

Questo mio libretto nasce da lontano. Ricordavo ai Lincei Giovanni Conso e mi tornò alla mente l'incontro lungo i corridoi dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino con Conso stesso e Rodolfo Sacco. Era il 1945, subito dopo la Liberazione, giugno o luglio. Uscivo da clandestinità e riprendevo gli studi interrotti dall'occupazione tedesca. Percorso universitario, il mio, alquanto accidentato: i primi due anni alla facoltà di giurisprudenza palermitana, il terzo anno a Roma, poi l'arrivo a Torino e, nella tarda estate, inizio dell'autunno '43, spettatore attonito a Pinerolo dello smantellamento di nostri corpi scelti ad opera di un pugno di soldati tedeschi. Ero in piazza con i miei primi amici piemontesi, fra tutti Mimmo Pinardi, uno dei migliori studenti della Scuola Normale di Pisa, barbaramente accoltellato parecchi mesi dopo e lasciato agonizzare per un'intera notte in Piazza Vittorio Veneto a Torino: era stato fra i più attivi nella resistenza cittadina. In piazza, spettatore attonito, poi l'occupazione tedesca.

Ma torniamo all'incontro in quell'appartamento al secondo piano di via Po 14 che, a seguito della semidistruzione della sede storica dell'Istituto giuridico, per bombardamenti aerei che avevano colpito l'antistante palazzo dell'Ateneo

torinese, era destinato a rimanere per parecchi anni centro, vivo e operante, degli studi di diritto subalpini e non solo subalpini, grazie a Maestri che si chiamavano Francesco Antolisei, Mario Allara, Norberto Bobbio, Pietro Bodda, Paolo Greco, Giuseppe Grosso e tanti altri, tutti vibranti di ansia comunicativa – l'Istituto era diretto dall'impareggiabile guida di Silvio Romano. Sarebbero, poi, arrivati Giommara Deiana, dottissimo civilista, e Franco Pierandrei, fresco di un corso tenuto da Carl Schmitt, che aveva ammirato, ma che non lo aveva convinto.

I miei due o tre affezionati lettori potranno capire l'imbarazzo, la timidezza con cui mi muovevo in quel lungo corridoio sul quale si affacciavano le stanze destinate alla biblioteca e allo studio. Mi rivolsero la parola due bei ragazzi: Giovanni Conso e Rodolfo Sacco, appunto. Tutti e due sorridenti e amichevoli: signorilmente composto Conso, sicuro di sé ma senza arie di superiorità Sacco. Reduce, venni a sapere dopo, da lunghi mesi di comando partigiano, culminati in una rocambolesca evasione dalle carceri di Pinerolo, accompagnato da buon numero di prigionieri, politici e non, e, stenterete a crederlo, da un giovane ufficiale austriaco, anche lui giurista – era stato addetto alla Procura viennese. Non potevo immaginare che quell'incontro avrebbe significato tanto per me, non potevo sapere che con quei due ragazzi avrei stretto un legame lun-

go una vita. È a loro che, per molti versi, debbo il mio interesse per il diritto e quello che ne è poi seguito.

E qui entra in scena Kelsen. Come tutte le amicizie, quella con Sacco comincia con una lunga conversazione – dopo ce ne furono innumerevoli. Sacco mi fece toccare, vorrei dire, con mano, l'importanza del testo. Parlavo, come allora mi capitava, a rompi fiato e invocavo princìpi su princìpi. Rodolfo mi interrompe e semplicemente mi chiede: “Fuori dei libri e di tutto ciò che si scrive sul diritto, dov'è che il diritto, quello positivo, dice questo?”. Ammutolii e fu a questo punto che mi allungò un volumetto. Era “La dottrina pura del diritto” tradotta da Giuseppino Treves. Iniziava così il lungo rapporto con lo Studioso austriaco a quei tempi, tutto sommato, non solo poco seguito, ma, addirittura, considerato fastidioso dai colleghi italiani. Da allora, tanta acqua è passata sotto i ponti: le cose sono decisamente mutate e, se mi accingo a salutare con rispettosa reverenza il Maestro “viennese”, non rischio di apparire eccentrico, fuorviato.

I. I miei omaggi, stimatissimo Prof. Kelsen.

La prego, non creda che voglia affliggerla con uno di quegli scritti in cui si fa dire ad un pensatore, ad un filosofo, ad un intellettuale quel che l'interessato non si era mai sognato di pensare.

Non che in questo ci sia qualcosa di vagamente comico, di ingenuamente pretenzioso. Lo ritengo del tutto normale, anzi inevitabile, e facilmente spiegabile: chi si affaccia ad un'opera dell'ingegno altrui, lo fa armato del piglio, delle idee, della cultura che gli sono propri – cerca, più o meno consapevole, la conferma a quello che lui stesso ha già dentro. E allora preferisco giocare a carte scoperte.

Prof. Kelsen, mi piacerebbe che Lei potesse dare un'occhiata alle pagine che sto mettendo giù: nessuna compiaciuta scoperta di punti di vista, nesi, che fino a questo momento non erano stati letti nelle Sue opere. Mi limito a raccontare come, su nodi centrali della giuridicità, io abbia reagito e reagisco a quanto mi sembra di poter cogliere nelle Sue parole. E non c'è psicologismo di sorta nell'accostarmi, nello starle dietro a questo modo. Malgrado la placida, scorrevole autorevolezza del Suo dettato, credo che Lei per primo, Professore, sia convinto che tutto ciò che possiamo è far scattare la molla custodita in quella qualunque parte del nostro corpo in cui ci piace allocare il pensiero. Così, almeno, pensava la vecchia signora cui i nipotini, nel vivo della restaurazione post-napoleonica, si rivolgevano: "*Parlez nou de lui, grand-mère*". Non cercavano, e certamente la nonna non glielo poteva dare, un racconto di battaglie, guerre, iniziative politiche. Volevano rivivere, assaporare, il gusto di un'epopea.

II. Il secondo passo nella folta foresta kelseniana furono i “Problemi fondamentali della scelta del diritto ...” lavoro assolutamente giovanile – Kelsen, nato nel 1881, nel 1911 aveva appena trent’anni. Lessi e rilessi uno scritto agile di una lingua, di un tedesco, quanto mai agevole, mai indulgente al tecnicismo gergale in voga nelle facoltà di diritto in genere, in quelle germaniche in particolare. Attribuii la scioltezza dello stile all’austriaco che credevo fosse Kelsen, non solo per ambiente di studio ma anche per nascita e famiglia: più tardi venni a sapere che, di stirpe tedesca, era nato in quella che, dopo la prima guerra mondiale, divenne Cecoslovacchia.

Naturalmente, e non soltanto per la suggestione che veniva dal titolo, la prima cosa che attira la mia attenzione è il suo modo di concepire la norma: la giuridicità è fatta di tanti mattoni – le norme, appunto, cioè le regole. Sulla struttura delle quali si apre il discorso polemico nei confronti della teoria allora dominante, e ancora oggi assai diffusa, che vede le norme come imperativo. La sua critica, non scevra da tratti ironici, si incentra sulla difficoltà a cogliere l’imperativo in una proposizione che trova applicazione anche se ignorata dal destinatario. I suoi interlocutori tutti tedeschi, anzi principalmente un tedesco, Thon. Diventeranno, poi, anglosassoni, anzi, un anglosassone, un inglese, Austin, nella “General theory of law and State”.

Non me ne voglia, Prof. Kelsen, se in questo modo di affrontare la questione scorgo non poco di quello psicologismo che Ella ripetutamente ed energicamente rifiuta perché non può trovar posto in una visione che si propone come “Teoria generale di qualcosa”. Che cos’è, infatti, psicologismo se non un ragionamento condotto a partire da un caso specifico, individuale, cui fa seguito una generalizzazione piuttosto problematica. Siamo proprio all’opposto di quel disegno che vuole catturare i segni essenziali ad ognuna delle fenomenologie considerate, che è ciò che chiamiamo teoria generale.

Non c’è dubbio, a questo punto, però della fondatezza della Sua critica all’imperativismo. Va oltre e coglie nel segno l’intelligentissimo Olivecrona – naturalmente non il grande chirurgo, ma il fratello giurista, dall’incomprensibile, indifendibile, malsana propensione per i nazi – che non fa leva su casi specifici rispetto ai quali è quanto mai difficile o addirittura assurdo ritenere che l’imperativo funzioni, ma si pone la domanda essenziale “La norma è sempre idonea a funzionare come un comando?”. Proprio in termini di teoria generale, del disegno che non trascura alcun angolo, alcuna sfumatura, dobbiamo rispondere: no. I conti vanno fatti con la presenza effettiva o virtuale di regole che sanciscano responsabilità cd. obbiettiva.

Un istante per portare in superficie ciò che

sta al fondo del nostro pensiero quando pronunciamo la parola “imperativo”. Vien fuori che pensiamo ad un cammino da volontà a volontà: volontà di chi comanda volta alla volontà cui si rivolge affinché si faccia qualche cosa o affinché da qualche cosa si astenga. Che vuol dire che non c'è imperativo quando il destinatario – tutti i destinatari in assoluto, non questo o quello, incapace perché mentalmente deviato o infante – quando il destinatario, dicevo, non è in grado, prima ancora che di violare, di osservare il comando stesso. E questo si verifica puntualmente, senza eccezioni tutte le volte che la regola sanziona un comportamento interamente o solo in parte posto a carico di un certo soggetto anche se da lui non voluto, non previsto, non prevedibile: i casi, come sopra ho detto, di responsabilità oggettiva. Che senso ha, di fronte a questi casi, parlare di comando quando a taluno si dice “Se fai questo ti considero responsabile pur se il risultato della tua condotta, condizione essenziale della sanzione, non soltanto non lo volevi, ma era addirittura fuori dalla possibilità che lo mettessi in conto”. Si dirà: il comando è di non porre in essere quell'azione o di astenerci da quell'azione che rappresenterà condizione di un risultato che si produce, per così dire, all'infuori di te. Certo che si può dire, ma così ci limitiamo al comando di non porre in essere un certo fare o non fare: è comando che non copre il risultato, condizione

necessaria per la sanzione, che discende dal fare o non fare.

In conclusione, stimatissimo Prof. Kelsen, Lei ha perfettamente ragione quando respinge la raffigurazione della norma quale imperativo: lo vedremo più avanti, l'imperativo è funzione importantissima della regola, ma non ce ne dà la struttura.

Ci volgiamo, allora, a quelle dottrine che ravvisano nella norma un giudizio di valore o, per contro, la identificano in un giudizio ipotetico. Sicuramente la conformità o la difformità rispetto alla regola dà valore o, rispettivamente, disvalore ad una certa condotta. Il punto è questo: in base a quale criterio contrassegniamo positivamente o negativamente una certa condotta. L'imperativismo può cavarsela abbastanza agevolmente assumendo che è sufficiente il contrasto col disposto; ma, quanto a individuazione della struttura della norma, l'imperativismo non funziona.

Rimane allora la domanda: il metro con cui misuriamo un dato comportamento. Il fondale della questione si sposta all'indietro per far posto ad un elemento che finora non abbiamo considerato, ma che è essenziale nell'ottica della norma-giudizio ipotetico. L'imperativo può essere soltanto appello, raccomandazione e basta. Il giudizio ipotetico è descrizione della vicenda "se X, allora Y", dove X è la condotta ipotizzata, Y la conseguenza che si produce al verificarsi della

condotta stessa, più esattamente la conseguenza che *deve* verificarsi quando si pone in essere la condizione X. La norma ipotetica ci si rivela, a questo punto, non forma chiusa, bensì necessariamente aperta. Quel “deve”, che ne scolpisce il valore significativo ed operante, è inteso solo se lo sciogliamo ricorrendo ad un giudizio ipotetico di secondo grado che ci dice quale sia la conseguenza che cade su chi, preposto al congegno ideato per attuare la sanzione, non lo mette in moto fino ad un certo esito. Scopriamo, a questo punto, il vastissimo, lungo orizzonte della norma: c'è o no un limite a definire questo orizzonte – questione importantissima di cui mi occuperò trattando della cd. norma base.

Ma che cos'è Y? E qui l'elemento nuovo si fa avanti in tutta la sua valenza. Possiamo parlare di proposizione linguistica in quanto regola solo se questa proposizione collega al verificarsi di una certa condotta, al verificarsi di un'azione o di un non fare debitamente indicato, una conseguenza ordinariamente lesiva dell'interesse di chi pone in essere quella condotta: nella vita di tutti i giorni diremmo che c'è un castigo; il linguaggio giuridico usa un termine più descrittivo, meno emotivo, e preferisce “sanzione”. In sostanza, il linguaggio della norma è il linguaggio che pratichiamo tutti e sempre da quando siamo andati oltre il gesto e il grugnito: un misto di fattualità ed ottativo.

Questo, mi pare, è l'unico modo per rappresentare la norma, per darle un senso comprensivo di tutta la fenomenologia che ascriviamo al diritto. Certo, questa visione della norma, della regola, presuppone l'abbandono di ogni mitologia che attribuisca all'ordinamento statale nel suo complesso, alle singole particelle, regole, che lo compongono un particolare, paludato *modus operandi*. Dobbiamo, insomma, lasciarci alle spalle la tendenza, diventata abitudine, a dotare di caratteristiche umane quello che è prodotto della cultura umana. Mi sovviene, a questo punto, un ricordo assai lontano. Parlavo della regola giuridica come giudizio ipotetico con un grande studioso i cui lavori fanno parte di quanto di meglio è stato scritto nella letteratura italiana del secolo scorso in tema di diritto amministrativo, in particolare, e, aggiungerei, in tema di diritto pubblico e di teoria generale. Insistevo sulla necessità di distinguere tra norma reale e proposizioni che costituiscono solo un segmento, dicevo: un pezzo, di norma. L'ascolto paziente e attento si interruppe con una battuta che, nella sua concisione, riassume tutto un modo di pensare il diritto: "Ma le pare che sia possibile che lo Stato destini, ad esempio, 700 milioni (naturalmente, allora, di lire) per questa o quella opera pubblica avvalendosi in tutto e per tutto di un pezzo di norma?". Evidente la personalizzazione dello Stato e delle particelle che lo compongono, fino