante al soggetto stesso di fronte ad uno o più altri, in quanto è correlativo a una limitazione e a una concomitante eventuale sanzione, statuite da essa norma a carico di questi, in ordine al*

¹⁹ Ivi, p. 125 nota.

²⁰ Ivi, p. 124, nota 16.

²¹ Ivi, p. 125 nota.

soddisfacimento di un interesse privato di lui»²².

Alcuni dei vantaggi apportati da tale definizione vengono da Betti illustrati proprio in opposizione alla teorizzazione kelseniana del diritto soggettivo come quella particolare relazione tra la norma giuridica e il soggetto, per la quale la norma «*sta a disposizione*» del soggetto, nel senso che la volontà statale compresa nella norma «*è condizionata, tra l'altro, anche da una manifestazione di volontà di lui*»²³. Il difetto principale della definizione kelseniana del diritto soggettivo è subito individuato da Betti nella mancata distinzione tra diritto soggettivo sostanziale (pubblico e privato) e diritto processuale di azione: la «*possibilità di disporre della protezione giuridica statale (azione) appunto perché è alquanto di distinto da questa protezione stessa, non deve identificarsi con quel diritto subiettivo che da questa protezione (sia pure con riguardo alla possibilità di disporre) si esprime*»²⁴.

La critica verte inizialmente sulla determinazione del "soggetto passivo" del diritto soggettivo. Kelsen parla, in verità, di un doppio obbligo statuito dalla norma giuridica cui è riferibile un diritto soggettivo: l'obbligo di un suddito ad un comportamento dovuto e l'obbligo dello Stato, in caso di inadempimento e violazione, di applicare la sanzione prevista²⁵. Betti ne

²² Ivi, p. 14. Corsivo del testo. Per un inquadramento generale delle definizioni bettiane del diritto soggettivo vedi R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna, il Mulino, 1978, pp. 42, 45, 46, 153-4, 156.

²³ Ivi, p. 11 nota. Corsivo del testo.

²⁴ Ivi, nota 10. Corsivo del testo.

²⁵ Cfr. ivi, p. 15 nota; e soprattutto p. 212 nota. È qui da notare come Betti per altro critichi la continua correlazione kelseniana tra "obbligo" e "diritto soggettivo". Egli, infatti, ricorda come le limitazioni giuridiche disposte dal diritto obiettivo «non si concretano sempre in veri e propri *obblighi di condotta* del soggetto passivo del rapporto giuridico» (ivi, p. 13, nota 11). Ricca la casistica bettiana al riguardo: il rapporto di responsabilità, astrazione fatta dal rapporto di debito; il rapporto giuridico caratteristico dei c.d. diritti potestativi, dove si è soggetti al potere altrui

prende atto ma ritiene che l'obbligo dello Stato sia alla fine prevalente nella costruzione kelseniana, al punto che «se si domandasse al Kelsen verso *chi*, secondo lui, spetti al titolare il diritto stesso – se *verso il privato obbligato* che gli sta di contro, ovvero *verso lo Stato* per opera del quale (nell'odierno ordinamento giuridico, non però per logica necessità) la sanzione dev'essere realizzata – il Kelsen risponderebbe che esso è un diritto *verso* (gegen) lo Stato»²⁶.

Kelsen produce così, per Betti, due errate identificazioni: prima vede il diritto d'azione come un diritto alla realizzazione della sanzione, poi identifica il diritto soggettivo sostanziale con tale diritto d'azione. Ciò provoca un'inammissibile commistione di aspetti sostanziali e processuali, una insensata inversione tra il mezzo processuale e la ragione da far valere con tale mezzo contro l'avversario: «la possibilità legale che il cittadino ha di adire gli organi giurisdizionali è semplicemente una *condizione* del diritto d'azione di fronte all'avversario»²⁷.

Il fatto che la norma sostanziale sia posta a disposizione di colui di cui protegge l'interesse non deve offuscare, per Betti, la corretta e complessa articolazione dell'istituto giuridico in questione, dove vanno chiaramente distinti tre momenti: *a*) la norma giuridica sostanziale della cui attuazione si tratta (ragione); *b*) il potere giuridico processuale-sostanziale di promuoverne e provocarne l'attuazione (azione); *c*) le forme processuali e i relativi poteri giuridici puramente processuali, che

ma nulla si deve; il rapporto di sudditanza dei cittadini verso lo Stato. L'equivoco nasce probabilmente dal fatto che Kelsen, assimilato da Betti a Hold von Ferneck, intenda «il termine "obbligo" (*Pflicht*) nel senso amplissimo di "limitazione" (correlativa a un potere giuridico)» (ivi, p. 19 nota). Ma è pur riconosciuto da Betti che Kelsen abbia intuito che la corrispondenza costante tra "diritto soggettivo" e "obbligo" può aversi solo all'interno di una concezione "larga" del diritto soggettivo. Meglio parlare di una corrispondenza tra "obbligo" e interesse protetto altrui, senza che venga per questo automaticamente a crearsi un potere giuridico individuale. Cfr. ivi, pp. 138-9 nota.

²⁶ Ivi, p. 16 nota.

²⁷ Ivi, p. 214 nota.

fungono *da mezzo o condizione* rispetto allo scopo ch'è l'attuazione della norma sostanziale»²⁸. Non è, quindi, lo Stato il termine passivo del potere individuale espresso dal diritto soggettivo, ma uno o più individui nei cui confronti il soggetto individuale, attivo detentore di questo diritto soggettivo, fa valere la propria ragione giuridica. Kelsen omette di rilevare ciò che Betti ritiene un sicuro merito della propria definizione di diritto soggettivo: il chiarimento del diritto soggettivo come «un potere *individuale* spettante a un determinato soggetto *di fronte* ad uno o più altri, in quanto la norma di cui è l'espressione si è concretata in un *rapporto* giuridico»²⁹.

Betti enfatizza, in sostanza, la dialettica privatistica del diritto soggettivo come potere di un individuo verso un altro individuo, potere logicamente e storicamente precedente quella richiesta di prestazione dell'attività giurisdizionale dello Stato che configura – si notino le sfumature della scrittura bettiana – il «c.d. "diritto" subiettivo pubblico»³⁰. L'asse del ragionamento bettiano non è la protezione di un diritto ma la determinazione e il soddisfacimento di un interesse. Una proficua definizione del diritto soggettivo non può tralasciare «di asse-

²⁸ Ivi, p. 54 nota.

²⁹ Ivi, p. 15 nota.

³⁰ Ivi, p. 214 nota. La categoria di "diritto subiettivo pubblico" è esaminata da Betti soprattutto in rapporto alla costruzione dell'azione, dove viene contestata la possibilità di riportare il diritto d'agire nel campo del diritto pubblico soggettivo con una foga che travalica l'ambito della discussione per investire la struttura stessa del concetto. Cfr. ivi, p. 43, nota 31: «Quel "diritto" non è altro che il potere generico, inerente allo status di cittadino, di formulare una *richiesta* (domanda giudiziale e atti processuali ulteriori) la quale è *condizione* per ottenere una prestazione dello Stato [...]». Ampi nel testo i riferimenti a Kelsen. E ancora, a dimostrazione della esuberante impostazione privatistica bettiana, vedi l'accenno critico alla costruzione kelseniana del diritto penale come diritto soggettivo dello Stato: «costruzione che, alla stregua di un rigoroso criterio privatistico, ci sembra alquanto ostica e artificiosa» (ivi, p. 107, nota 4). Nel diritto penale dovrebbe ragionevolmente operare un criterio pubblicistico!

gnare, in linea *subordinata*, anche lo *scopo economico-sociale* in relazione al quale al potere stesso deve corrispondere una limitazione, secondo la *ratio* immanente della legge che la statuisce». A questo compito certo non è idonea la «critica puramente formalistica del Kelsen», insensibile a cogliere la natura dello scopo economico-sociale quale «uno dei più importanti criteri discretivi del diritto privato dal pubblico»³¹.

3. La “barocca costruzione” della delegazione kelseniana

La seconda data da fissare per la ricostruzione dell’atteggiamento bettiano verso la teoria kelseniana è il 1927, anno in cui appaiono due scritti significativi per la genesi di alcuni argomenti antikelseniani del Betti maturo.

Il primo scritto, *La creazione del diritto nella ‘iurisdictio’ del pretore romano*³², riproduce la prolusione al corso di Storia del diritto romano, letta da Betti nell’Università di Firenze il 18 gennaio 1926. Kelsen viene citato in due note. La prima volta a sostegno della tesi che il giudice odierno sia chiamato, nel caso concreto, a conoscere e a formulare sempre e solo la volontà della legge, senza l’immissione di una volontà propria³³. Betti entra, sul punto, in polemica con Calamandrei, cui rimprovera di rifarsi ad «un’erronea concezione della volontà statale». È, infatti, erroneo credere «che – analogamente a quanto avviene in noi – anche rispetto a ogni singolo *atto dello Stato* (p. es. rispetto alla sentenza) sia necessario postulare un’apposita e autonoma *volizione dello Stato* per ministero del suo organo»³⁴. Il riferimento dell’atto allo Stato non discende, per

³¹ Ivi, p. 14 nota.

³² In *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel XXV anno del suo insegnamento*, Padova, Cedam, 1927. Cito dall’estratto.

³³ Cfr. E. BETTI, *La creazione del diritto nella ‘iurisdictio’ del pretore romano*, cit., p. 4.

³⁴ Ivi, p. 6 nota.

Betti, da una volizione particolare di un organo dello Stato ma avviene ogni volta che l'ordinamento giuridico voglia per l'atto tipico tale riferimento e l'atto specifico sia oggettivamente conforme ai requisiti voluti. Il rinvio al superamento del dogma della volontà dello Stato grazie alla kelseniana "*Zurechnung*", come ha luogo negli *Hauptprobleme*, è quasi ovvio.

È piuttosto da notare come la conclusione di Betti, supportata dalla citazione degli *Hauptprobleme* del 1911, delinea una posizione antitetica a quella espressa sul tema della giurisdizione dalla teorizzazione kelseniana dello *Stufenbau*, culminante nella *Allgemeine Staatslehre* del 1925³⁵. L'opinione che la volontà individuale del giudice, impegnato nell'«individuare la norma con le circostanze del caso specifico», non abbia «la menoma rilevanza giuridica»³⁶ non può conciliarsi con l'affermazione kelseniana del potere discrezionale dell'organo giurisdizionale, intento alla produzione della sentenza (norma individuale) all'interno dell'ordinamento giuridico concepito come una struttura gradualistica. La citazione del testo kelseniano del 1911 sembra in realtà indicare la gestazione d'un profondo dissenso bettiano sulla più recente proposta di Kelsen di una organizzazione unitaria dei tre poteri dello Stato come schema di produzione normativa.

Quest'impressione trova conferma nella seconda citazione kelseniana operata da Betti in *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*. Ancora si rimanda agli *Hauptprobleme*, ma con un preciso intento critico. Betti biasima che Kelsen concepisca «come norma giuridica in bianco ogni specie di delegazione legislativa: barocca costruzione, codesta, e

³⁵ Cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Julius Springer, 1925, soprattutto il Terzo Libro, *Die Erzeugung der Staatsordnung (Dynamik)*, dove confluisce tra l'altro il precedente saggio *Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in *Kant-Festschrift zu Kants 200. Geburtstag am 22. April 1924*, «Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie», XVII, 1923/1924, pp. 374-408.

³⁶ E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, cit., p. 6 nota.

buona soltanto a confondere le idee»³⁷. Nel tentativo di chiarire il significato giuridico del potere di normazione dell'esecutivo in regime di divisione dei poteri, Betti appronta una classificazione dei fenomeni rientranti in tale prospettiva. In uno dei casi si prevede che l'esecutivo sia *delegato* ad esercitare funzioni legislative in luogo e in vece del potere legislativo. Questo tipo di delegazione può, per Betti, «assumere anche la forma di *rinvio recettizio*, ossia di una *norma giuridica in bianco*, il cui riempimento viene rimesso alla discrezione del potere esecutivo»³⁸. Kelsen, in sostanza, nell'ottica bettiana, avrebbe sopravvalutato la portata teorica della norma giuridica in bianco, negando un potere di normazione all'esecutivo se non all'interno di una delegazione legislativa. L'appunto non è marginale, poiché coinvolge sottilmente lo stesso principio motore della nomodinamica kelseniana.

La posizione di Betti può essere più facilmente compresa esaminando l'altro scritto del 1927, *Sulla base giuridica del potere regolamentare*, dove significativamente viene ripetuta alla lettera la suddetta protesta³⁹, dopo un paragrafo esplicitamente dedicato alla *Critica della dottrina kelseniana che nega ogni autonomia al potere esecutivo di fronte all'ordine giuridico e ravvisa nella legge la sede formale di tutte le norme regolamentari. La legge come norma di secondo grado, o come norma incompleta. Suo vero rapporto con l'attività amministrativa*⁴⁰.

La critica bettiana è sempre condotta sugli *Hauptprobleme* ma, a confortare il nostro sospetto, appaiono le prime citazioni dalla *Allgemeine Staatslehre* kelseniana⁴¹. Betti rivendica la autonomia dell'attività amministrativa dello Stato, non mera esecuzione delle decisioni del potere legislativo, ma attività libera

³⁷ Ivi, p. 11 nota.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ E. BETTI, *Sulla base giuridica del potere regolamentare*, in «Rivista di diritto pubblico», 1927, 1, p. 11 nota. Cito dall'estratto.

⁴⁰ Ivi, Sommario, n. 2.

⁴¹ Cfr. ivi, p. 6, nota 13 e p. 7, nota 18.

nel perseguimento degli scopi d'interesse generale nell'ambito dell'ordinamento giuridico esistente. La subordinazione dell'attività amministrativa alla legge indica, per Betti, solo l'esistenza di un limite, similmente al limite che una norma ponga alla volontà libera. Kelsen, al contrario, pur riconoscendo «l'impossibilità di una distinzione rigorosa fra regolamenti normativi e regolamenti amministrativi», piloterebbe tale rapporto fino alla «negazione radicale dell'autonomia del potere esecutivo di fronte al potere legislativo»⁴², ritenendo che ogni potere di normazione debba necessariamente basarsi su una attribuzione legislativa.

Più degli aspetti tecnico-giuridici della questione interessa qui la rappresentazione bettiana delle "deleterie" conseguenze della costruzione di Kelsen. Se si esclude la «vera libertà di determinazione» e la «piena discrezionalità» degli organi amministrativi, ovvero se si nega all'azione di tali organi il carattere di formazione (e non di realizzazione) della volontà dello Stato, si afferma per questa via che i regolamenti «non adempirebbero altra funzione formale che quella di accertare e di precisare con le loro disposizioni il contenuto, lasciato in bianco, di una norma di legge preesistente»⁴³. Ma, una volta concepite le disposizioni regolamentari come già contenute nella legge, non si vede, per Betti, come poter distinguere il regolamento «da ogni altra fattispecie che produca effetti giuridici nelle direttive segnate dalla legge stessa»⁴⁴. Si arriverebbe, così, al punto dove Kelsen effettivamente arriva, negli *Hauptprobleme* ma soprattutto nella nomodinamica della *Allgemeine Staatslehre*: l'equiparazione del regolamento, dell'atto amministrativo in genere, al negozio giuridico. Questa equiparazione è, per Betti, del tutto assurda e ingenua.

La funzione integrativo-complementare del regolamento non può, infatti, per Betti, essere scambiata con la funzione di

⁴² Ivi, p. 6.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Ivi, p. 7.

concretizzazione svolta dai contraenti il negozio. L'integrazione presuppone un'assenza della volontà di legge; la concretizzazione si riferisce, invece, ad un'astratta volontà di legge. Il rapporto tra legge e regolamento non descrive, perciò, una relazione tra norma e fattispecie ma una relazione (coordinazione) tra fonti costitutive dell'ordinamento: più precisamente, la legge predispone il mezzo di produzione della disciplina giuridica di una materia. Tale mezzo di produzione è, appunto, nel caso, il regolamento che «rimarrà per sempre *fonte* di norme giuridiche, in una con la legge, al pari e sullo stesso piano della legge»⁴⁵.

Va per altro conclusivamente osservato come la possibilità kelseniana di equiparare atto amministrativo e negozio e l'impossibilità bettiana di dar vita a tale equiparazione trovino la loro radice in un diverso atteggiamento di natura più propriamente politica. È noto il superamento kelseniano della distinzione tra pubblico e privato per la sistematizzazione dei rapporti giuridici. Betti continua, invece, a ritenere che la natura d'una funzione venga alterata dall'esser tale funzione esercitata dallo Stato o da un privato⁴⁶, dove emerge un maggior valore degli organi statali, partecipi della sovranità e perciò impositori di un vincolo di subordinazione.

4. *L'interpretazione giuridica: due inconciliabili punti di vista*

Le critiche che Betti muove a Kelsen a partire dal 1948 compongono un unico testo disseminato in diversi scritti: nei tre saggi *Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung*⁴⁷, *Forma e sostanza nella «interpretazione*

⁴⁵ Ivi, p. 8.

⁴⁶ Ivi, p. 5 e nota 10: «Ciò è da osservare contro Kelsen».

⁴⁷ In *Festschrift für Leo Raape zu seinem siebzigsten Geburtstag 14. Juni 1948*, Hamburg, Appel, 1948, pp. 379-399.