

Nel prossimo numero...

H. KELSEN, DIRITTO PUBBLICO E PRIVATO
IN RIVISTA INTERNAZIONALE DI FILOSOFIA DEL DIRITTO, 1924,
PP. 340-357

EDITORIALE

Bernardo Sordi*

Cento anni esatti ci separano dall'apparizione di questo primo saggio di Hans Kelsen in lingua italiana. Nella penisola, in realtà, il giurista praghese era già conosciuto, sin dalla vigilia della prima guerra mondiale: basterebbe ricordare l'attenzione che, nel 1907, lo storico del diritto Arrigo Solmi, futuro guardasigilli negli anni del regime, dedica alla dissertazione kelseniana sulla *Staatslehre* di Dante Alighieri, apparsa appena due anni prima. Si dovrà comunque attendere la forte contrapposizione che Santi Romano intreccia, nel 1917/18, nella prima edizione de *L'ordinamento giuridico*, con gli *Hauptprobleme* del 1911, per trovarlo al centro del dibattito giuridico: una presenza che si consolida dopo il conflitto, in varie direzioni, da alcune celebri prolusioni di Guido Zanobini, al riconoscimento della sua "geniale teorica", che Vittorio Emanuele Orlando gli tributa in una rassegna sui *Recenti indirizzi circa i rapporti tra diritto e Stato* (in *Rivista di diritto pubblico*, 1926, p. 282).

* Università degli Studi di Firenze, bernardo.sordi@unifi.it.



Questa prima apparizione in italiano si deve però, in particolare, a una specifica richiesta di Giorgio Del Vecchio, in contatto con Kelsen già dal 1922: una solida amicizia scientifica che, malgrado la totale diversità delle scelte individuali e politiche dei due giuristi, sarebbe proseguita sino al 1965 (M. G. LOSANO, *Prefazione*, in Kelsen, *Scritti autobiografici*, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, pp. 14-21). E che si intensificherà nel 1932, nel momento dell'allontanamento di Kelsen da Colonia, cui Del Vecchio, unico fascista ante marcia tra i professori ordinari della Sapienza e suo rettore dal 1925 al 1927, non farà comunque mancare il suo appoggio, favorendo in ogni modo la pubblicazione, sull'Archivio giuridico del 1933, del saggio *La dottrina pura del diritto*. Metodo e concetti fondamentali, «sostanziosa anticipazione» della prima edizione della *Reine Rechtslehre* dell'anno seguente, la cui traduzione italiana sarà affidata a Renato Treves.

Quasi dieci anni prima, in una lettera dattiloscritta a Del Vecchio da Vienna, del 2 aprile 1924, (Archivio Del Vecchio. Corrispondenza. Senato della Repubblica), Kelsen preannunciava una sua breve vacanza a Merano, con la moglie Margarete, e un successivo, possibile, prolungamento del viaggio verso Roma. Nel frattempo, esaudendo le insistenti richieste del già autorevole collega italiano, inviava alla Rivista un suo saggio, che Kelsen stesso individuava nel capitolo, dedicato a *Diritto pubblico e privato*, dell'*Allgemeine Staatslehre*, allora ancora manoscritta. Uscirà per Springer, a Berlino, l'anno seguente, nel 1925, dove le nostre pagine compariranno come paragrafo 17 del capitolo terzo, *Stato e diritto*.

Del Vecchio riesce così a ottenere una preziosa anteprima di uno dei testi più importanti dell'intero Novecento giuridico. Ma la scelta è tutta di Kelsen che, per la sua prima pubblicazione nella penisola – il nome del traduttore non è conosciuto –, seleziona non solo il saggio, ma anche l'argomento: «l'antitesi tra diritto privato e pubblico», autentica «spina dorsale della intera sistematica della teoria del diritto» (p. 340). Un tema, evidentemente, che Kelsen ritiene strategico, ma anche emblematico del

suo intero programma scientifico, e con il quale intende presentarsi, ufficialmente, da una autorevole tribuna italiana, alla nostra scienza giuridica. Quella medesima tribuna, dalla quale, due anni prima, Giuseppe Maggiore, di fatto preannunciando il fuoco di fila contro gli «atei dello Stato», che si sarebbe presto intensificato negli anni del regime, l'aveva già seccamente additato come «l'eversore, forse più accanito, della dualità del diritto» (*L'aspetto pubblico e privato del diritto e la crisi dello Stato moderno*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1922, p. 113).

Destinato a costituire un paragrafo chiave di una trattazione di dottrina generale dello Stato, secondo il modello letterario che Georg Jellinek aveva reso celebre, il saggio ha taglio sintetico e contiene un'unica nota, di meri riferimenti bibliografici, presente anche nell'edizione tedesca, nelle note e rinvii, in calce al volume. Kelsen si limita a richiamare tre opere: il pionieristico saggio di František Weyr del 1907, dedicato al problema dell'unità del sistema giuridico, che anche in altre occasioni ricorderà per la sua critica alla dicotomia, ritenendolo decisivo per lo sviluppo della prospettiva ordinamentale della Scuola di Vienna; e due suoi lavori: gli *Hauptprobleme*, nella edizione con la *Vorrede* aggiornata alla concezione dinamica, del 1923, e il saggio del 1913 sul negozio di diritto pubblico (il riferimento della nota italiana al 1923 è un refuso).

Kelsen ha già fatto dell'insostenibilità della distinzione tra pubblico e privato un punto di forza della sua teoria. Ricercare «il fondamento di questa partizione» significa cadere «in mezzo ad un caos di opinioni dottrinali contraddittorie» (p. 340). Non solo. I criteri elaborati per distinguere i due rami dell'ordinamento, in particolare la «teoria dell'interesse» e la «teoria del plusvalore» (pp. 341-42), innestano arbitrariamente, all'interno dell'ordinamento, punti di vista metagiuridici (p. 341); confondono fatti e soggetti e riducono, all'atto pratico, «l'antitesi» a una mera «tendenza politica» (p. 349).

Nei suoi elementi essenziali, la negazione della dicotomia e la teoria strettamente unitaria dell'ordinamento sono già definite, secondo uno schema argomentativo destinato a essere approfondito, ma sostanzialmente confermato, anche nelle grandi opere successive.

Kelsen distilla nel saggio almeno un quindicennio di critiche corrosive ai paradigmi fondativi del diritto pubblico continentale. Lungi dal rappresentare un intangibile apriori del ragionamento giuridico, la distinzione è la “maschera” grazie alla quale introdurre furtivamente nell'ordinamento considerazioni metagiuridiche e politicamente orientate (*Hauptprobleme*, p. VIII). Fondata sulla irriducibilità di *Recht* e *Macht*, risulta «inconciliabile (unvereinbar) con lo Stato di diritto», come scrive nel citato saggio del 1913, e «aperta da una teoria troppo compiacente» (p. 354). Costituisce, come confermerà anni dopo nella *General Theory*, un costrutto ideologicamente orientato, carico di ineliminabili e pericolose sovradeterminazioni e, in ultima analisi, «inutile come fondamento di una sistemazione generale del diritto».

Da tempo, dunque, la grande tradizione del diritto pubblico tedesco, da Gerber a Laband, sino a Otto Mayer e allo stesso Jellinek, è stata catturata dal tagliente mirino kelseniano. Quella tradizione, cui pure nella *Vorrede* al volume, nel 1925, renderà un significativo riconoscimento, resta espressione di uno *Staatsabsolutismus*, già criticato alla vigilia del conflitto e ora definitivamente incompatibile con i destini degli Stati costituzionali del primo dopoguerra.

La tradizione ottocentesca ha dato voce alle ambivalenze della monarchia costituzionale, innescando una tensione irrisolta tra Stato e diritto e marchiando la diversa “essenza” dei soggetti nei rapporti giuridici, sino a fare del rapporto Stato-cittadino un rapporto ineguale, circondando il potere di una apodittica supremazia.

Ed è giunta, così, a separare drasticamente giustizia e amministrazione, “liberando” quest'ultima dal diritto e consentendole di manifestare, per «virtù propria» (p. 352), poteri e atti, quasi sottraendoli

all'ordinamento e imbalsamandoli in una «giusnaturalistica presunzione di legittimità» (p. 350).

Per Kelsen, in questa sede, è soprattutto nell'alveo della dottrina dello Stato, che l'apriori pubblicistico ha perso ogni legittimità. Qui, lo Stato, nella sua *allrechtliche Natur*, nel suo essere soggetto giuridico irriducibile al modello antropomorfo, deve essere dissolto nell'ordinamento giuridico; la sovranità restituita integralmente alla norma e, quindi, la bipartizione dicotomica ricondotta a unità.

La tradizione ottocentesca a questo punto è integralmente superata. Kelsen può guidarci al cuore del Novecento giuridico, verso una teoria della costituzione e delle istituzioni di garanzia e di controllo (dal principio di legalità alla giustizia costituzionale, dal procedimento amministrativo sino alla democrazia dell'amministrazione), coerente con i primi passi dello Stato costituzionale e funzionale alla *Verteidigung der Demokratie*. In parallelo, può sviluppare una teoria costituzionale della democrazia, adeguata alla conflittualità e ai bisogni della nuova società di massa.

Kelsen riprenderà gli stessi argomenti dissolventi della grande dicotomia, nel 1945, nella *General Theory* e quindi nel 1960, nella seconda edizione della *Dottrina pura*. E proprio qui ribadirà che la distinzione aveva assunto, specialmente nel pensiero giuridico continentale, una duplice "funzione ideologica": da un lato, quella di "liberare" lo Stato e i suoi organi, specialmente amministrativi, da una più stretta osservanza del diritto, esacerbando il dualismo tra diritto e Stato ed enfatizzando la specialità e l'esorbitanza delle regole pubblicistiche; dall'altro, quella non meno importante, di «impedire che ci si avveda che il diritto 'privato' prodotto per mezzo del contratto non è meno teatro del potere politico di quanto lo sia il diritto pubblico prodotto dalla legislazione e dall'amministrazione». Un diritto privato la cui funzione nel sistema era quella di garantire «una forma di produzione di norme giuridiche individuali adeguata al sistema economico capitalistico» (*La*

dottrina pura del diritto, Torino, Einaudi, 1966 (citiamo dalla ristampa Torino, 1990), p. 315).

La predicata insostenibilità teorica della grande dicotomia non azzerava quindi il compito ordinante del giuridico. Al contrario lo esaltava, riconoscendo che la faglia tra pubblico e privato non stava nel confronto tra “potere” e “diritto”; tra «rapporti di potere e rapporti giuridici tout court, come rapporti di diritto nel senso più proprio e stretto del termine» (*ibidem*, p. 312).

La tesi negatrice smantellava pezzo a pezzo gli impianti retorici sui quali era stata costruita la grande dicotomia; negava la relazione di “antitesi” tra pubblico e privato, tra empire e propriété, su cui si era fondato il modello ottocentesco, dissolvendo la materialità dello Stato persona e sciogliendolo nel concetto di ordinamento giuridico, negando così anche l’esistenza di una differenza di essenza tra i due diritti.

Così facendo, negando la sostenibilità teorica della dicotomia, la teoria kelseniana si dimostrava rivelatrice di complessità; metteva a nudo i poteri che si annidavano nelle relazioni private; svelava con grande anticipo i processi di privatizzazione del pubblico e di pubblicizzazione del privato, dando rilievo a quelle contaminazioni, intersezioni e confluenze, che la vicenda novecentesca avrebbe presto espanso in inedite zone grigie, prima fra tutte quella del droit social e del diritto collettivo, antesignani di quel diritto del comune, oggi tornato in voga. Diveniva un monito potente contro le assolutizzazioni, un invito a coglierne la storicità, oltre il fitto velo del radicato immaginario ottocentesco.

L’apriori, immutabile e invariabile, della grande dicotomia, iniziava a stemperarsi in una mera definizione stipulativa, né vera, né falsa, da sagomare di volta in volta, riempiendola dei contenuti offerti dal percorso storico, ormai scevra di precomprensioni immaginarie e della logica dei confini: pronta così a svelare e a ordinare la complessità del presente.