

Rothbard Seminar – 18 aprile 2005

Passerin D'Entrèves e Hans Kelsen di fronte al giusnaturalismo

Massimo Tringali

1. Premessa

Alessandro Passerin d'Entrèves ritiene che la moderna scienza giuridica sia nata e si sia sviluppata soprattutto per rispondere al problema del conflitto tra i diversi tipi di obbligo. In particolare la teoria giuridica moderna ha cercato di trovare una completa soluzione al problema del conflitto tra gli obblighi, distinguendo tra validità giuridica e obbligazione morale, e ricorrendo alla “norma fondamentale” per cui l'obbedienza (giuridica) è determinata unicamente dalla validità formale della norma: non conta il contenuto della legge, ma la sua conformità ad un dato sistema positivo. Pertanto il diritto è un valore in sé e la teoria giuridica si limita a determinare con la massima esattezza le regole procedurali da seguire perché il diritto sia “valido” e così obbligatorio. Hans Kelsen afferma in maniera perentoria: «le norme giuridiche possono avere qualsiasi contenuto». Così la loro obbligatorietà è fatta dipendere dalla *vis coattiva*, dalla sanzione. Per Kelsen le norme giuridiche sono solo quelle statuite dal legislatore e conformi alla norma fondamentale. La norma fondamentale è paragonata da Passerin d'Entrèves ad una sorta di contatore Geiger teso a «determinare colla maggior precisione e certezza possibile quali norme sono “valide” e debbano essere riconosciute come leggi». Per Kelsen la norma fondamentale deve essere presupposta, in quanto non può essere posta da un'autorità: non è una norma giuridica positiva, ma svolge una funzione epistemologica. Proprio su questo punto vi è la critica fondamentale del filosofo valdostano al giurista di Praga. Egli critica la genesi della norma fondamentale, affermando che essa deve poggiare su una proposizione di fatto o su una dichiarazione di giustizia, ossia di diritto naturale. In particolare Passerin d'Entrèves sottolinea come nei periodi di crisi (come è emerso nel corso dei processi di Norimberga in cui i sistemi di diritto positivo non erano più “validi”), e quando si è posti di fronte ad una scelta, occorre richiamarsi ad un principio esterno al sistema, ossia alle esigenze poste dal giusnaturalismo. Così il normativismo si sostiene quando il conflitto tra gli obblighi non si pone a livello pratico. Eppure siffatta teoria era nata per riportare ad “unità” e chiarezza scientifica l'esperienza giuridica.

In termini generali Passerin d'Entrèves mette in luce la seguente difficoltà del giuspositivismo: come è possibile derivare delle proposizioni normative da proposizioni puramente fattuali? Si osserva allora che il diritto non può non possedere (intrinsecamente) un valore obbligatorio: ciò che gli è negato dal positivismo. Ora, tale valore obbligatorio risiede in quelle verità incontestabili (riconosciute dalla ragione nell'ambito dell'esperienza morale) che costituiscono il *minimo etico* quale contenuto del diritto naturale che funge da principio ispiratore di un dato ordinamento giuridico.

Ora, l'affermazione dell'esistenza di un insieme di principi individuabili mediante i quali l'obbligatorietà del diritto positivo può essere confermata o negata, cioè accettata, è il nemico principale del normativismo. Eppure, e significativamente, proprio un arcipositivista come Herbert Hart ha riconosciuto che la validità giuridica di una norma non ha un valore decisivo nei riguardi del problema dell'obbedienza. Per Passerin d'Entrèves le leggi possono dirsi obbligatorie solo se l'ordinamento giuridico è stato sottoposto ad un qualche scrutinio ulteriore, ad una sua “accettazione in blocco” (in cui consiste la nozione di obbligazione politica) perché riconosciuto come un ordine “buono” e che soddisfa i requisiti di legittimità. In ciò risiede l'obbligo politico: non basta che le leggi siano valide, esse devono anche essere “accettate”, “consentite”. Il consenso (scrutinio morale) è fonte di legittimità del potere politico e giuridico e rende i suoi comandi obbligatori in coscienza.

Rothbard Seminar – 18 aprile 2005

2. La critica di Passerin d'Entrèves a Hans Kelsen

Passerin d'Entrèves si confronta in diverse circostanze con il pensiero kelseniano¹. La sua stessa principale opera consacrata al diritto naturale, *Natural Law*, maturata dopo la tragedia della II Guerra mondiale, in fondo si configura come un'illustrazione del fallimento pratico del legalismo giuridico. I fatti tragici della guerra segnano una sconfitta del positivismo giuridico e ripropongono l'esigenza di un ritorno al diritto naturale e all'idea di giustizia come criterio ultimo di valutazione delle istituzioni e del diritto positivo. Egli rivendica i meriti storici di tale dottrina e il suo apporto per una adeguata comprensione dell'esperienza giuridica. Nel definire il diritto naturale come punto d'intersezione tra diritto e morale, Passerin d'Entrèves, contro la vulgata allora imperante², in particolare legata alla dottrina pura del diritto, sostiene che la scienza giuridica non può non valersi di un criterio ideale di giustizia e di nozioni elaborate nel tempo dai giusnaturalisti, e che il diritto positivo vigente non può fare a meno di richiamarsi ad una valutazione del giusto e dell'ingiusto, funzione questa che è svolta propriamente dal diritto naturale. Nelle pagine che precedono immediatamente la critica alla dottrina kelseniana, Passerin d'Entrèves individua il tratto caratteristico più costante del diritto naturale ne: «l'affermazione della possibilità di mettere alla prova la validità di tutte le leggi col riferirle ad una misura ultima, ad un diritto ideale che può essere conosciuto ed apprezzato con un grado di certezza ancor maggiore di quello dato da una qualsiasi legislazione esistente»³. In questo senso il diritto naturale è, per Passerin d'Entrèves, il frutto della ricerca da parte dell'uomo di un criterio di giustizia ed esso presuppone un raffronto, anche se non necessariamente un contrasto, tra ciò che è e ciò che deve essere.

Nella storia della filosofia del diritto una svolta particolarmente significativa si è avuta, osserva Passerin d'Entrèves, quando la moderna scienza giuridica ha ritenuto di poter dominare e costruire a sistema un qualsiasi dato materiale giuridico senza ricorrere all'illusione del diritto naturale⁴. L'assunto del positivismo giuridico è di mettere il diritto naturale o ideale "fra parentesi" e la preoccupazione costante dei

1 Cfr. A. P. d'Entrèves, *Il negozio giuridico. Saggi di filosofia del diritto*, Roberto Gayet, Torino, 1934; Id, *Osservazioni intorno al problema morale nell'esperienza giuridica*, Vallardi, Milano, 1935; Id, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson's University Library, London, 1951; trad. it. (a cura di Vittorio Frosini) *La dottrina del diritto naturale. Saggio di interpretazione storico critica*, Edizioni di Comunità, Milano, 1954, soprattutto il cap. VI; Id, *Due domande intorno al diritto*, in appendice alla seconda edizione de *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, pp. 171-188.

2 Passerin d'Entrèves nel saggio *Due domande intorno al diritto* ricorda che nel Settembre del 1960 si tenne a Bellagio, sotto l'egida della Fondazione Rockefeller, un Colloquio tra numerosi filosofi del diritto italiani e stranieri, tra i quali Bobbio, Treves, Scarpelli e lo stesso Passerin d'Entrèves, e Hart e Ross, con lo scopo di pervenire all'individuazione delle «caratteristiche fondamentali della dottrina positiva [...] Ma tutto quello che ci riuscì fu soltanto di fare un elenco di ben otto diversi modi di intendere o definire il positivismo giuridico [...] Fra molte definizioni ce n'è una tuttavia che, per aver raggiunto il maggior numero di consensi [...] mi sembra possa servire come punto di partenza [...] È la definizione secondo la quale il positivismo giuridico non è altro, molto semplicemente, che quella teoria secondo la quale non c'è diritto che non sia quello "positivo"». Cfr. A. P. d'Entrèves, *Due domande intorno al diritto*, in *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 2ª ed., pp. 172-73. Tale definizione è chiaramente in polemica con il diritto naturale. Ora a testimoniare l'egemonia del positivismo giuridico e il discredito in cui era caduta la dottrina del diritto naturale è utile ricordare il "convegno di studio" tenuto nel giugno del 1949 presso Varese dall'Unione Giuristi Cattolici sul tema *Diritto naturale vigente*. Tra coloro che si dimostrarono perplessi nell'accettare la soluzione radicale della vigenza del diritto naturale ricordiamo il filosofo Capograssi, il costituzionalista Esposito e lo storico Nicolini. In quel convegno e nei dibattiti che scaturirono emerse, come ha sostenuto il gesuita Lener, «un profondo disorientamento» (Cfr. Lener, *La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa*, in *Studi giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, I, pp. 345-387) determinato dal contrasto ritenuto ineliminabile tra l'asserita verità del diritto naturale e i principi dommatici e le esigenze della giurisprudenza positiva. L'opinione prevalente fra i 21 giuristi intervenuti al convegno di Varese era che il diritto naturale non ha vigore al di là e al di sopra del diritto posto dallo Stato. Se da una parte tutti riconoscevano il problema del dovere di coscienza di fronte alla legge ingiusta come un problema fondamentale, dall'altra avvertivano il pericolo di stabilire il principio della sindacabilità da parte del cittadino della legittimità della legge dello Stato, con la inevitabile conseguente rinuncia a quel requisito essenziale del diritto che è la certezza del diritto. Cfr. *Diritto naturale vigente*, Giorgio Del Vecchio (a cura di), Roma, 1951.

3 A. P. d'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, cit. , p. 127.

4 In particolare Passerin d'Entrèves sottolinea come la giurisprudenza continentale sia il prodotto della "Scuola storica", la quale aveva cominciato col sottolineare lo sviluppo, il divenire storico del diritto e aveva finito col promuoverne lo studio scientifico. Per Passerin d'Entrèves questo paradosso è degno della più attenta considerazione poiché esso è un episodio cruciale nel sorgere del moderno pensiero giuridico e ne illumina la natura essenziale. Per spiegarlo si deve tener conto che nella dottrina di F. C. Von Savigny è riconosciuta al diritto una duplice vita: da un lato il diritto ha una vita "politica" che esprime la realtà di una data struttura sociale e come tale è il prodotto del *Volksgeist*, il risultato della storia; dall'altro lato esso ha pure una vita "tecnica" che ha inizio nel momento in cui subisce un'elaborazione "scientifica" ad opera dei giuristi di professione che soli possono intenderlo e valutarlo. Il rovesciamento di posizione rispetto all'impostazione giusnaturalistica è qui evidente: la scuola razionalistica aveva condotto ad una esaltazione del legislatore come strumento per l'attuazione della giustizia, mentre la scuola storica esaltava il giurista inteso come interprete della produzione e dello sviluppo storico. Inoltre, la Scuola storica (che, per Passerin d'Entrèves, costituì insieme un aspetto ed un risultato della grande

Tringali – Passerin D’Entrèves, Kelsen e il giusnaturalismo

suoi teorici è di «convincerci che il loro interesse non è filosofico ma scientifico»⁵. Passerin d’Entrèves sottolinea i meriti e i vantaggi conseguiti dalla moderna giurisprudenza: «L’età della scienza produsse una scienza del diritto degna delle sue ambizioni. I risultati conseguiti dalla giurisprudenza del sec. XIX sono grandiosi e positivi. Chiunque sia a conoscenza della gran somma di ingegnosità che generazioni e generazioni di giuristi spesero nell’innalzare il magnifico edificio della moderna giurisprudenza, non può facilmente credere che tali fatiche abbiano potuto essere state vane. Recare ordine, coerenza e unità nel sistema del diritto, provvedere il legislatore d’una nitida carta topografica della sua zona di competenza, il giurista e il giudice di un complesso di concetti che consentisse loro di assolvere il proprio compito con la massima possibile precisione e il minimo di difficoltà: questo fu, per circa un secolo, l’assunto della teoria giuridica sul Continente [...] La tedesca *Rechtswissenschaft*, con la sua inesausta ricerca d’un sempre crescente grado di perfezione sistematica e di astrazione formale, può e deve essere presa come la migliore illustrazione del destino della teoria giuridica dopo che l’incantesimo del diritto naturale era stato infranto»⁶.

Tuttavia, il filosofo valdostano si domanda se è legittima la pretesa della moderna scienza giuridica di aver eliminato del tutto i problemi che per secoli erano stati considerati e discussi sotto il titolo del diritto naturale o ideale. A questo proposito Passerin d’Entrèves prende in considerazione la risposta che il giuspositivismo ha dato alla questione della validità delle leggi che sono oggetto del suo studio. L’esistenza di questo problema, osserva Passerin d’Entrèves, non fu certo mai negata dal giurista “positivo”, anzi, è proprio per il fatto che essa voleva occuparsi solo delle leggi “realmente valide”, che la moderna giurisprudenza fu indotta a porre l’accento sull’aggettivo “positivo”. Si tratta, rileva Passerin d’Entrèves, di stabilire quali leggi siano sufficientemente “determinate”, o “obbligatorie” o “positive” per meritare il nome di leggi⁷. Tra i teorici ed i pratici del diritto sorse gradualmente la convinzione che la validità del diritto non consiste soltanto nel fatto della sua imposizione, essendo l’uso della forza (o la possibilità del suo uso) solo l’aspetto esterno o materiale del diritto positivo, mentre, da un punto di vista giuridico o formale, la validità di una legge particolare non può dipendere dal suo mutevole grado di efficacia, ma dal fatto di appartenere ad un sistema che è scelto e riconosciuto come l’unico sistema positivo valido; e che per i giuristi del XIX secolo questo sistema fosse l’ordinamento giuridico dello Stato è un elemento di secondaria importanza, poiché ciò che conta è l’aspetto formale e logico che esclude esplicitamente il ricorso a qualsiasi criterio di validità del diritto che sia estraneo al sistema, ed *in primis* al diritto naturale.

Passerin d’Entrèves afferma che la riduzione di tutto il diritto al diritto positivo e la ricerca di una costruzione sistematica dell’ordinamento giuridico (che sono i due aspetti fondamentali della giurisprudenza moderna) procedono parallele e giungono alla loro più chiara formulazione nella *Reine Rechtslehre* di Hans Kelsen, che sviluppa e illumina tutti i problemi logici e formali impliciti nel metodo giuspositivistico. Passerin d’Entrèves rileva che è un’interessante ricerca ricostruire retrospettivamente il processo che ha condotto all’alto grado di astrazione della teoria kelseniana: ciò infatti ha significato il progressivo abbandono della concezione che identificava la legge con il comando, attraverso l’eliminazione della nozione volontaristica dal campo del diritto (ciò è evidente «negli sforzi della giurisprudenza “classica” tedesca: Jellinek, Laband, ecc. di costruire lo Stato come *Rechtsstaat*»⁸) e ha condotto all’affermazione dell’ordinamento giuridico come “completo” ed “esclusivo”.

Inoltre, il progressivo abbandono dell’identificazione di legge e comando nel giuspositivismo è pure testimoniato dalla diffusa adozione, nella terminologia giuridica moderna, dal termine “norma” che, osserva Passerin d’Entrèves, «invero, involge sì la nozione di un “dovere essere” (obbligo), ma anche primieramente quella di un modello o di un tipo; e il carattere “ingiuntivo” non è in alcun modo essenziale ad una proposizione “normativa”. Così, il moderno pensiero giuridico è stato indotto a porre sempre più l’accento sul carattere logico del

ondata romantica che dilagò in Europa come reazione alla Rivoluzione francese) pose l’accento sul fatto che l’origine e la spiegazione dei fenomeni giuridici non deve essere cercata nell’individuo, ma nella vita collettiva. Nonostante questa impostazione, per Passerin d’Entrèves i maggiori rappresentanti di questa Scuola (Puchta e Stahl oltre a Savigny) non vanno scambiati per hegeliani: essi non accettarono mai la premessa essenziale della filosofia giuridica di Hegel, secondo cui l’ideale trova la sua rivelazione nella storia; e lo storicismo fu per loro piuttosto un metodo che una filosofia. Anch’essi posero il diritto naturale tra parentesi e colmarono il vuoto che così si era creato con il ricorso alla giurisprudenza. Cfr. A. P. d’Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, cit. pp. 130-133.

5 *Ibidem*, p. 130.

6 *Ibidem*, pp. 133-134.

7 *Ibidem*, p.136.

8 *Ibidem*, p. 137.

Rothbard Seminar – 18 aprile 2005

diritto, e a concepire le categorie giuridiche come simboli o nomi per indicare la rilevanza di certe situazioni e fatti da un angolo “normativo”. Il confronto tra diritto e linguaggio è a portata di mano, come pure il paragone tra giurisprudenza e grammatica»⁹.

A conclusione di questa indagine tesa a chiarire i termini del modo moderno di concepire il fenomeno giuridico, Passerin d'Entrèves esamina la nozione della “norma fondamentale” di Kelsen. Egli riconosce che la “dottrina pura del diritto” è un ammirevole sistema di logica formale applicata al diritto e la teoria della *Grundnorm* uno dei tentativi più attentamente meditati per dare una risposta al problema della validità del diritto. La “norma fondamentale” è la condizione di completezza e di autosufficienza di un dato ordinamento giuridico; è la regola fondamentale in base alla quale le norme di un determinato ordinamento sono stabilite o annullate, ricevono o perdono la loro validità; la ricerca della ragione della loro validità non è un *regressus ad infinitum*, ma termina in una norma suprema che è l'ultimo gradino della validità dell'intero sistema normativo. Scrive il filosofo valdostano: «Così, la norma fondamentale del diritto nazionale del moderno Stato sovrano è che i comandi del sovrano (un uomo o un gruppo di uomini) debbono essere osservati; la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico internazionale è che *pacta sunt servanda*, e così via. Ogni singolo ordinamento apparirà come un sistema gerarchico, ciascuna parte del quale deriva dalla norma fondamentale il suo termine ultimo di validità»¹⁰.

Passerin d'Entrèves sostiene che nei confronti di questa teoria non è possibile muovere alcuna obiezione su di un piano strettamente giuridico e che anzi essa illumina la reale natura della giurisprudenza. Tuttavia osserva: «nel fondare la sua intera costruzione su d'una premessa ipotetica, il giurista può ben pretendere che egli stia facendo nulla di diverso da ciò che vien fatto in tutte le scienze empiriche. Ma quello che dovrebbe sempre essere tenuto ben fermo in mente, è che le costruzioni scientifiche sono basate sopra “ipotesi di lavoro”. Il compito fondamentale perciò è, per lo scienziato, quello di scegliere correttamente la sua ipotesi. Al momento che essa non funziona più, sorge il problema di rifiutarla e di sostituirla con un'altra migliore»¹¹. Così ad esempio la norma fondamentale di un sistema nazionale di leggi può avere significato per il giurista solo fintanto che i comandi del sovrano siano effettivamente osservati e solo a questa condizione il giurista dichiara che il sistema è un sistema positivo. Scrive il filosofo valdostano: «In altre parole v'è, e vi deve essere, un punto nel quale la norma fondamentale - l'ipotesi - si converte in un fatto - una tesi -, a meno che la sua validità non sia derivata da qualche altra o ulteriore ipotesi, da una norma che non sarà più positiva ma può soltanto essere una proposizione di “diritto naturale”, una dichiarazione sulla giustizia. Così, nei suoi ultimi e più recenti sviluppi, la moderna giurisprudenza non ha fatto in realtà nulla più che spostare su di un piano più alto l'antico problema che soleva essere discusso sotto il titolo del diritto ideale o naturale»¹².

Passerin d'Entrèves corrobora la sua argomentazione citando un passo della *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, che (a suo dire) mette «allo scoperto il tallone d'Achille del moderno positivismo giuridico»¹³. Kelsen sostiene che «ci si può certamente domandare perché si debba rispettare la prima costituzione come una norma vincolante» e «la risposta potrebbe essere che i Padri della prima costituzione vennero investiti del loro potere da Dio», ma subito precisa che «è tuttavia caratteristica del cosiddetto positivismo giuridico il fare a meno di qualsiasi siffatta giustificazione religiosa dell'ordinamento giuridico»¹⁴. In questo brano, secondo Passerin d'Entrèves, Kelsen riconosce che il presupposto della validità della legge consiste in qualche cosa che è al di là della legge stessa e questa proposizione non è, a bene vedere, che una proposizione di diritto naturale. Allora il filosofo valdostano conclude rilevando come, in tempi tranquilli in cui l'osservanza della legge non è contrastata, il positivismo «poté trovare nei “fatti” il terreno adatto e forse anche la sua giustificazione», ma quando i fatti stessi vengono posti in questione e si deve operare una scelta fra due o più alternative possibili (che Kelsen dichiara essere una mera questione di “ideologia politica”), non si vede «per quale ragione l'antico argomento del diritto naturale, che intendeva valutare i fatti e indirizzare la scelta, non dovrebbe essere ripreso in considerazione»¹⁵.

9 *Ibidem*, p. 139.

10 *Ibidem*, p. 140.

11 *Ibidem*, p. 141.

12 *Ibidem*, pp. 141-142.

13 *Ibidem*, p. 142.

14 H. Kelsen, *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, tr. it. di S. Cotta e G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1954, p. 117.

15 A. P. d'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, cit. p. 142.

Tringali – Passerin D’Entrèves, Kelsen e il giusnaturalismo

La tesi dell’inadeguatezza del giuspositivismo a risolvere il problema della validità ultima del diritto, è sostenuta da Passerin d’Entrèves con un’ulteriore serie di esempi. In particolare, egli prende in considerazione il risvolto giuridico del processo di Norimberga. Sebbene in quel processo la base dell’accusa intendesse appoggiarsi sul diritto internazionale esistente o “positivo” (soprattutto nel primo articolo del Preambolo alla Quarta Convenzione dell’Aia del 1907, la cosiddetta “clausola di Martens”, che include la “legge dell’umanità” e i “dettami della pubblica coscienza” entro i confini del diritto internazionale) secondo Passerin d’Entrèves, che riprende l’opinione di Lord Wright¹⁶, i limiti del positivismo giuridico furono oltrepassati nel momento in cui fu affermato che quei processi erano una “questione di giustizia”: il principio *nullum crimen sine poena* sul quale si basarono le sentenze era in contraddizione con il principio, largamente accettato dal giuspositivismo, *nulla poena sine lege*. Inoltre, il rigetto della difesa basata sugli “ordini superiori” è il chiaro sintomo, per Passerin d’Entrèves, delle implicazioni giusnaturalistiche del processo ai criminali nazisti: «poiché essa in realtà non è altro che l’antica dottrina la quale insegnava che la validità delle leggi non dipende dalla loro “positività”, e che il dovere dell’individuo è quello di sottoporre a giudizio le leggi prima di obbedirle»¹⁷.

3. Il problema della giustizia

Come abbiamo visto, in forma piuttosto esplicita Passerin d’Entrèves sostiene che il diritto naturale, inteso come misura ideale di giustizia, può essere conosciuto in maniera più certa che non la stessa legislazione esistente. Al contrario la moderna scienza giuridica, muovendo da un rigoroso approccio realistico e scientifico nei confronti dell’esperienza giuridica, considera irrilevante il problema del diritto naturale. Kelsen, osserva Passerin d’Entrèves, in maniera perentoria afferma che: «La scienza giuridica del XIX e XX secolo si dichiara espressamente incapace di comprendere il problema della giustizia nell’ambito delle sue ricerche»¹⁸. Ciò non significa che per la moderna scienza giuridica il problema della giustizia non esista¹⁹. I giuristi, nel loro tentativo di creare ordine, coerenza ed unità nel sistema giuridico, si prefiggono di costruire un ordinamento giuridico positivo autosufficiente e completo, volendo rimanere neutrali rispetto alle dispute ideologiche e filosofiche. Questo l’intento profondo della moderna scienza giuridica. Passerin d’Entrèves sottolinea come «i risultati conseguiti dalla giurisprudenza nel sec. XIX sono grandiosi e positivi»²⁰. Tuttavia, come abbiamo visto, si domanda se è giustificata la pretesa della moderna scienza del diritto «di avere eliminato del tutto i problemi che per secoli erano stati considerati e discussi sotto il titolo di diritto naturale o ideale»²¹. Più precisamente, il problema riguarda il fondamento della validità delle leggi di un ordinamento giuridico.

Ora, come abbiamo visto, la soluzione più rigorosa a tale problema è la nozione kelseniana della norma fondamentale. Secondo Passerin d’Entrèves, la norma fondamentale, nella misura in cui permane come una premessa ipotetica, costituisce la condizione di completezza e

16 Cfr. Lord Wright, *Natural Law and International Law*, in *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, saggi in onore di Roscoe Pound, 1947.

17 A. P. d’Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, cit. p. 145.

18 H. Kelsen, *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, cit., p. 42.

19 Lo stesso Kelsen in riferimento a Passerin d’Entrèves ammette che il problema della giustizia assoluta esiste e che gli uomini hanno la necessità di giustificare il loro comportamento come assolutamente buono e giusto, ma ciò costituisce solo il riconoscimento di un bisogno. Scrive il Kelsen: «Talora si crede di poter giustificare la teoria giusnaturalistica, che tenta di risolvere il problema di una giustizia assoluta, affermando che il problema esiste e che il positivismo giuridico relativistico non è in grado di risolverlo [...] Ma dal fatto che esiste un bisogno non si può dedurre che questo bisogno può essere soddisfatto grazie alla conoscenza razionale [...] perché, per una conoscenza razionale, non esiste né può esistere una giustizia assoluta, che si tratta di un problema insolubile per la mente umana, il quale pertanto deve essere escluso dall’ambito della conoscenza. Il compito della conoscenza scientifica non consiste soltanto nel rispondere ai quesiti che le rivolgiamo, ma anche nell’insegnare quali domande possiamo sensatamente rivolgerle». Cfr. H. Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, Franz Deutiche, 1960, trad. it. *Il problema della giustizia*, a cura di Mario G. Losano, Torino, Einaudi, 2ª ed. 1988. p. 121. Che il problema della giustizia, come qualsiasi dimensione di valore, sia chiaramente distinto dalla scienza del diritto è sostenuto da Bobbio proprio nella recensione al saggio di Passerin d’Entrèves sul diritto naturale. Bobbio sostiene che la moderna scienza giuridica è giunta a distinguere tra giudizio etico e giudizio di fatto. Nella recensione a *La dottrina del diritto naturale* di Passerin d’Entrèves, scrive: «Ora io ritengo, contrariamente a quello che pensa il d’Entrèves che sia da accogliersi la distinzione, introdotta dai filosofi del diritto neokantiani, tra idea e concetto del diritto, e quindi sia opportuno distinguere, come distingue il Kelsen, il giudizio di validità dal giudizio di valore, insomma che siano due problemi distinti e inconfondibili quello della giustificazione etica di una norma e quello della sua validità giuridica». Cfr. N. Bobbio, *Sul diritto naturale*, in “Rivista di Filosofia”, XLV, 1954, p. 437.

20 A. P. d’Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, cit., p. 133.

21 *Ibidem*, p. 135.

Rothbard Seminar – 18 aprile 2005

di autosufficienza²² di un dato ordinamento giuridico. Tuttavia, essa non rende ragione dell'esperienza giuridica nella sua globalità, in particolare in relazione al problema dell'obbligazione. Lo stesso giurista positivista, quando si interroga su ciò che sta dietro la legge, avverte l'inadeguatezza della soluzione kelseniana. Non bisogna andare molto lontano per rintracciare la dichiarazione di resa. È lo stesso Kelsen a dire: «Chi, di fronte al problema di ciò che sta dietro il diritto positivo, cerca ancora una risposta troverà, temo, non la verità assoluta di una metafisica, né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi alza quel velo senza chiudere gli occhi si vede fissare dallo sguardo sbarbato della testa di Gorgone del potere»²³. Il sistema kelseniano funziona quando si vive in tempi tranquilli, quando l'osservanza della legge è incontrastata. In altri termini il sistema kelseniano appare a Passerin d'Entrèves efficace e coerente fino a quando non sorge il problema dell'obbligazione politica e giuridica, ossia fino a quando l'osservanza delle leggi positive non entri violentemente in urto con i principi della morale. È evidente che si pone allora il problema della giustizia.

Da questo punto di vista è interessante rilevare che Kelsen nel 1960, in *Das Problem der Gerechtigkeit*, nella sezione dedicata al diritto naturale, si confronta proprio con Passerin d'Entrèves. Il giurista di Praga afferma a più riprese che il problema del diritto naturale è un problema insolubile. Leggiamo ne *Il problema della giustizia*: «La domanda “che cos'è la giustizia?” Viene quindi a coincidere con la domanda “che cosa è bene o che cosa è il bene?” Nei suoi dialoghi, Platone compie numerosi tentativi di rispondere razionalmente al quesito, ma nessuno di questi tentativi conduce ad un risultato definitivo. Quando sembra che si sia giunti ad una qualche soluzione, per bocca di Socrate, Platone dichiara subito che sono necessarie molte altre indagini. Ripetutamente Platone fa riferimento ad un metodo specifico di pensiero astratto, liberato da ogni rappresentazione sensoriale (la cosiddetta dialettica,) il quale secondo la sua concezione, attribuisce a chi ne è in possesso la capacità di afferrare l'Idea. Egli stesso, però, non applica questo metodo nei suoi dialoghi oppure non ci comunica il risultato di questa dialettica. Dell'Idea del bene assoluto dice addirittura espressamente ch'essa si trova di là di ogni conoscenza razionale, cioè di là di ogni pensiero»²⁴. Platone non giunge mai ad un risultato definitivo, ossia ad una de-finizione della giustizia valida universalmente nel tempo e nello spazio, perché la giustizia è principio eccedente ontologicamente. Anche Passerin d'Entrèves non ci fornisce una definizione della giustizia. Il suo modo di intendere il diritto naturale come deontologia lo separa sia dal giusnaturalista rigoroso, sia, naturalmente, dal positivista giuridico, come vedremo. Per Kelsen il concetto di giustizia deve essere distinto da quello di diritto, perché la norma di giustizia, costituente il fondamento di un valore assoluto, non può che derivare da un'autorità trascendente. Così si genera il tipico dualismo (proprio della metafisica) che caratterizza il giusnaturalismo: ad un sistema di norme statuite con atti umani (ordinamento positivo), si contrappone un ordinamento trascendente²⁵. Ora, e su questa tesi si fonda tutto il pensiero filosofico e giuridico di Kelsen e, in generale, del positivismo giuridico, agli uomini è possibile conoscere con certezza scientifica solo il diritto statuito dagli uomini²⁶. Non solo, ma l'esperienza insegna che ci sono molte norme di giustizia differenti tra loro, talvolta in contrasto l'una con l'altra: da qui l'esistenza

22 Per Passerin d'Entrèves la teoria di Kelsen è alla base di un ordinamento giuridico “completo” ed “esclusivo”. «Esclusivo, perché il riconoscimento di un particolare ordinamento giuridico come positivo implica che le norme che lo costituiscono sono, per il giurista, le sole, uniche valide: tutte le altre regole non sono propriamente leggi ma meri fatti. Completo, perché l'ammissione che vi possano essere delle “lacune” nel diritto è nient'altro che un'illusione che deriva dalla credenza che vi possano essere situazioni o fatti “intrinsecamente” giuridici - un residuo del pensiero giusnaturalistico». A. P. d'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, cit. p. 138. Quindi dal punto di vista giuridico sono rilevanti solo le norme poste dal sistema e coerenti con la norma fondamentale. Il significato di tale concezione della norma per Kelsen risulterà chiaro nel corso della nostra esposizione.

23 H. Kelsen, *Gleichheit vor dem Gesetz*, in *Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, III, de Gruyter, Berlin-Leipzig 1927, p. 55, tr. it., a cura di Mario G. Losano, in Hans Kelsen, *Il problema della giustizia* [1960], tr. it., Einaudi, Torino, 1998, p. XXIX.

24 H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit. pp. 63-64.

25 *Ibidem*, pp. 68-69.

26 Argomenta Kelsen: «La dottrina idealistica del diritto - in contrasto con la dottrina realistica del diritto - presenta dunque un carattere dualistico. La dottrina realistica del diritto è invece monistica, perché non conosce, come la precedente, un diritto ideale, statuito non dall'uomo ma da un'autorità trascendente e, accanto ad esso, un diritto reale, statuito da uomini; essa conosce soltanto un diritto, quello statuito dall'uomo, cioè il diritto positivo». E, significativamente, prosegue il giurista di Praga: «Se, dal punto di vista della conoscenza scientifica, si rifiuta di accettare un essere trascendente, di là da tutte le possibili esperienze umane, cioè l'esistenza di un assoluto in generale e di valori assoluti in particolare, dal punto di vista di una dottrina scientifica del diritto la validità del diritto positivo non può essere fatta dipendere dal suo rapporto con la giustizia. Questa dipendenza può sussistere soltanto se la giustizia è un valore assoluto [...] D'altra parte, però, ogni ordinamento giuridico positivo può essere conforme ad una qualsiasi delle molte norme di giustizia, su cui si fondano valori soltanto relativi, senza che questa conformità possa considerarsi fondamento della sua validità». Cfr. H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit. pp. 69-70.

Tringali – Passerin D'Entrèves, Kelsen e il giusnaturalismo

di diverse teorie giusnaturalistiche²⁷. Il giusnaturalismo è vittima per Kelsen di un errore logico, la cosiddetta fallacia naturalistica, ossia la pretesa di ricavare norme dalla realtà²⁸.

Relativamente al problema della giustizia, Kelsen propone di escludere l'ambito che appartiene propriamente all'esperienza giuridica dal riferimento a valori. Ciò non significa eliminare ogni considerazione etica dal diritto. Ma la valutazione etica del diritto non è compito della scienza giuridica. Il giurista non deve valutare il diritto, o riferirlo ad una misura ideale, ma limitarsi a descriverlo. Suo compito è descrivere, descrivere, descrivere, ossia non fare filosofia. Quella di Kelsen è una dottrina che prescrive di descrivere. Descrivere i fatti giuridici. E i fatti giuridici esistono, se, e nella misura in cui, le norme sono valide. Kelsen, che vuole presentarsi come il teorico della dottrina pura del diritto positivo²⁹ e non di una dottrina del diritto puro, ossia di un diritto avulso dalla realtà, contro le critiche dei giusnaturalisti, distingue il valore del diritto dalla sua validità. Così la dottrina pura del diritto ha per oggetto la normatività, non il mondo dei valori.

Ora, Kelsen, respingendo le critiche mosse da Passerin d'Entrèves, ribadisce che la norma fondamentale non è una norma di diritto positivo, non è statuita né dalla legislazione, né dalla consuetudine. Mentre il giusnaturalismo fornisce una risposta categorica nella ricerca del fondamento della validità di un ordinamento giuridico positivo, la dottrina pura del diritto, invece, dà una risposta ipotetica, ossia condizionata. Così la norma fondamentale determina soltanto il fondamento, non il contenuto del diritto positivo. In altri termini, la norma fondamentale non si risolve in una misura di valore del diritto positivo. A differenza di quanto avviene per il diritto naturale, la norma fondamentale non ha nessuna funzione etico-politica di fornire una giustificazione. Essa ha un carattere epistemologico, non etico-politico³⁰. Ma così Kelsen non fa altro che ribadire il suo rigido descrittivismo come caratterizzante la moderna scienza giuridica.

Passerin d'Entrèves ne *Il problema del diritto naturale*³¹ viene sempre più chiarendo la distinzione tra scienza giuridica e filosofia del diritto e della politica, intesa quest'ultima come riflessione intorno all'obbligazione politica. La prima ha un'inestimabile valore se rimane nei confini che essa stessa si è data. La scienza giuridica deve occuparsi solo del diritto esistente, ma non è in grado (costitutivamente) di rispondere alla domanda se siamo obbligati moralmente a rispettare e obbedire alle norme: domanda che non cessa di inquietare la nostra coscienza. I giuristi si preoccupano della validità del diritto come fondamento della scienza giuridica positiva, e non della determinazione del carattere obbligatorio della norma giuridica. Al pari della giustizia, il problema della obbligazione della norma giuridica è posto tra parentesi. Ora, osserva Passerin d'Entrèves, si può porre tra parentesi il problema dell'obbligazione della norma giuridica solo quando si vive in tempi tranquilli, vale a dire quando l'obbligo giuridico, l'obbligo morale e l'obbligo politico tendono a coincidere. Ma non si può fare a meno del diritto naturale come deontologia, ossia come «conoscenza dei valori che determinano il carattere di obbligazione del diritto e ne costituiscono la misura»³², quando si vive in tempi di crisi, «quando tutti i valori sono rimessi in questione, e un diritto

27 Cfr. H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit. pp. 71-86.

28 Scrive Kelsen: «[...] una dottrina che ritenga di poter dedurre norme dalla natura riposa su un fondamentale errore logico [...] Chi crede di trovare, di scoprire o di prendere conoscenza di norme nei fatti o di valori nella realtà, inganna se stesso. Infatti, anche se inconsciamente, egli deve proiettare le norme (da lui in qualsiasi modo presupposte come fondamento dei valori) nella realtà dei fatti, per poterle poi dedurre da questi. Realtà e valore appartengono a due sfere distinte». Cfr. H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit. pp. 72-73.

29 Cfr. H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), prefazione di E. Gallo e introduzione di G. Pecora, Etas, Milano, 1994; Id., *La dottrina pura del diritto* (1934), premessa di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1990; Id., *Le teoria generale del diritto e il materialismo storico* (1931), introduzione di F. Riccobono, Istituto Enciclopedico Italiano, Roma, 1979; Id., *Teoria generale delle norme*, introduzione di M. G. Losano, Einaudi, Torino, 1985. Per quanto riguarda le principali opere su Kelsen cfr. N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Esi, Napoli, 1992; A. Cabrino, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Esi, Napoli, 1992; M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981; G. Pecora, *La democrazia di Hans Kelsen. Una analisi critica*, Esi, Napoli, 1992; L. Rizzi, *Legittimità e democrazia. Studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*, Giuffrè, Milano, 1990; F. Russo, *Kelsen e il marxismo. Democrazia politica e socialismo*, Firenze, 1976; C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 1983; R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Esi, Napoli, 1992; R. Gatti, *Il filo spezzato. Ragione e democrazia in Hans Kelsen*, in Id. (a cura di) *Democrazia, ragione e verità*, Massimo, Milano, 1995, pp. 8-24.

30 Cfr. H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit. pp. 122-25.

31 Si tratta di una comunicazione letta alla Riunione de "l'Institut International de Philosophie Politique" tenuta a Parigi nel giugno del 1957, e successivamente pubblicata col titolo *Le droit naturel* ne gli "Annales de Philosophie Politique", III, Paris, 1959. La relazione fu tradotta e pubblicata in italiano nel 1962 in occasione della pubblicazione della seconda edizione de *La dottrina del diritto naturale*, e insieme a *Due domande intorno al diritto* ne costituisce l'appendice.

32 A. P. d'Entrèves, *Il problema del diritto naturale*, cit. p. 169.

Rothbard Seminar – 18 aprile 2005

nuovo si fa strada, richiamandosi ad un'esigenza inestinguibile di verità e di giustizia». Richiamandosi a Vico, Passerin d'Entrèves chiarisce il suo punto di vista: «Il certo delle leggi è un'oscurezza della ragione unicamente sostenuta dall'autorità [...]; proprio qui è la fonte di quella validità del diritto che la scienza positiva accetta come un fatto anziché discuterla come un problema»³³. La verità del diritto, che ne garantisce la validità, non è altro che il valore che determina il contenuto di ogni norma giuridica.

Mentre per Kelsen l'efficacia è la condizione della validità della norma fondamentale, per Passerin d'Entrèves il problema della validità del diritto è strettamente legato a quello della sua obbligatorietà e al contenuto della norma giuridica. In questa prospettiva si coglie il diverso punto di vista dal quale il giurista di Praga e il filosofo valdostano considerano il diritto con le relative conseguenze e differenziazioni. Il primo, fedele ad un approccio geometrico, si occupa del diritto come è, non come *dovrebbe essere*, intendendo per dover essere ciò che è al di là delle apparenze. In altri termini, come ha osservato Francesco Gentile in *Intelligenza politica e ragion di stato* a commento della *Grundnorm*, la scienza giuridica «esclude in partenza di interessarsi all'essere del diritto, classicamente all'*ousia*»³⁴. Così Kelsen non riesce a fornire una risposta filosofica sul *perché* un uomo libero si deve comportare nel modo previsto da una norma di un dato sistema giuridico. Scrive Gentile: «Non si può, infatti, arguire dalla coerenza di una regola di diritto (*Soll-Satz*) la ragione per la quale si deve obbedire ad una norma (*Soll-Norm*). O meglio, non si può logicamente dire che si deve obbedire ad una norma (*Soll-Norm*) perché la rappresentazione che di essa è stata data, sulla base di un'ipotetica norma fondamentale (*Soll-Satz*), è con quest'ultima coerente»³⁵.

4. Contributi della filosofia politica alla teoria giuridica

Passerin d'Entrèves viene sempre più chiarendo la sua nozione di obbligazione politica, come prospettiva dalla quale considerare l'esperienza giuridica, nel saggio *Due domande intorno al diritto*³⁶. Ribadisce che il diritto è un fatto e che la scienza giuridica come metodo, ossia attenendosi rigorosamente ai fatti giuridici, fornisce enormi vantaggi nell'analisi e nella descrizione del diritto. Ma alla domanda cosa sia il diritto, il positivista non riesce a rispondere perché sacrifica il *dover essere* all'*essere*, come d'altronde il giusnaturalista rigoroso che sacrifica l'*essere* al *dover essere*. Passerin d'Entrèves ha così modo di prendere le distanze sia dal positivismo giuridico che dal giusnaturalismo rigoroso. La domanda kantiana «che cos'è il diritto?» ha senso se ci domandiamo «come si spiega che il diritto possa esprimere ad un tempo un *essere* e un *dover essere*, come si spiega che esso possa essere ad un tempo un fatto e un valore? Io penso che vi sia un elemento di verità e nel positivismo e nel giusnaturalismo, e che la risposta, se c'è, possa esser data dalla filosofia politica piuttosto che dalla filosofia del diritto»³⁷. I limiti del descrittivismo analitico della moderna scienza giuridica sono indicati in maniera netta e inappellabile. Per Passerin d'Entrèves il filosofo politico si pone la domanda, a cui si sottrae il giurista che non vuole essere filosofo, ma coerentemente positivista attento ai fatti giuridici, se si deve obbedire o resistere alle leggi ingiuste. Il positivista descrive un ordinamento giuridico che possiede un certo grado di effettività. Tuttavia, osserva il filosofo valdostano, noi sperimentiamo il diritto non solo come coattivo, ma come obbligatorio: si tratta della questione filosofica a cui la filosofia politica tenta di dare una risposta. Ora, nel sistema kelseniano, come d'altronde in ogni ordinamento giuridico, le norme si presentano nella veste dell'imperativo ipotetico, non in quella dell'imperativo categorico. Eppure nella nostra esperienza del diritto, avvertiamo le norme come un comando, come un obbligo non soltanto morale, o a cui siamo tenuti unicamente per timore della sanzione. Il problema è allora chiedersi qual è l'origine dell'obbligo giuridico. Scrive Passerin d'Entrèves: «Quello che mi domando è se l'obbligatorietà delle norme giuridiche non possa derivare, oltre che dal dovere morale che esse possono o meno racchiudere, da una qualche convalida ulteriore e diversa [...] Dietro alla "norma base" di Kelsen, dietro al "criterio ultimo di qualificazione" di Hart non è possibile non intravedere una realtà sociale e politica, una realtà che appunto, nel linguaggio comune, indichiamo con un

33 *Ibidem*, p. 170.

34 F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 151.

35 *Ibidem*, p. 155.

36 Si tratta di una comunicazione letta originariamente in inglese al Graduate Philosophy Club della Yale University nel dicembre del 1961, e successivamente pubblicata con lo stesso titolo in italiano nella "Rivista di Filosofia", vol. LIII, n. 1, Gennaio 1962, e in tedesco nel volume *Existenz und Ordnung*, Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main, 1962, e riprodotto in appendice a *La dottrina del diritto naturale*, 2ª edizione, pp. 171-188.

37 A. P. d'Entrèves, *Due domande intorno al diritto*, cit. p. 180.

Tringali – Passerin D’Entrèves, Kelsen e il giusnaturalismo

nome, ambiguo finché si vuole, eppur pertinente. Non potrebbe darsi che, coll’esaminare più accuratamente che cosa intendiamo per “lo Stato”, ci riuscisse di intendere più chiaramente che cosa intendiamo per diritto? Quale contributo può dare la filosofia politica nel portare a compimento la filosofia giuridica?»³⁸.

Secondo Passerin d’Entrèves la definizione del diritto e della sua obbligatorietà dipende dalla concezione dello Stato. Qui troviamo l’aspetto più originale della sua riflessione. In altri termini bisogna distinguere lo Stato come mero fatto dallo Stato come valore, o per usare una terminologia passeriniana largamente debitrice a Max Weber, lo Stato come legalità dallo Stato come autorità morale. In questa prospettiva si inserisce la critica di Passerin d’Entrèves nei confronti della moderna scienza politica, la quale come riflesso della moderna giurisprudenza nell’ambito della considerazione dei fenomeni politici, trascura lo studio del problema giuridico e relega la nozione di Stato ad uno dei passatempo intellettuali del passato, riducendo lo Stato ad un concetto sociologico. Passerin d’Entrèves si riferiva alle considerazioni di Harold D. Lasswell e Abraham Kaplan in *Power and Society*, ma anche alla cosiddetta corrente weldoniana.

Ora, in *Due domande intorno al diritto* Passerin d’Entrèves fa dipendere l’obbligatorietà delle norme giuridiche dalla considerazione se lo Stato incarna o meno un valore. E qui vi è un passaggio, a nostro modo di vedere, molto significativo nella critica a Kelsen. Scrive Passerin d’Entrèves: «Se il monopolio del potere che si è avverato nello Stato moderno è semplicemente un fatto, è chiaro che l’intera struttura di proposizioni normative che si incentra intorno ad esso non è altro che un insieme di imperativi ipotetici, di norme riguardanti l’uso della forza *se e quando* così decida lo Stato. In questo caso, il diritto non è altro che un insieme di minacce rivolte agli eventuali violatori: non vedo in che modo esso possa possedere il minimo valore obbligatorio. Perché il diritto abbia un valore obbligatorio, perché le norme giuridiche possano dirsi veramente proposizioni normative e non semplici descrizioni circa l’uso della forza, dobbiamo aggiungere al mero fatto dell’esistenza dello Stato una clausola di valore, dobbiamo concepire la norma base come un imperativo categorico. Dobbiamo, in altre parole, parlare non più soltanto del potere dello Stato, ma della sua autorità»³⁹. Il diritto non è quindi concepito da Passerin d’Entrèves come un semplice insieme di norme alla maniera di Kelsen, ossia come minacce e sanzioni. Passerin d’Entrèves aderisce sempre più alla concezione del diritto naturale come problema deontologico e sottolinea: «che questo modo di concepire il diritto naturale si avvicina molto ad una tesi, cara ai moderni Analisti, relativa alle cosiddette “decisioni di principio”. Fra di essi, ce ne sono molti oggi disposti ad ammettere che tali “decisioni” non sono necessariamente tutte soltanto emotive o irrazionali, e che tali “principi” sono tutt’altro che privi di significato. Ed è con essi, appunto, che mi troverei d’accordo, bastandomi per ora di rilevare che, dopotutto, nell’atto di svolgere una qualsiasi attività giuridica o politica, noi stessi facciamo di queste decisioni continuamente, mediante quel “plebiscito di ogni giorno” che, secondo la bella definizione di Renan, solo costituisce una nazione. Non si potrebbe sostenere che, proprio con queste decisioni, rendiamo omaggio all’obbligatorietà del diritto e ad un tempo contribuiamo, per la nostra parte, alla sua esistenza? Ma concepire il diritto in questo modo significa concepirlo come qualcosa di molto diverso da un semplice insieme di minacce e di sanzioni»⁴⁰.

Così Passerin d’Entrèves compie una prima importantissima distinzione tra un potere “cui siamo costretti a obbedire” e un potere “che siamo costretti a riconoscere”. Nel primo caso domina la nuda forza, nel secondo il potere ha una sua legittimazione. Ora la legittimazione del potere politico non è determinata (“posta” weberianamente) dalla politica, ma dalla funzione svolta dal diritto naturale che è, come riconosce lo stesso Weber, «l’unico specifico e coerente tipo di legittimazione di un ordinamento giuridico che rimane, quando abbiano perso la loro efficacia la rivelazione religiosa e la sacertà autoritaria di una tradizione e dei suoi rappresentanti».

In estrema sintesi, la filosofia politica, come riflessione intorno all’obbligazione politica, risponde al problema della legittimità e dell’autorità del potere e dello Stato, ma questa dipende dal diritto naturale o ideale, e, in particolare, dal “*minimo etico*”. E su questo punto vi è l’originalità e la peculiarità del giusnaturalismo di Passerin d’Entrèves. Per il filosofo valdostano il diritto non può prescindere dalla morale. Funzione del diritto naturale è quella di mediare tra la sfera morale e quella giuridica. L’obbedienza volontaria (*consenso*), è un fattore essenziale del diritto (come storicamente si è dimostrato) e in ciò risiede la funzione del diritto naturale che impedisce la riduzione del diritto a comando munito di sanzione. Pertanto il carattere obbligatorio del diritto non deriva esclusivamente dalla forza coercitiva ch’esso possiede, ma dal particolare contenuto fornito ad esso dal diritto naturale.

38 *Ibidem*, p. 183.

39 *Ibidem*, p. 187.

40 *Ibidem*, p. 188.

Rothbard Seminar – 18 aprile 2005

5. Critica al giusnaturalismo.

Ora il giusnaturalismo rigoroso ha il limite, secondo il filosofo valdostano, di far dipendere l'obbligatorietà delle norme da una forza estranea al diritto e alla ragione, come l'esistenza di un Dio creatore o di un ordine razionale del cosmo. In questo senso il limite del giusnaturalismo rigoroso è di non riuscire a spiegare come dal *dover essere* si generi l'*essere*, se non ricorrendo a Dio o all'ordine naturale delle cose e obbligando in questo modo il giurista ad una professione di fede. Così il filosofo valdostano aderisce ad una concezione "moderata" del diritto naturale, vale a dire il diritto naturale come deontologia.

Ora, in una simile prospettiva, il contenuto minimo (che è etico) del diritto naturale, a nostro avviso, esprime nel contempo la modalità di riconoscimento dei valori che si propongono nella società: i valori, ad esempio, vengono a misurarsi con la ricerca del fondamento della dignità umana (quest'ultimo appartiene al *minimo etico*, ma su questo torneremo più in avanti). La debolezza filosofica di Passerin d'Entrèves risiede, a nostro avviso, nella ricerca del fondamento del diritto naturale. Egli sembra sbrigativamente aderire al paradigma lockiano. Infatti, molto controverso è il rapporto di Passerin d'Entrèves con la metafisica. Per il filosofo valdostano le teorie del diritto naturale che si sono succedute nella storia rappresentano un tentativo di risoluzione dei problemi di natura filosofica, quale il problema del *quid ius?*, dei rapporti tra legalità e moralità, della "legge ideale" e dell'obbligazione politica, cui il giurista, come tale, non è in grado di rispondere, e che tuttavia il fenomeno giuridico continuamente ripropone. Da questo punto di vista l'importanza del diritto naturale risiede nella sua "funzione" piuttosto che in un suo particolare contenuto, ossia in una sua particolare dottrina. Lo stesso Passerin d'Entrèves dichiara il proprio agnosticismo nei confronti delle varie dottrine del diritto naturale nell'introduzione a *Natural Law*: «Non avendo l'autore di questo studio alcuna speciale preferenza che lo faccia inclinare a favore d'una od altra nozione del diritto naturale». Il suo intento, infatti, è di illustrare la funzione storica esercitata dal diritto naturale nel corso dei secoli e il contributo decisivo e imprescindibile che può apportare alla conoscenza del diritto e all'intendimento del fenomeno giuridico. Franco Giuliano nel recensire la traduzione italiana del volume opportunamente, a parere nostro, rileva: «La ragione di ciò va riportata nella opportunità ravvisata dall'autore di trascurare ogni riferimento al diritto naturale che valga ad identificarlo come una formulazione di principi filosofici campata nelle regioni dell'astrazione metafisica: quel che interessa delle varie teorie di diritto naturale è la funzione cui esse hanno adempiuto nella storia del pensiero, senza volersi smarrire nella vana ricerca di una continuità sostanziale della nozione». Per questa ragione, ad esempio, Passerin d'Entrèves omette ogni riferimento alla filosofia greca. Tuttavia, come ha rilevato G. Mattai nel recensire il volume di Passerin d'Entrèves: «Da tutto il volume [...] traspare una profonda simpatia per la concezione ispirata al tomismo, sulla cui falsariga il Passerin giudica del valore non perituro delle principali esigenze espresse dalla dottrina del diritto naturale». Ma lo stesso Mattai osserva: «Non riusciamo però a comprendere come Passerin riesca a conciliare la professione, diremmo, agnostica che si trova nelle sue premesse metodologiche [...] con la valutazione *sub specie aeterni*, che necessariamente richiede una determinata visione metafisica». A nostro avviso il rapporto tra la "funzione" del diritto naturale e la metafisica rimane un punto problematico nell'opera del filosofo valdostano. Per Passerin d'Entrèves la teoria tomistica del diritto naturale ha rappresentato "un principio pratico suscettibile delle più svariate interpretazioni", nel seno che "ancora una volta il reale significato della nozione del diritto naturale sembra consistere più nella sua funzione che nella dottrina stessa". In altri termini, per Passerin d'Entrèves, la teoria del diritto naturale di San Tommaso può prescindere dai suoi presupposti metafisici. Egli, infatti, da un lato sottolinea il valore e l'importanza storica della nozione tomistica della legge naturale, soprattutto per quanto riguarda la teoria della resistenza e della disobbedienza, dall'altro rifiuta ogni legame tra la funzione del diritto naturale e la concezione metafisica. A nostro avviso l'interpretazione passeriniana di San Tommaso è "parziale", nel senso che è il frutto di una particolare concezione filosofica ed antropologica, sostanzialmente ispirata al paradigma lockiano della "libertà negativa". Il principio trascendentale dalla teoria politica e giuridica di Passerin d'Entrèves è il principio della libertà di coscienza, ossia le esigenze dell'individuo e delle minoranze, che vengono salvaguardate dai motivi ispiratori della *rule of law* che costituiscono il principio di "legittimità" dello Stato democratico. Viceversa, come è riconosciuto dallo stesso Passerin d'Entrèves, per San Tommaso "il punto di partenza non è l'individuo, ma il cosmo, la nozione d'un mondo bene ordinato e gerarchizzato, del quale il diritto naturale è l'espressione". Ora, la metafisica per Passerin d'Entrèves è incompatibile col principio della libertà di coscienza. Il filosofo valdostano ha così illustrato la fecondità, e per certi versi, l'attualità del tomismo prescindendo dalla metafisica.

Ritornando alla teoria dell'obbligazione politica, come il diritto positivo e il diritto naturale sono i due poli della vita giuridica, così la legalità e la legittimità sono i due poli della vita politica.

6. Legalità e legittimità⁴¹

Nella critica condotta dal Passerin d'Entrèves nei confronti del positivismo giuridico occupa un ruolo significativo la sua riflessione sullo Stato e sul rapporto tra la nozione di legalità e di legittimità. Nel saggio *Il problema del diritto naturale* Passerin d'Entrèves ribadisce la tesi che la dottrina del diritto naturale si è sforzata di dare una risposta al problema della determinazione del carattere di obbligatorietà della norma giuridica. Da questo punto di vista rifiuta la weberiana accettazione delle “regole del gioco” poiché tale accettazione esclude, in nome del presupposto della avalutatività e della neutralità, ogni giudizio sul loro valore e quindi sulla loro obbligatorietà. Al contrario, il diritto naturale nella sua funzione deontologica considera il contenuto delle norme, ossia ciò che esse prescrivono, e da questo fa derivare il carattere di obbligatorietà della norma giuridica. Passerin d'Entrèves afferma che come deontologia, vale a dire come «conoscenza dei valori che determinano il carattere di obbligatorietà del diritto e ne costituiscono la misura»⁴², il diritto naturale può trovare accoglimento nella filosofia giuridica e politica contemporanea. Per Passerin d'Entrèves occorre esaminare il rapporto tra “valori” e “validità”.

Ora, la moderna scienza politica e il giuspositivismo accettano come un fatto, e non come un problema, la validità del diritto. Per Passerin d'Entrèves ciò dipende dal modo di intendere lo Stato e il rapporto tra legalità e legittimità. Egli critica in diverse occasioni⁴³ la concezione della legalità e il modo di concepire il rapporto tra legalità e legittimità propria del positivismo giuridico e di Kelsen in particolare. In estrema sintesi, la tesi di Passerin d'Entrèves è che la legalità e la legittimità non possono essere separate, nel senso che non si può ridurre la legittimità a legalità come pretendeva Max Weber. Passerin d'Entrèves osserva come la nozione di legalità abbia sostituito quella di legittimità fino a diventare la nozione fondamentale su cui si è costituito lo “Stato costituzionale”, nato per impedire il sorgere di un potere arbitrario e per circoscrivere l'azione dello Stato entro limiti giuridici. Egli osserva come, nell'Ottocento, sulla nozione di *Rechtsstaat*, elaborata, soprattutto, grazie all'opera dei giuristi tedeschi, si fondava il rispetto della personalità, della rappresentanza, della divisione dei poteri, ossia del liberalismo e della democrazia⁴⁴. Tuttavia: «Successivamente, e sotto l'influenza specialmente della cosiddetta dottrina positiva, essa si trasformò profondamente: poiché separato nettamente il “diritto come fatto” e il “diritto come valore”, eliminato dalla considerazione del diritto ogni riferimento valutativo o contenutistico, condizione unica ed esclusiva per l'esistenza di un ordinamento giuridico diventa la sua “efficacia”, cioè la sua esistenza di fatto, ed ogni Stato, in quanto ordinamento giuridico, è, per definizione, uno “Stato di diritto”»⁴⁵. Ne consegue che la legittimità è data dal principio di effettività⁴⁶. Questa è esattamente la posizione di Kelsen che sostiene: «Il principio di legittimità è condizionato dal principio di effettività»⁴⁷. Sulla stessa scia si colloca l'istituzionalismo di Santi Romano per il quale «un ordinamento giuridico illegittimo è una contraddizione in termini, la sua esistenza e la sua legittimità sono una cosa sola»⁴⁸. Ora, osserva Passerin d'Entrèves, simili concezioni che riducono, in nome dell'avalutatività, la legalità ad un concetto meramente formale, privo cioè di un qualsiasi contenuto di valore, e il concetto di legittimità alla mera constatazione del fatto compiuto, si prestano alla facile accusa di fare della forza e non della giustizia la misura ultima di tutti i fenomeni giuridici e politici.

41 Sul problema della legittimità il libro considerato da Passerin d'Entrèves “più originale e più degno di meditazione” è G. Ferrero, *Potere*, Edizioni di Comunità, Milano, 1947. Sul rapporto tra legalità e legittimità nella concezione moderna cfr. C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humboldt, Lipsia-Monaco, 1932; AA. VV., *L'idée de légitimité*, Presses Universitaires de France, Parigi, 1967; D. Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, Wiley, New York, 1965.

42 A. P. d'Entrèves, *Il problema del diritto naturale*, cit. p. 169.

43 Cfr. A. P. d'Entrèves, *Legalità e legittimità*, in *Dottrina dello Stato, Lezioni tenute dal Prof. Passerin d'Entrèves e raccolte ad uso degli studenti da Clotilde Nuvoli e Ornella Randi*, edizione a cura di Valentino Foti, Torino, 1959, pp. 169-184; Id., *Legalità e legittimità*, cap. X de *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1962, pp. 201-212; Id. *Legalità e legittimità*, relazione presentata alla riunione annuale de “L'Institut de Philosophie Politique”, tenuta a Parigi il 26 e il 27 giugno 1964, e pubblicata nel volume *L'idée de légitimité*, “Annales de Philosophie Politique”, VII, Presses Universitaires de France, Parigi, 1967, e in italiano in *Obbedienza e resistenza*, cit. Passerin d'Entrèves tiene a sottolineare come il titolo non sia casuale. Il riferimento è a C. Schmitt che, alla vigilia dell'ascesa al potere da parte di Hitler, pubblicò un saggio significativamente intitolato *Legalität und Legitimität*, Monaco, 1932.

44 Cfr. R. Treves, *Stato di diritto e Stati totalitari*, in “Studi in onore di G. M. De Francesco”, vol. II, 1957.

45 A. P. d'Entrèves, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Giappichelli, Torino, 1962, p. 208.

46 Sul fatto che il principio di effettività assurga a nuova regola di legittimità cfr. P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953.

47 H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard U. P., 1946, p. 115-122.

48 S. Romano, *Principi di diritto costituzionale generale*, 2ª edizione, 1946, pp. 192-93.

Rothbard Seminar – 18 aprile 2005

Egli non dedica molta attenzione a questa difficoltà che incontra il positivista giuridico. Si limita a ricordare che per i giuspositivisti il problema della giustizia si presenta come una questione di valori: dunque come un problema morale e non come una questione giuridica. Per essi il problema della giustizia non è di competenza del giurista, il quale distingue la legittimità giuridica dalla legittimità morale⁴⁹. Il punto sollevato dal Passerin d'Entrèves è un altro: i giuspositivisti distinguono la considerazione scientifica dalla valutazione morale. Pertanto se un ordinamento esiste, le sue norme sono comunque "valide". Il concetto di validità è da loro nettamente separato da quello di obbligatorietà in conseguenza dal presupposto della avalutatività. Per i giuspositivisti (e Kelsen in particolare), in coerenza con il rigido formalismo dello "Stato di diritto", la nozione di validità si riduce ad un criterio di pura coerenza formale. Passerin d'Entrèves critica tale concezione sostenendo che il principio di legittimità deve indicare non solo la stretta correlazione fra Stato e legalità, ma deve anche indicare di quale legalità si tratta. Lo Stato non può ridursi, come pretende la moderna scienza politica, ad un concetto sociologico, o ad un sistema di norme. Si deve passare da una considerazione fattuale dello Stato, per cui esso è potere legale, ad una considerazione di valore e riconoscere l'autorità morale, ossia il grado di legittimazione rappresentato dallo Stato. In questa prospettiva Passerin d'Entrèves rifiuta la concezione giuspositivistica della nozione di validità. Scrive il filosofo valdostano: «Per parte nostra confessiamo di non essere mai riusciti a capire come una norma possa essere "valida", se non è anche "efficace", né efficace se non è "consentita", né consentita se non è fondata su di un determinato complesso di convinzioni, di credenze, di ideologie relative a certi "valori" fondamentali che venivano designati un tempo col nome di diritto naturale»⁵⁰.

Ad una considerazione di valori, lo Stato non si esaurisce in un insieme logicamente coerente di norme, ma è anche un sistema "obbligatorio", «[...] cioè considerato legittimo da coloro che in ultima istanza decidono, proprio colla loro osservanza, della sua validità e della sua efficacia»⁵¹. Per Passerin d'Entrèves vi è una "ragionevole certezza" che la legge sarà efficace solo se i "destinatari" saranno convinti. L'efficacia, in cui si risolve la validità, non dipende dalla sanzione, bensì dalla coscienza morale di un popolo libero, cioè dall'esperienza vissuta di una democrazia veramente liberale. Così la "legittimità democratica" costituisce la giustificazione razionale dell'obbligazione politica. Ora, proprio il concetto di legittimità costituisce il *trait d'union* della concezione giuridica e politica passeriniana. Scopo della *Dottrina dello Stato*, alta e significativa perorazione a favore di un ideale di Stato in cui uguaglianza, libertà e giustizia si congiungono nella ricerca del bene comune, è dimostrare che esiste un principio di legittimità capace di trasformare il potere da mero esercizio della forza o da forza esercitata in nome del diritto, vale a dire come potere legale, in autorità, ossia in potere che trova nel libero consenso dei cittadini il proprio criterio di legittimazione. Tale principio è individuato nella nozione di "legittimità democratica", ossia nell'ideale di uno Stato fondato sulla libertà e sul consenso. Ora la nozione di legittimità svolge una funzione teoretica importantissima in Passerin d'Entrèves e costituisce, come abbiamo già esposto, un momento importante nella critica al positivismo giuridico.

Passerin d'Entrèves, nel saggio *Legalità e legittimità* del 1967, mette in evidenza come i vocaboli "legalità" e "legittimità" traggono origine dal diritto. Ma proprio i moderni teorici del diritto hanno determinato a riguardo una certa confusione, carica di conseguenze anche sul piano politico. Osserva, infatti, il filosofo valdostano come vi siano differenti modi di concepire lo Stato e il diritto tra il Continente e il mondo anglosassone⁵². Le differenze si spiegano a partire dal diverso modo di concepire il rapporto tra legalità e legittimità. Se è vero che lo Stato moderno è concepito ovunque nei termini dello "Stato di diritto" e della *rule of law*, bisogna riconoscere che le differenze sorgono quando si cerca di definire ciò che si intende per legalità. Ora, sottolinea il filosofo valdostano, quando Weber afferma che la legittimità si identifica con la legalità, si pone da un punto di vista rigorosamente descrittivo⁵³. Sostenere che il potere si esercita attraverso le leggi e

49 N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, p. 64.

50 A. P. d'Entrèves, *Lezioni tenute dal Prof. Passerin d'Entrèves e raccolte ad uso degli studenti da Clotilde Nuvoli e Ornella Randi*, cit. p. 180.

51 *Ibidem*.

52 Significativamente Passerin d'Entrèves, nell'illustrare la filosofia giuridica di Kelsen e in generale la scienza giuridica moderna, sostiene la netta inconciliabilità di questa con la tradizione della *Common Law*. Egli scrive: «La giurisprudenza, al di qua della Manica, sembra aver conservato un solido fondo di buon senso che l'ha preservata dai pericoli dell'eccesso di astrazione. Si può anche dubitare se tutte le conclusioni del pensiero giuridico continentale possano applicarsi ad un tipo di esperienza giuridica qual è quella della *Common Law*, del tutto differente dalla tradizione del diritto romano sul Continente». A. P. d'Entrèves, *La dottrina del diritto naturale*, cit. p. 139.

53 I testi fondamentali di M. Weber cui fa riferimento Passerin d'Entrèves sono tratti dall'antologia di M. Rheinstein, *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Mass., 1954, pp. 3, 9, 336-37. Un altro dei testi citati dal Passerin d'Entrèves è tratto dalla *Wirtschaftsethik der Weltreligionen* (M. Weber, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, vol. I, Tübinga, 1920, pp. 267-268).

Tringali – Passerin D'Entrèves, Kelsen e il giusnaturalismo

il rispetto delle “regole del gioco”, infatti, è frutto unicamente della constatazione di dati di fatto. Così Weber, volendo rimanere rigorosamente neutrale, in ciò fedele al dogma positivista, non ci dice perché il potere è legittimo, e non può dircelo. Non ci dice a quale gioco giochiamo. Ci dice soltanto che dobbiamo rispettare le regole in quanto sono poste.

Ora tutte queste problematiche, ricorda Passerin d'Entrèves, furono al centro dell'attenzione dei giuristi provenienti da tutto il mondo che si trovarono riuniti a Chicago nel 1957 per discutere intorno al problema del rapporto tra Stato e diritto come è inteso in Occidente. Da questo incontro emerse che ci sono delle differenze tra *rule of law* e legalità, tra *government under law* e *Rechtsstaat*, anche se in apparenza sottili, che risalgono a due tradizioni culturali diverse: quella della *common law* e quella del diritto romano. Per i continentali la legge è: *Lex est quod populus iubet atque constituit*, ossia la legge è il risultato di un atto deliberato. Da questo punto di vista, il modo di concepire il diritto e la sovranità⁵⁴ tra i giuristi romani e i teorici della Rivoluzione francese è sostanzialmente identico. Così le democrazie frutto della Rivoluzione pongono la sovranità popolare a fondamento della legittimità di ogni ordinamento giuridico. Il che significa che la legittimazione di ogni norma deriva da un criterio puramente formale, ossia la legge è legittima unicamente se è conforme alla volontà del sovrano, o del titolare della sovranità. In questo modo si arriva all'identificazione di Weber tra legalità e legittimità. E i giuristi hanno verso il diritto un atteggiamento improntato alla più rigorosa neutralità. Per questi è un dovere astenersi da un qualsiasi giudizio di valore ed attenersi il più possibile alla lettera della legge. La scienza del diritto si limita ad esprimere considerazioni puramente formali⁵⁵. I giuristi non sono chiamati ad approvare o disapprovare le leggi, ma si limitano a prenderle come sono e a costruirne un sistema. Spetta unicamente al legislatore (dunque generalmente al parlamento) esprimersi sulle grandi questioni di fondo.

Il predominio del positivismo giuridico nel Continente, per Passerin d'Entrèves, si spiega in virtù delle profonde differenze ideologiche. Scopo del diritto è mantenere l'ordine costituito. In questo senso l'identificazione di Weber di legalità e legittimità sembra costituire un espediente per mettere da parte i contrasti ideologici di fondo. Così la sovranità popolare diventa: «una specie di *Deus ex machina* che ci permette di ignorare le nostre divergenze fin tanto che la legge è rispettata e lo Stato viene concepito come Stato di diritto come *Rechtsstaat*. Ma il lacrimevole destino di quella teoria della *Rechtsstaat*, di cui la Germania d'ante guerra andava orgogliosa dovrebbe metterci in guardia contro il pericolo della “neutralità” in materia giuridica [...]. Ma se, come vuole Kelsen, il concetto di diritto s'identifica con quello di Stato, ogni Stato è uno “Stato di diritto”. Ogni potere infatti finisce per darsi una struttura formale, ed è questa struttura che costituisce il diritto. Gli scopi particolari, politici, sociali e morali, che il potere si propone, non hanno nulla a che vedere con la legalità, che può esistere altrettanto in una autocrazia quanto nella democrazia più liberale»⁵⁶. Il normativismo di Kelsen e l'istituzionalismo di Santi Romano finiscono nell'individuare la misura ultima dei fenomeni giuridici e politici nella forza e non nella giustizia. Ma, ribattono i giuspositivisti, il problema della giustizia è un problema morale, e come tale non può essere affrontato nei termini di una questione giuridica. In questa prospettiva si può arrivare a dire con Hart: «Accettare che una norma è giuridicamente valida non ci dice ancora nulla di conclusivo in merito all'obbedienza»⁵⁷. E Passerin d'Entrèves osserva: «Non ho nulla da obiettare a Hart, tranne che egli stesso riconosce che un ordinamento giuridico è suscettibile di esser considerato da un angolo visuale diverso da quello della sua esistenza di fatto e della sua coerenza logica. Legalità e legittimità cessano di identificarsi dal momento che si ammette che un ordinamento può essere giuridico ma ingiusto.

54 Su questo punto è opportuna la precisazione di Passerin d'Entrèves. La nozione di sovranità per il filosofo valdostano è contenuta *in nuce* nel seguente passo collocato all'inizio del *Digesto*: «Quod principi placuit, legis habet vigorem, utpote cum lege Regia, quae de imperio eius lato est, populus ei et in potestatem coferat». Cfr. fr. I, *Dig.* I, 4: Ulpiano. Per Passerin d'Entrèves: «in questo passo famoso, collocato all'inizio del *Digesto*, è contenuta *in nuce* tutta la disputa successiva intorno alla sovranità». Cfr. A. P. d'Entrèves, *Lezioni tenute dal Prof. Passerin d'Entrèves e raccolte ad uso degli studenti da Clotilde Nuvoli e Ornella Randi*, cit., p. 20. Per Passerin d'Entrèves dal passo di Ulpiano risulta come nel diritto romano viene capovolta la nozione medievale circa il rapporto tra il potere e la legge e troviamo contenuta la nozione di sovranità anche se manca il nome, *absque nomine*. Il diritto romano ha contribuito a trasformare la nozione stessa del vincolo politico, sostituendo la nozione personalistica del rapporto feudale, ispirata alla “lealtà” da uomo a uomo, con il vincolo astratto, impersonale della legge. Puntualizza Passerin d'Entrèves: «Il merito di aver coniato la parola con questo concetto ormai vecchio di secoli sarà definitivamente incorporato nella pubblicistica europea, spetta a Jean Bodin: soggiungiamo però subito che il merito del Bodin non si limita ad aver inventato una parola, ma è consacrato dall'importantissima sua opera *De la République*, che si può ben chiamare la prima compiuta trattazione in termini giuridici dello stato moderno». Cfr. A. P. d'Entrèves, *Lezioni tenute dal Prof. Passerin d'Entrèves e raccolte ad uso degli studenti da Clotilde Nuvoli e Ornella Randi*, cit. p. 28.

55 Sul ruolo del formalismo nel ragionamento giuridico cfr. N. Bobbio, *Sul formalismo giuridico*, in “Rivista Italiana di diritto e procedura penale”, I, 1958.

56 A. P. d'Entrèves, *Legalità e legittimità*, in *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, cit. pp. 60-1.

57 H.L.A. Hart, *The Concept of law*, Oxford University Press, 1961, p. 206.

Rothbard Seminar – 18 aprile 2005

Il rapporto di cui parlava Weber è infranto: occorre postulare un principio di legittimità esteriore al sistema. Questo principio, che altro nome dargli se non quello di diritto naturale, se è da lui che il diritto positivo trae il suo valore obbligatorio?»⁵⁸

Bisogna pensare a un diverso modo di intendere il rapporto tra legalità e legittimità che rimanda ad una diversa prospettiva filosofica. A tal proposito Passerin d'Entrèves ricorda che durante la Conferenza di Chicago J.A.J. Jolowicz sostenne che il principio della *rule of law* «richiede molto più della semplice conformità del potere alla norme della legge positiva», involge «un contenuto positivo, suscettibile di essere espresso nei termini di alcuni valori fondamentali»⁵⁹. Qui si trova espressa una diversa concezione della legalità, dove l'accento cade sul contenuto del diritto, sulle finalità dell'ordinamento giuridico. Le norme non devono essere solo formalmente corrette, ma anche e soprattutto, conformi a determinati valori che sono frutto di una tradizione consolidata e che sono espressi dall'esigenza di giustizia propria del diritto naturale. In questa prospettiva, inserita a pieno titolo nella tradizione giuridico-filosofica anglosassone, legalità e legittimità si identificano, ma in maniera opposta a quella di Weber. Per Weber è una questione di fatto. Per Passerin d'Entrèves una questione di giustizia. La legittimità proposta dal Passerin d'Entrèves, richiede che siano soddisfatte due condizioni: in primo luogo occorre che nella società vi sia accordo sui valori fondamentali e il riconoscimento dell'esistenza di un diritto che viene sentito come naturale. In secondo luogo occorre abbandonare la concezione del diritto, ereditata in larga misura dal diritto romano, per cui il diritto è solo l'espressione della volontà del sovrano, fissata in un codice coerente e logico di norme. Per Passerin d'Entrèves la scienza del diritto non può essere rigorosamente formale e positiva. Infatti: «[...] il concetto del diritto, per essere veramente adeguato, deve saperci dire non soltanto ciò che pensa del diritto il giurista, ma ciò che ne pensano il giudice e il legislatore, nonché il buon cittadino al quale il diritto appare come un complesso di norme non soltanto valide, ma obbligatorie. È per questa ragione che, a mio avviso, il metodo positivo, la legalità puramente formale, non bastano, non basteranno mai, a dirci l'ultima parola su ciò che sono il diritto e lo Stato. Allo stesso modo come diritto positivo e diritto naturale sono i due poli della vita del diritto, legalità e legittimità sono i due poli della vita politica»⁶⁰.

Passerin d'Entrèves ribadisce che ciò che legittima lo Stato e lo rende autorevole, e come tale capace di garantire e preservare i diritti e le libertà fondamentali degli uomini e della società, è il rispetto per il contenuto delle sue leggi, il consenso o, per usare una sua nota espressione, un “diffuso convincimento”. Viceversa il mero rispetto per la legalità può fornire la giusta scusa per l'indifferenza morale e aprire la strada all'avvento dell'autoritarismo o, peggio, del totalitarismo.

7. Il cedimento del diritto positivo

Per ciò che concerne la teoria giuridica Passerin d'Entrèves, a partire dal punto di vista dell'obbligo politico, giunge a delle conclusioni particolarmente significative. In particolare, egli individua il cedimento del giuspositivismo e l'ammissione che non si può prescindere dal diritto naturale come deontologia per giustificare l'obbedienza alle leggi in uno dei massimi esponenti del giuspositivismo, quale Herbert Hart.

Al psiero di Hart Passerin d'Entrèves ha dedicato sempre molta attenzione. In particolare ha scritto un'ampia recensione⁶¹ a *Il concetto di*

58 A. P. d'Entrèves, *Legalità e legittimità*, in *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, cit., p. 63.

59 J. A. Jolowicz, *Digest of the Discussion, Chicago Colloquium on “The Rule of Law as understood in the West”*, settembre 1957, in “Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul”, t. IX, 1959. Traggio la citazione da *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, cit., p. 63. Passerin d'Entrèves ricorda come nel gennaio del 1959 la Commissione internazionale dei giuristi, riunita a Nuova Delhi, giunse a definire l'essenza della nozione di *rule of law* come «la realizzazione delle condizioni necessarie per lo sviluppo della dignità umana». Risulta di tutta evidenza che la legalità è intesa come attuazione di quella legge che assicura la tutela di certi fondamentali valori: la vita, la libertà, la proprietà, in generale la dignità dell'uomo. Tali valori costituiscono il titolo giustificativo del potere e dell'autorità dello Stato. Una simile concezione della legalità comporta che le norme di un dato ordinamento giuridico non siano soltanto formalmente corrette, ma che siano anche conformi a certi valori, valori che sono necessari alla «esistenza di una società libera». Cfr. N. S. Marsch, *The Rule of Law as a Supra-National Concept*, in *Oxford Essays in Jurisprudence*, a cura di A. G. Guest, Oxford, 1961, pp. 240-252.

60 A. P. d'Entrèves, *Legalità e legittimità*, in *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, cit., pp. 65-6.

61 Cfr. A. P. d'Entrèves, «*Un noyau de bon sens*» (à propos de la théorie du droit naturel chez H. Hart), in «Revue Internationale de Philosophie», 1963, n. 65, fasc. 3. L'articolo è stato riprodotto in italiano (trad. it. a cura di Luigi Lombardi) da «Iustitia», *Un nocciolo di buon senso. A proposito della teoria del diritto in H. Hart*, “Iustitia”, n. 2, aprile-giugno 1965, pp. 167-189., e successivamente in appendice alla terza edizione de *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1980.

Tringali – Passerin D'Entrèves, Kelsen e il giusnaturalismo

diritto, in cui si sofferma sull'idea di Hart di un "contenuto minimo" del diritto naturale⁶². In questo scritto Passerin d'Entrèves sottolinea come molto importante, per comprendere il significato di tale teoria, il collegamento razionale stabilito da Hart fra alcune verità ovvie relative alla natura umana (vulnerabilità, approssimativa uguaglianza, limitatezza delle risorse della terra) e il contenuto delle norme morali e giuridiche⁶³: senza quel determinato contenuto⁶⁴ gli ordinamenti morali e giuridici non sarebbero in grado di assicurare il fondamentale e minimo scopo della sopravvivenza, e mancherebbero per gli uomini i motivi per l'obbedienza. Secondo Passerin d'Entrèves in questo modo Hart avrebbe cercato di superare il fossato che separa i fatti dai valori, superando la legge di Hume: dalla proposizione descrittiva relativa al modo in cui il mondo e gli uomini sono, si passa alla proposizione prescrittiva concernente il contenuto che le norme morali e giuridiche devono avere⁶⁵. Tuttavia, secondo Passerin d'Entrèves, il superamento della legge di Hume non è riuscito. Infatti, la seconda proposizione (normativa) è in realtà dedotta da un giudizio di valore, relativo al fine di ogni associazione umana⁶⁶. D'altra parte Passerin d'Entrèves (e questo è il punto che vogliamo sottolineare) giungeva alla conclusione che secondo la dottrina di Hart la presenza di quel contenuto minimo nelle norme di un ordinamento giuridico offre delle "buone ragioni"⁶⁷ per obbedire a quell'ordinamento. In particolare sosteneva: «È, se si vuole, una concezione meramente formale e "nominalista" della ragione: il giusnaturalista "classico" la troverà inaccettabile. Per conto mio, non mi sentirei di ritenerla tale. A me basta e avanza che il "diritto naturale" si limiti a darci delle "buone ragioni"»⁶⁸. Queste "buone ragioni" costituiscono il fondamento dell'obbligazione politica.

Che l'esperienza giuridica non possa prescindere dalla morale, da "un nocciolo di buon senso", e che il diritto naturale sottopone le norme ad un giudizio di valore è sostenuto da Passerin d'Entrèves ne *L'epilogo*, che costituisce la Prefazione all'edizione spagnola di *Natural Law* del 1972. Egli, dopo aver ribadito la piena validità della definizione del diritto naturale come punto d'intersezione fra diritto e morale, afferma che «per misurare esattamente l'impatto della tesi giusnaturalistica sulla nozione del diritto» conviene distinguere i vari livelli ai quali il problema del diritto naturale si presenta nell'esperienza giuridica, «a seconda che il diritto positivo sia oggetto di critica morale da parte del giurista, del giudice e del cittadino»⁶⁹ e, infine, del legislatore. Per quanto concerne il giurista il suo punto di vista dipende strettamente dal fatto che il suo compito è di esporre il diritto positivo e non ciò che dovrebbe essere secondo le esigenze morali: nel campo

62 Per Hart vi sono «principii di condotta universalmente riconosciuti e fondati su delle verità elementari relative agli esseri umani, al loro ambiente naturale, ai loro fini [che] possono essere considerati come il contenuto minimo del diritto naturale». Cfr. H. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. it. (a cura di Mario A. Cattaneo) Einaudi, Torino, 1965, p. 189.

63 Passerin d'Entrèves sottolinea come per Hart, a differenza di Bobbio e Ross e in generale dei giuspositivisti "continentali", non sussiste un legame necessario fra positivismo giuridico e relativismo etico: «Nel suo caso, si tratterà di una forma di positivismo che non escluderà la possibilità di conoscere e stabilire dei principi morali, e non soltanto in generale, ma anche in riferimento al diritto e ai problemi giuridici». Cfr. A. P. d'Entrèves, *Un nocciolo di buon senso*, cit. p. 173. Significativamente Hart intende per positivismo giuridico «semplicemente l'affermazione che non è necessariamente vero che il diritto riproduce o soddisfa certe esigenze della morale, anche se di fatto è questo ciò che accade più sovente». Cfr. H. Hart, *Il concetto di diritto*, cit. p. 181.

64 Il contenuto minimo del diritto naturale è individuato da Hart sotto forma di cinque truismi che definiscono le caratteristiche salienti della natura umana. Per Passerin d'Entrèves si tratta di «semplici constatazioni di una situazione contingente ma innegabile. 1° gli uomini non sono crostacei, ma esseri vulnerabili: è dunque necessario proteggere la vita umana; 2° per quanto differiscano, una certa uguaglianza finisce sempre per ristabilirsi tra di loro: ciò che non si verifica tra le nazioni, ed è questo il motivo per cui il diritto internazionale è un diritto precario; 3° essi non sono né angeli né diavoli: è dunque possibile esigere che si sopportino e si rispettino l'uno l'altro; 4° le risorse, i loro beni sono limitati: occorre perciò assicurare questi beni e permetterne lo scambio; 5° la loro intelligenza e la loro volontà sono deboli: è quindi necessario promuovere la loro cooperazione volontaria in un quadro di sanzioni eventuali e predisposte. Da questi cinque truismi scaturisce un certo contenuto per ogni sistema di diritto e di moralità: è qui il "nocciolo di buon senso della dottrina del diritto naturale". Cfr. A. P. d'Entrèves, *Un nocciolo di buon senso*, cit. pp. 175-176.

65 Scrive a riguardo Hart: «La forma del ragionamento è semplicemente che senza questo particolare contenuto il diritto e la morale non sarebbero in grado di assicurare il raggiungimento del fine minimo della sopravvivenza che gli uomini si propongono con l'associarsi. Senza questo contenuto gli uomini, tali quali sono, non avrebbero alcuna ragione di obbedire volontariamente ad alcuna regola; e senza un minimo di cooperazione prestata spontaneamente da coloro che trovano che è nel loro interesse sottomettersi e obbedire alle regole, sarebbe impossibile esercitare una coercizione su coloro che rifiutano di conformarsi volontariamente». Cfr. H. Hart, *Il concetto di diritto*, cit. p. 189.

66 Cfr. A. P. d'Entrèves, *Un nocciolo di buon senso*, cit. pp. 177-178.

67 Per Hart il diritto naturale esprime il contenuto delle regole positive, senza di cui «gli uomini, così come sono, non avrebbero alcuna ragione di obbedire volontariamente a nessuna norma». Cfr. H. Hart, *Il concetto di diritto*, cit. p. 225.

68 *Ibidem*, p. 178.

69 A. P. d'Entrèves, *L'epilogo*, in *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, 3ª Milano, 1980, p. 194.

Rothbard Seminar – 18 aprile 2005

della scienza giuridica quindi, «ma anche soltanto in questo», precisa Passerin d'Entrèves, sono pienamente fondate e quindi accettabili le pretese del positivismo giuridico. E prosegue: «La situazione tuttavia è diversa per quanto riguarda il giudice, chiamato a interpretare e ad applicare la legge, e per quanto riguarda il cittadino, al quale si richiede di obbedirle; ed è a questo livello che la condanna del diritto naturale pronunciata dal positivismo giuridico mi sembra possa essere impugnata»⁷⁰.

Infatti, se si considera la posizione del giudice, appare difficile scorgere la differenza tra l'affermazione postulata dalla tradizionale dottrina giusnaturalistica, «questa norma è talmente iniqua che non può essere considerata una vera norma giuridica», e quanto i più illuminati giuspositivisti ammettono che un giudice possa dire: «questa norma è, senza dubbio, una norma giuridica positiva (formalmente valida); ma è talmente iniqua che mi rifiuto di applicarla». È chiaro, rileva Passerin d'Entrèves, che in entrambi i casi il giudice ricorre, nel prendere la sua decisione, ad un criterio morale e ciò è sufficiente a «giustificare la tesi giusnaturalistica nel suo presupposto essenziale». Anche per quanto riguarda il cittadino si presentano due casi: egli può infatti obbedire alla legge *propter conscientiam*, cioè per puro senso del dovere, oppure per una decisione motivata dai principi morali da lui accolti. Entrambe queste ipotesi confermano la tesi della validità del diritto naturale come deontologia.

Ma c'è un'ulteriore riaffermazione dell'impossibilità di separare il diritto dalla morale che rivela una più profonda ed intima intuizione di Passerin d'Entrèves: «Vi è però un ultimo, un quarto livello al quale il problema del diritto naturale può presentarsi, ed è qui, se non m'inganno, che la definizione da me proposta rivela il suo lato positivo. Questo livello è quello del legislatore, di colui al quale spetta il compito di statuire il diritto, di emanare le norme provviste di sanzione che regolano e rendono possibile la convivenza umana. La tesi giusnaturalistica, a questo livello, è che tali norme non possono essere arbitrarie, e che il legislatore deve tener conto della necessità di rispettare i valori morali se il suo intento è di stabilire un ordinamento le cui norme siano effettivamente osservate e riconosciute come obbligatorie così dai giudici che dai cittadini»⁷¹.

Questo punto viene ribadito nell'articolo *Morale e diritto* apparso su «La Stampa» il 12 gennaio del 1977: «Eppure, con buona pace così dei filosofi che dei sociologi contemporanei, il problema del rapporto fra morale e diritto è ancor sempre un problema aperto: un problema che si pone per ognuno di noi in quanto siamo chiamati ad obbedire alle leggi dello Stato, come si pone per il legislatore che nel formularle, quelle leggi, deve pur tenere conto dei sentimenti e delle convinzioni che condizionano, infirmano oppure rafforzano, la nostra obbedienza. Vari casi recenti, ed altri che si prospettano nell'immediato futuro, mostrano chiaramente i segni dell'interferenza reciproca delle due sfere: si pensi alle controversie che imperversarono pochi anni fa a proposito dell'introduzione del divorzio, ed a quelle che si svolgono attualmente intorno alla liberalizzazione dell'aborto. Nell'uno come nell'altro caso la politica legislativa dei nostri governanti non ha potuto (o non potrà) evitare di essere coinvolta in considerazioni di ordine non esclusivamente giuridico: ha dovuto, in altre parole (o dovrà) tener conto della temperie morale e politica, della «moralità» prevalente, oggi come oggi, nel nostro paese»⁷².

Tuttavia se il diritto non può prescindere da una considerazione intorno ai valori e da un rapporto con la morale, a nostro avviso Passerin d'Entrèves non confonde «il minimo etico», quale determinazione del diritto naturale, con la «moralità accettata» o con la «moralità prevalente», per riferirci al passo citato. Nell'argomentare a favore della funzione deontologica del diritto naturale, egli intende il diritto naturale come determinazione critica dei valori che ispirano e sostengono l'ordine giuridico e politico, e come un minimo di verità incontestabili che si riconducono, in ultima analisi, alla «realizzazione delle condizioni necessarie per lo sviluppo della dignità umana» e che, come abbiamo visto, costituiscono il titolo di legittimità dell'ordinamento giuridico. Tali valori sono individuati nella vita, nella libertà e, in generale, nella dignità dell'uomo. Da questo punto di vista il diritto naturale come deontologia rappresenta il limite dell'iniquità e un baluardo in difesa della libertà di coscienza. In questo senso Passerin d'Entrèves critica la tesi secondo la quale è giusto ciò che è fissato dalla «moralità» prevalente, vale a dire dalla volontà della maggioranza⁷³. Allo stesso modo, e per le medesime ragioni, critica la pretesa del giusnaturalista rigoroso. Questi sostiene che il diritto (vale a dire il «giusto») scaturisce dalla «natura delle cose», per cui il diritto positivo non ha valore se non si basa sulla morale che esprime l'ordine naturale delle cose. Scrive Passerin d'Entrèves: «Per essi va ammessa in pieno la nozione

70 *Ibidem*, p. 194.

71 *Ibidem*, p. 195.

72 A. P. d'Entrèves, *Morale e diritto*, ne *Il palchetto assegnato agli statisti*, cit., p. 260.

73 A. P. d'Entrèves, *Un nocciolo di buon senso*, cit. p. 180.

Tringali – Passerin D’Entrèves, Kelsen e il giusnaturalismo

“ontologica” del diritto naturale: esiste un diritto eterno e immutabile che può essere oggetto della nostra conoscenza⁷⁴. Il giuspositivista, legato ad una concezione relativistica della morale, e il giusnaturalista rigoroso non si accontentano, afferma Passerin d’Entrèves, di quella concezione avanzata da Hart del «diritto naturale come di un minimo di verità incontestabili»⁷⁵. In particolare il giusnaturalista si domanda: «Perché ridurre il diritto naturale a una pura questione di sopravvivenza? Se la conservazione della vita è un bene, lo è, dirà il seguace di Aristotele, perché deve trattarsi di una vita “buona”; oppure, aggiungerà il Tomista, in quanto la vita mortale è un mezzo per assicurarsi la vita eterna. Ed ecco le linee di confine nuovamente spostarsi, e tutti i valori volta a volta affermati come contenuto del diritto naturale tornare a farsi valere, ognuno con le proprie pretese esclusive»⁷⁶.

8. Conclusione

A nostro avviso, per Passerin d’Entrèves il diritto naturale come deontologia svolge la funzione di salvaguardare la libertà di coscienza da imposizioni “autoritarie”. In particolare, il “minimo etico” indica i principi che sono “razionalmente” accettati da tutti, in quanto verità ovvie (i semplici truismi di cui parlava Hart). Per Passerin d’Entrèves i valori che si incarnano nel diritto precedono la volontà e non sono weberianamente posti. Ora, il modo di riconoscere la razionalità dei valori è garantito da un procedimento in cui il criterio guida è il principio di universalità in cui consiste il “minimo etico”. Il minimo etico e la funzione deontologica del diritto naturale sottrae i valori dall’irrazionalità della soggettività, singola o collettiva. Così, da quanto abbiamo ampiamente esposto, risulta che l’obbligo politico precede logicamente l’obbligo giuridico e ne costituisce la giustificazione, perché l’adesione ad un ordinamento avviene attraverso uno “scrutinio morale” che altro non è se non una modalità di riconoscimento dei valori che ispirano e sostengono l’ordinamento. Così l’obbligo politico, in quanto riconoscimento di un “minimo etico” e di generalissime regole di condotta che ogni organizzazione politica deve contenere se vuole essere praticabile, sottrae l’individuo e la comunità politica dall’arbitrarietà del diritto e dall’irrazionalità della politica. In questo senso il “minimo etico” guida il modo con cui si riconoscono i diritti. Esprime un valore procedurale. In questa prospettiva la verità del valore è garantita dalla modalità con cui si riconosce la “giustizia” del valore. In questo senso la norma morale, intendendo per norma morale il “minimo etico”, è superiore alla norma giuridica, al mero diritto positivo. Accogliendo questa linea interpretativa, a nostro avviso, il diritto naturale come deontologia svolge in Passerin d’Entrèves, la funzione di mediazione tra la “moralità accettata”, che esprime la volontà della maggioranza e che può essere arbitraria, e il “minimo etico”. In riferimento ad Hart, Passerin d’Entrèves si domanda: «Cosa succederebbe se l’imposizione mediante la forza della sedicente moralità di un gruppo al potere [la maggioranza] fosse in contraddizione flagrante non solo con la moralità di altri gruppi oppressi, ma anche con quelle condizioni poste dal diritto naturale come il minimo necessario per l’esistenza stessa di qualsiasi ordinamento giuridico?»⁷⁷. Un simile conflitto può essere affrontato solo recuperando l’idea del diritto naturale come deontologia che indica il limite dell’iniquità.

In conclusione, a nostro avviso ci pare difficile individuare in Passerin d’Entrèves una concezione meramente formalistica del diritto, per cui il diritto è fondato unicamente dalla volontà dei cittadini. In ultima analisi ciò che conferisce valore al diritto è un minimo di “verità incontestabili”, “un minimo etico”. Per i giuspositivisti il diritto si fonda sulla politica e può avere qualsiasi contenuto. Viceversa per i giusnaturalisti la politica si deve fondare sul diritto naturale. A nostro avviso la posizione di Passerin d’Entrèves esprime una soluzione diversa e, per certi aspetti, originale rispetto ai due opposti. Significativamente egli la ricava all’interno stesso del positivismo giuridico. In ciò risiede l’importanza del suo confronto con Kelsen e della sua critica ad Hart.

74 *Ibidem*, p. 173.

75 *Ibidem*, p. 189.

76 *Ibidem*.

77 *Ibidem*, pp. 184-185.