

LORENZO MILAZZO\*

## Potere politico e «autonomia» del diritto\*\*

SOMMARIO: 1. La “natura” duplice del potere politico – 2. Per una teoria giuridica del potere politico – 3. Potere politico, violenza, obbedienza.

*La contrapposizione tra chi comanda, cioè tra chi pone le norme giuridiche, e chi è obbligato all'obbedienza, cioè all'esecuzione delle norme, [...] è [...] il contenuto caratteristico dell'ordinamento giuridico.*  
H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*

*Se si tratta [...] di un tribunale di ultima istanza, l'applicazione della norma generale ipotetica al caso concreto dipende dal suo riconoscimento da parte del giudice; e questo riconoscimento consiste nel fatto che il giudice deve rivolgere a se stesso una norma individuale che sia conforme alla norma generale e produrre questa norma individuale. [...] A questo riguardo non esiste quindi nessuna differenza sostanziale tra diritto e morale [...]. Sono entrambi autonomi nel senso che l'applicazione della norma generale in un caso concreto dipende dal riconoscimento della sua validità da parte dell'organo che applica la norma generale.*  
H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*

### 1. La “natura” duplice del potere politico

Nelle pagine che seguono vorrei soffermarmi brevemente sulla capacità del tutto peculiare di costringere alcuni a fare quel che si vuole prescrivendo ad altri di punire chi non lo faccia anche eventualmente ricorrendo all'uso della forza, senza che questi ultimi debbano a loro volta essere costretti a obbedire.

Propongo di chiamare questa capacità “potere politico” e “diritto” la «tecnica specifica di organizzazione sociale»<sup>1</sup> di cui si avvale, bene o male, chi la esercita.

Si tratta di ridefinizioni parziali, fortemente selettive e tutt'altro che originali, i cui limiti innumerevoli sono noti<sup>2</sup>, ma può essere utile comunque

---

\* Università di Pisa.

\*\* Contributo sottoposto a valutazione anonima.

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), trad. it. di S. COTTA e G. TREVES, prefazione di E. GALLO, introduzione di G. PECORA, ETAS, Milano, 1994, 5, 19, 26. Cfr. ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. di R. TREVES, Einaudi, Torino, 2000, 68 e ss. e ID., *Il diritto come specifica tecnica sociale* (1941), in ID., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, a cura di R. GUASTINI, Il Saggiatore, Milano, 1981, 94-121.

<sup>2</sup> Cfr., ad esempio, F. RICCOBONO, *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, in F. RICCOBONO, F. ROMEO (a cura di), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con*

ricorrervi per richiamare l'attenzione, per un verso, sulla rilevanza persistente e le peculiarità delle pratiche a cui si riferiscono e per mostrare, per altro verso, che neppure riducendoli alle loro forme più triviali potere politico e diritto possono essere risolti nella forza.

Bobbio rilevava nel 1976 che il potere politico «si fonda sul possesso degli strumenti attraverso i quali si esercita la forza fisica (le armi di ogni specie e grado)», si identifica con il «potere coattivo» in senso stretto e va perciò distinto da quello «ideologico», che invece «si fonda sulla influenza che le idee formulate in un certo modo, emesse in certe circostanze, da una persona investita di una certa autorità, diffuse con certe procedure, hanno sulla condotta dei consociati»<sup>3</sup>. Una più attenta considerazione dei nessi, innanzitutto funzionali, che intercorrono normalmente fra «potere ideologico» e «potere coattivo» suggerisce tuttavia di distinguere il potere politico da entrambi e di ravvisare in essi, piuttosto, due diverse componenti della capacità in cui consiste.

L'ambivalenza di questa capacità – che è, *in nuce*, autorità che il re, «signore alimentare»<sup>4</sup> e condottiero del suo popolo, esercita sui *suoi*, ma anche *potere coercitivo* o *strumentale*<sup>5</sup> a cui assoggetta gli *altri*, i nemici che il suo esercito ha sconfitto<sup>6</sup> – è illustrata molto bene da Bodin nel primo dei suoi *six livres de la République*, nel quale spiega che lo Stato ebbe «origine dalla forza e dalla violenza» perché «le [...] guerre e le contese» fra i

---

Luigi Ferrajoli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, 39-40 e, più recentemente, T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2021, XV.

<sup>3</sup> N. BOBBIO, *Politica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica* (1976), UTET, Torino, 2004, 711. Come osserva Tommaso Greco, benché ribadisca innumerevoli volte che «diritto e potere sono due facce della stessa medaglia» e «nonostante la considerazione più volte ripetuta che sia solo il punto di vista (del giurista o del politologo) a determinare che all'origine si ponga una norma o un potere, Bobbio propende chiaramente per una soluzione più radicale che privilegia la *priorità del potere*: una priorità per così dire logica e cronologica e non assiologica, fondata su una critica 'definitiva' alla norma fondamentale kelseniana» (T. GRECO, *Norberto Bobbio e la scienza del potere*, in N. BOBBIO, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica*, a cura e con un saggio introduttivo di T. GRECO, Giappichelli, Torino, 2020, XLIII-XLIV). Si sarebbe trattato «semplicemente [...] di constatare che il potere supremo è tale solo in quanto si accompagna ad una norma fondamentale che lo qualifichi», ma Bobbio, a quanto pare, non fu disposto a farlo se non forse a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta (*ivi*, XLV e ss.).

<sup>4</sup> É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. II. Potere, diritto, religione* (1969), edizione italiana a cura di M. LIBORIO, Einaudi, Torino, 2001, 305.

<sup>5</sup> Cfr. H. POPITZ, *Fenomenologia del potere* (1982, 1992<sup>2</sup>), trad. it. di P. VOLONTÉ e L. BURGAZZOLI, a cura di S. CREMASCHI, il Mulino, Bologna, 2001, 7 e 65-84.

<sup>6</sup> Cfr. *ivi*, 111.

capifamiglia ridussero gli sconfitti in servitù dei vincitori rendendo, d'altra parte, questi ultimi «sudditi fedeli e leali dei loro capi»<sup>7</sup>.

La sua importanza non deve essere sopravvalutata, ma non può neppure essere del tutto trascurata, specie di questi tempi, se non altro perché i riottosi e i renitenti (per fortuna o purtroppo ve n'è sempre qualcuno) difficilmente possono essere costretti a obbedire a chi comanda se non c'è chi sia disposto ad obbedirgli senza esservi costretto quando ordini di esercitare contro di loro la violenza.

John R. Searle ha osservato che «il potere politico [...] è diverso dal potere militare, dal potere della polizia o dal bruto potere fisico che il più forte ha sul più debole», ma ha anche rilevato che «non esiste [...] qualcosa come il potere politico senza il potere della polizia e il potere militare»<sup>8</sup>: «il paradosso dell'autorità politica» a suo avviso starebbe proprio nel fatto che essa «trova fondamento nell'accettazione collettiva, ma l'accettazione collettiva, quantunque non sia basata anch'essa sulla violenza, può continuare a funzionare se e solo se c'è una permanente minaccia di violenza (ad opera dell'esercito o della polizia)»<sup>9</sup>.

Questo paradosso, tuttavia, può essere evitato constatando che, laddove l'accettazione fosse *davvero* collettiva, del potere politico non si avvertirebbe alcun bisogno perché *nella* comunità politica non vi sarebbe nessuno sul quale esercitarlo, ad eccezione dei nemici *interni* della stessa comunità politica. Laddove l'accettazione fosse *davvero* collettiva, non vi sarebbe 'potere politico' se non, forse, nel senso arendtiano di «capacità [...] di agire di concerto»<sup>10</sup>. Ma la ridefinizione di Hannah Arendt del potere

---

<sup>7</sup> J. BODIN, *I sei libri dello Stato* (1576), a cura di M. ISNARDI PARENTE, I, UTET, Torino, 1964, 265-266.

<sup>8</sup> J.R. SEARLE, *Ontologia sociale e potere deontico*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2004, 38. Cfr. F.E. OPPENHEIM, *Potere bruto e potere deontico. Una risposta a Searle*, in P. DI LUCIA (a cura di), *Ontologia sociale*, cit., 105.

<sup>9</sup> J.R. SEARLE, *Ontologia sociale e potere deontico*, cit., 37.

<sup>10</sup> H. ARENDT, *Sulla violenza* (1970), trad. it. di A. CHIARUTTINI, Mondadori, Milano, 1971, 55. Cfr. J. HABERMAS, *La concezione comunicativa del potere in Hannah Arendt* (1976), in *Comunità*, XXXV, 183/1981, 56-73; P.P. PORTINARO, *Hannah Arendt e l'utopia della polis*, in *Comunità*, XXXV, 183/1981, 48 e ID., *La politica come cominciamento e la fine della politica*, in R. ESPOSITO (a cura di), *La pluralità irrepresentabile. Il pensiero politico di Hannah Arendt*, QuattroVenti, Urbino, 1987, 32; S. FORTI, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, Bruno Mondadori, Milano, 2006, 14 e ss.; F. MENGA, *La mediazione e i suoi destini. Profili filosofici contemporanei fra politica e diritto*, ombre corte, Verona, 2012, 148; M. LA TORRE, *Hannah Arendt and the Concept of Law. Against the Tradition*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 99, 3/2013, 407 e ID., *Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito*, in *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del*

politico ha a che fare con le pratiche conflittuali che comunemente vengono in considerazione quando ci si occupa di politica e potere solamente perché induce a ignorarle quasi del tutto, finendo fra l'altro per ratificare, deliberatamente o meno, l'espulsione dalla comunità politica di quella «parte dei *senza-parte*»<sup>11</sup> sulla quale il potere politico è effettivamente esercitato<sup>12</sup>.

Il potere politico si basa sull'«acquiescenza volontaria»<sup>13</sup> di una parte della comunità politica, e più in particolare di quella parte della comunità politica che, obbedendo, sappia mostrarsi in grado di esercitare efficacemente sull'altra la violenza in modo da rendere credibile la minaccia della pena<sup>14</sup>. In questa parte il potere politico non può che *confidare*, perché non può disporre di altra forza se non di quella che essa metta spontaneamente a sua disposizione<sup>15</sup>.

---

*diritto*, 1/2019, 135 e ss.; A. CAVARERO, *Democrazia sorgiva. Note sul pensiero politico di Hannah Arendt*, Cortina, Milano, 2019, 16.

<sup>11</sup> J. RANCIÈRE, *Il disaccordo. Politica e filosofia* (1995), trad. it. di B. MAGNI, Meltemi, Roma, 2007, 33.

<sup>12</sup> Cfr. S. LUKES, *Il potere. Una visione radicale* (1974, 2005<sup>2</sup>), trad. it. di O. JANNI, Vita & Pensiero, Milano, 2007, 43 e ss. Mi permetto di rinviare anche a L. MILAZZO, *Appunti per una riflessione 'discronica' su potere e obbedienza: da Arendt a Epicuro*, in *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, 1/2021, 57-58.

<sup>13</sup> S. LUKES, *Il potere*, cit., 95.

<sup>14</sup> Cfr. H. POPITZ, *Fenomenologia del potere*, cit., 77-78.

<sup>15</sup> Pur ritenendo che il diritto consista in «una tecnica sociale che, attraverso la norma, orienta i comportamenti collettivi anche, ma non esclusivamente, mediante l'uso della coercizione» (T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., 12) e che non si possa «non accogliere l'idea dell'uso della forza "come momento fisiologico e non patologico né eventuale dell'esperienza giuridica"» (*ivi*, 51, ove è citato a sua volta F. RICCOBONO, *La vocazione critica della teoria del diritto europeo e la questione dei valori*, in *L'Europa allo specchio. Identità, cittadinanza, diritti*, a cura di F. CERRATO e M. LALATTA COSTERBOSA, il Mulino, Bologna, 2020, 133), Tommaso Greco crede che la *fiducia* sia «un elemento essenziale che [...] condiziona la struttura e il funzionamento» del diritto e che tale fiducia sia riposta «dal diritto» nella generalità dei consociati prima ancora che nei suoi organi: «pare difficile negare che ci sia un momento nella struttura delle norme giuridiche che rinvia necessariamente alla capacità dei consociati di riconoscersi reciprocamente e dunque di conformarsi alle norme stesse, adempiendo agli obblighi che ne derivano» (*ivi*, 88- 89). Distinguendo il momento in cui «la norma si occupa della relazione nella sua dimensione fisiologica» da quello in cui «essa si occupa della relazione nella dimensione patologica, che trova il suo esito nell'intervento della giurisdizione e della coazione», e rilevando che «in entrambi i casi abbiamo a che fare con il diritto» (*ivi*, 53), Greco ritiene di poter tenere insieme, nel concetto di diritto, *fiducia* e *forza*. Personalmente credo che vi sia qualcosa di paradossale nell'idea che si manifesti fiducia nei confronti di colui che si minaccia se, prima di dirgli che sarà punito se non farà una certa cosa, gli si ordina di farla. Popitz ha sostenuto che «chi minaccia apertamente si impegna in una rivendicazione di potere, vincola se

Se è possibile fare affidamento su “buone armi”<sup>16</sup>, sull’indifferenza degli «spettatori»<sup>17</sup> o sulla disorganizzazione o il disaccordo fra gli oppositori<sup>18</sup>, questa parte può essere talora anche molto piccola<sup>19</sup>, ma resta il fatto che, per esercitare il potere coercitivo efficacemente e in modo accentrato, sistematico e diffuso, è necessario che per una ragione o per l’altra alcuni siano pronti a obbedire spontaneamente perché tutti gli altri possano essere costretti a farlo.

La teoria novecentesca del diritto ha probabilmente offerto, a volte anche suo malgrado, una delle rappresentazioni più persuasive di questa capacità e della specifica tecnica sociale che ne consente l’esercizio, mostrandone i limiti oggettivi di funzionamento e contribuendo significativamente a determinarne la portata.

## 2. Per una teoria giuridica del potere politico

Nonostante le cautele che il suo metodo gli impose e gli sforzi che profuse per occultare i «rapporti sociali di dominio-subordinazione [...] che costituiscono il vero contenuto dell’ordinamento statale»<sup>20</sup>, Hans Kelsen forse alla fine dovette constatare che tramite il diritto alcuni, i cui atti sono imputati in genere alla «comunità giuridica» o agli «ordinamenti» che a vario titolo impersonano, per obbligare altri a comportarsi come vogliono prescrivono ad altri ancora di punirli qualora non lo facciano,

---

stesso alla necessità di futuri conflitti, avvelena tutte le relazioni che non sopportano tali sfide» (H. POPITZ, *Fenomenologia del potere*, cit., 68). Le relazioni di fiducia sono, a mio avviso, le prime ad essere avvelenate dalla violenza insita nelle minacce delle quali, a quanto pare, chi ricorre alla particolare tecnica sociale in cui consiste il diritto ritiene, in genere, di non poter fare a meno.

<sup>16</sup> Cfr. H. POPITZ, *Fenomenologia del potere*, cit., 57 e ss.

<sup>17</sup> *Ivi*, 172.

<sup>18</sup> *Ivi*, 155 e ss.

<sup>19</sup> Cfr., ad esempio, K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto* (1939), trad. it. di S. CASTIGNONE, Giuffrè, Milano, 1967, 106-107, 114 e ss. e M. STOPPINO, *Potere e teoria politica*, ECIG, Genova, 1982, 215.

<sup>20</sup> R. GUASTINI, *Introduzione*, in H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, cit., 17 (ma si veda anche il suo intervento al X Congresso nazionale di Filosofia giuridica e politica, svoltosi a Bari nell’ottobre del 1974, in *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo*, a cura di R. ORECCHIA, Giuffrè, Milano, 1976, 99-103, in particolare 100 e 102). Cfr., ad esempio, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 36 e ID., *I giudizi di valore nella scienza giuridica* (1942), in H. KELSEN, *La teoria del bolscevismo*, a cura di R. GUASTINI, cit., 122-145, nonché ID., *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. di M. LOSANO, Einaudi, Torino, 1975, 26-34.

autorizzandoli a ricorrere anche eventualmente all'uso della forza per privarli di cose alle quali è molto probabile che tengano (la vita, la libertà, gli averi...)»<sup>21</sup>.

Il diritto per Kelsen certo non è *solamente* questo e non è neppure *esattamente* questo, ma sembra difficile negare che sia questa in fondo, al di là di ogni più o meno deliberato infingimento, l'idea di diritto che sta al cuore della sua dottrina.

È senz'altro vero che «i motivi del comportamento conforme a diritto non sono affatto soltanto il timore delle sanzioni giuridiche, e neanche la credenza della forza vincolante delle regole giuridiche»<sup>22</sup>, ma ciò non toglie che per Kelsen «la coercizione [sia] un elemento essenziale del diritto» in quanto tale e che «se l'ordinamento dispone una punizione nel caso che un uomo commetta omicidio, furto, adulterio, è perché il legislatore suppone, a torto o a ragione, che la credenza in Dio e nei Suoi Dieci Comandamenti, che gli altri motivi che non siano il timore della punizione giuridica, non bastino ad indurre gli uomini ad astenersi dall'omicidio, dal furto, dall'adulterio»<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Secondo Francesco Riccobono, nonostante «la svolta 'imperativistica', operata [...] a partire dalla *General Theory of Law and State* del 1945», per Kelsen «il 'dover agire in una determinata maniera'» resta comunque «staccato da ogni volontà, tanto del normatore quanto dei destinatari delle norme», e continua a essere «rappresentato» dalla sua dottrina pura del diritto «in forma impersonale e autonoma» (F. RICCOBONO, *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, cit., 35). Per quanto chiarisca effettivamente che la norma *continua* a esistere «anche quando il volere, il cui senso soggettivo è il dover essere, ha cessato di fatto di esistere» (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 16-17), Kelsen d'altra parte «non si stanca di sottolineare, appena se ne presenti l'occasione, che le norme giuridiche [...] sono il significato di atti di volontà» (P. CHIASSONI, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLII, 1/2012, 237-261, in particolare 244). Come ha osservato Bruno Celano, «una norma giuridica è, secondo Kelsen, un contenuto di senso che ha origine, viene ad esistenza, mediante un atto intenzionale», sebbene la sua «esistenza si rend[a] indipendente, autonoma, dall'effettiva sussistenza dell'atto in questione» (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 1999, 247). Nella dottrina pura del diritto di Kelsen «la volontà esiste come precursore del diritto e dell'indagine giuridica», sebbene non sia «oggetto di indagine scientifico-giuridica, quanto invece può esserlo la sua oggettivazione o comunicazione, cioè il suo senso» (F. ROMEO, *Senso e significato in Kelsen e nei suoi interpreti*, in *Dieci obiezioni a Kelsen*, a cura di F. RICCOBONO e F. ROMEO, cit., 49).

<sup>22</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 24. Cfr. E. RIPEPE, *La questione della crisi del diritto e dello Stato come messa in questione dell'obbligazione giuridica e dell'obbligazione politica*, in ID., *Riforma della costituzione o assalto alla costituzione*, Cedam, Padova, 2000, 114.

<sup>23</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 26. Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e forza* (1965), in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. GRECO, introduzione di R.

Kelsen, tuttavia, vide anche fin da principio molto bene che sarebbe «impossibile assicurare l'efficacia di tutte le regole di un ordinamento giuridico mediante regole che dispongano delle sanzioni. [...] Tutte le norme di un ordinamento giuridico – si legge ad esempio nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* – sono norme coercitive, cioè norme che dispongono sanzioni; ma fra queste norme ve ne sono alcune la cui efficacia non è assicurata da altre norme coercitive»<sup>24</sup>.

Come è noto secondo Kelsen una norma appare al giurista come il senso *oggettivo* di «un atto della volontà umana riferentesi intenzionalmente alla condotta di un altro uomo», il cui senso *soggettivo* è un «dover essere»<sup>25</sup>, e anzi, più precisamente, il dover essere di un atto coercitivo<sup>26</sup>. E per Kelsen l'atto il cui senso *soggettivo* è il dover essere di un atto coercitivo ha *oggettivamente* il senso di dover essere se «il comportamento, cui l'atto intenzionalmente si riferisce, è considerato come “dovuto” non solo dal punto di vista dell'individuo che pone in essere l'atto, ma anche dal punto di vista di un terzo estraneo»<sup>27</sup> secondo il quale, evidentemente, ci «si deve comportare nel modo previsto dalla norma»<sup>28</sup>.

È chiaro, d'altra parte, che se a costui si chiedesse per quale ragione ritiene che la norma debba essere applicata, non potrebbe limitarsi a rispondere che lo si deve fare perché l'autore dell'atto di cui la norma è il senso l'ha comandato: «Il fatto che qualcuno ordini qualcosa non è un motivo per considerare l'ordine come una norma valida, cioè vincolante per i destinatari. Soltanto un'autorità competente può statuire norme valide e

---

GUASTINI, Giappichelli, Torino, 2012, 101-118, in particolare 110-111 e B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 80 e ss.

<sup>24</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 29. Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e forza*, cit., 102 e B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 70 e ss., 201 e ss., 208 e ss.

<sup>25</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 16. Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 86 e ss., 143 e ss.

<sup>26</sup> Secondo «il postulato del gius-positivismo formulato dallo stesso Kelsen», si noti, *non* sono norme *giuridiche*, come sostiene Luigi Ferrajoli, «tutte e solo le norme poste o prodotte da chi è abilitato a produrle» (L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, 28), bensì soltanto quelle... *giuridiche*. Detto altrimenti: soltanto a un atto che abbia il senso *soggettivo* di una norma *giuridica*, ossia il senso del dover essere di un atto coercitivo, può essere conferito il senso *oggettivo* di una norma *giuridica*. Cfr. A. CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà. Studio sulla norma fondamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1983, 53-54.

<sup>27</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 16-17.

<sup>28</sup> *Ivi*, 217. Si veda anche H. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (1979), trad. it. di M. TORRE, a cura di M. LOSANO, Einaudi, Torino, 1985, 53. Cfr. M. TROPER, *Ross, Kelsen et la validité*, in ID., *La théorie du droit, le droit, l'état*, PUF, Paris, 2001, 19-34, in particolare 23-25.

tale competenza può riposare soltanto su una norma che autorizzi alla produzione di norme»<sup>29</sup>.

È così che, risalendo di autorità in autorità e di norma in norma, il «terzo estraneo» al cui punto di vista, eventuale e ipotetico, il giurista fa riferimento, giungerebbe infine a presupporre l'esistenza di una norma fondamentale che potrebbe essere descritta da una proposizione che «suona così: “Si devono porre in essere atti coercitivi in presenza delle condizioni e nel modo stabilito dalla costituzione che sia storicamente la prima e delle norme poste conformemente ad essa”; ovvero, in forma più breve: “Bisogna comportarsi così come prescrive la costituzione”»<sup>30</sup>.

Ci si deve comportare nel modo previsto dalla norma – risponderebbe il “terzo estraneo” a chi gli chiedesse per quale ragione riterrebbe di doverlo fare – perché *appartiene* ad un ordinamento le cui norme devono essere applicate<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 218, ma si veda anche, ad esempio, H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 111-112. Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 273 e ss. e T. GAZZOLO, *Hans Kelsen. Norma. Fondamento. Nichilismo. Colpa. Democrazia*, DeriveApprodi, Roma, 2021, 28 e ss.

<sup>30</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 226. Cfr. N. BOBBIO, *Kelsen e il potere giuridico* (1982), in ID., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, a cura di T. GRECO, introduzione di A. CARRINO, Giappichelli, Torino, 2014, 149-169, in particolare 154-155.

<sup>31</sup> Secondo Carlos S. Nino per Kelsen «dire che una norma è valida equivale a dire che essa esiste e ha forza obbligatoria, ed è una condizione necessaria di tale validità, esistenza o forza obbligatoria, che la norma appartenga a un sistema vigente; a sua volta la norma apparterrà ad un sistema giuridico vigente solo se la sua emanazione sarà autorizzata da un'altra norma di questo sistema» (C.S. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto* [1973-1975, 1980<sup>2</sup>], trad. it. di M. BARBERIS, P. CHIASSONI, V. OTTONELLI, S. POZZOLO, Giappichelli, Torino, 1996, 121). Mauro Barberis ha constatato, per un verso, che «la validità-correlazione è la ragione, meglio, il criterio identificativo e la giustificazione, della validità-obbligatorietà di una norma» rilevando, per altro verso, che «le dottrine della validità-esistenza e della validità-obbligatorietà non dicono nulla di più di quanto Kelsen potrebbe dire in termini di norma» (M. BARBERIS, *La norma senza qualità. Appunti su «validità» in Hans Kelsen*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XI, 1981, 405-438, in particolare 429 e 438). Per Celano «appartenenza a un sistema normativo e forza vincolante non sono, nella teoria del diritto di Kelsen, criteri alternativi di validità, reciprocamente irrelati. Se una norma abbia forza vincolante o no dipende dalla risposta alla domanda se essa appartenga o no al sistema normativo preso in considerazione (se, cioè, essa sia derivabile dalla sua norma fondamentale, o sia la sua norma fondamentale)» (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 329-330). Le conclusioni di Juan Ruiz Manero non sembrano diverse: «podemos presentar “validez” como un término de enlace entre ciertos hechos condicionantes y ciertas consecuencias. Y ello es lo que explica que hablemos de “validez” en el contexto de dos tipos de enunciados: en primer lugar enunciados del tipo “como la ley X ha sido dictada por el órgano competente, dentro del marco de su competencia y con



La dottrina pura del diritto constata che chi considera categoricamente doveroso l'atto coercitivo prescritto dalla norma *assume* sempre, consapevolmente o meno, l'esistenza della norma fondamentale che la convalida. Secondo la dottrina pura del diritto, quando i giuristi affermano che è valida una norma dovrebbero "limitarsi" a constatare che chi, *in ipotesi*, *assumesse* l'esistenza della norma fondamentale da cui è convalidata riterrebbe, se sapesse «pensar bene»<sup>32</sup>, che ci si deve comportare come prescrive perché la norma fondamentale la convalida<sup>33</sup>.

Che non sia questo quello che effettivamente fa la dottrina, è probabile che in realtà a Kelsen fosse chiaro<sup>34</sup>. Che sia possibile desumere logicamente dalle premesse normative, vere o presunte, di qualcuno le conclusioni alle quali *dovrebbe* pervenire, senza assumere a propria volta (o ipotizzare che egli assuma) anche la validità *normativa* delle regole di trasformazione che si applicano, è controverso e lo stesso Kelsen offrì in fondo buone ragioni per poterne dubitare<sup>35</sup>. Come è a dir poco controverso che la scienza

---

arreglo al procedimiento establecido para ello, la ley X es válida (o, lo que es lo mismo, pertenece al sistema jurídico de referencia, o lo que es también lo mismo, existe como tal)" o del tipo "como la ley X es válida (o, lo que es lo mismo, pertenece al sistema jurídico de referencia o, lo que es lo mismo, existe como tal), es obligatorio, de acuerdo con ese sistema jurídico de referencia, comportarse como las normas regulativas que dicha ley contiene prescriben"» (J. RUIZ MANERO, *Sobre la interpretación genovesa de Kelsen: Kelsen como realista*, in *Analisi e diritto*, 2014, 115-128, in particolare 122). Si veda, tuttavia, L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 66-67.

<sup>32</sup> M. BARBERIS, *La norma senza qualità*, cit., 407.

<sup>33</sup> Come Celano ha chiarito molto bene, «l'idea che la norma fondamentale sia una norma "presupposta" [...] si presta a due interpretazioni: 1. il giurista muove da un'ipotesi: "Se N (la norma fondamentale) è valida, allora..."; 2. il giurista muove da un assunto (una tesi): "N (la norma fondamentale) è valida: dunque..." (ossia: "Poiché N è valida, allora..."). [...] Nella seconda ipotesi, il giurista è effettivamente in grado di asserire la validità delle norme derivate [...]; i giudizi di validità da lui formulati hanno, in questa ipotesi, carattere categorico, e non meramente ipotetico». Nella «prima ipotesi [...] la norma fondamentale non è una norma la cui validità sia, dal giurista, asserita [...]; è piuttosto una norma la cui validità è, dal giurista, meramente ipotizzata [...]. In questa ipotesi, però, neppure la validità delle norme derivate dalla norma fondamentale è asserita; è, anch'essa, soltanto ipotizzata. I giudizi di validità formulati dal giurista hanno, cioè, carattere meramente ipotetico, e non categorico» (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 374-375).

<sup>34</sup> «Vero è che i giuristi considerano – aproblematicamente – valida la costituzione: ma, così facendo, più che presupporre una norma giuridica, professano un'ideologia politica», notava Guastini nella sua *Introduzione* a H. KELSEN, *La teoria politica del bolscevismo*, cit., 23.

<sup>35</sup> Su questo ora non si può che rinviare a L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit. e al dibattito che ne è seguito (cfr. in particolare, *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di F. RICCOBONO e E. ROMEO, cit. e L. FERRAJOLI *et alii*, *Il dover essere del diritto. Un*

giuridica kelseniana abbia realmente carattere descrittivo e non, piuttosto, attitudini e posture inconsapevolmente prescrittive: anche ammesso, infatti, che Kelsen *prescriva* ai giuristi di *descrivere*<sup>36</sup>, non è affatto scontato che attenendosi ai suoi canoni i giuristi descriverebbero davvero<sup>37</sup>.

---

*dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*, a cura di P. DI LUCIA e L. PASSERINI GLAZEL, Giappichelli, Torino, 2020).

<sup>36</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., 119-148, in particolare 128.

<sup>37</sup> Come è noto, secondo Alf Ross «la validità in senso normativo non ha una funzione di descrizione e di spiegazione della realtà. La sua funzione consiste, invece, nel rafforzare l'ordinamento giuridico proclamando che gli obblighi da questo stabiliti non sono meri obblighi giuridici, sostenuti da sanzioni, ma anche doveri morali. Il concetto normativo di validità è, insomma, lo strumento di un'ideologia che sorregge l'autorità dello stato: per un quasi-positivista il sostegno è incondizionato; per un giusnaturalista esso è condizionato dalla compatibilità dell'ordinamento con certe norme di diritto naturale. Sotto questo aspetto, la teoria pura del diritto di Kelsen è una prosecuzione del pensiero quasi-positivista» (A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo* [1961], in ID., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. FEBBRAJO e R. GUASTINI, il Mulino, Bologna, 1982, 153). Per Riccardo Guastini «la giurisprudenza teorizzata da Kelsen – ed effettivamente praticata da quasi tutti i giuristi – [...] non informa, o non informa soltanto, ma itera e amplifica le prescrizioni legislative» e «di fatto si atteggiava come se considerasse obbligatoria qualunque norma purchessia, indipendentemente dalla sua intrinseca giustizia» (R. GUASTINI, *Introduzione*, cit., 27). «Quello di Kelsen – secondo Guastini – è un positivismo ideologico: involontario, inconsapevole, e, per così dire, generalizzato. Involontario e inconsapevole, nel senso che deriva non da una scelta etico-politica in favore dell'obbedienza al diritto vigente, o tanto meno da una presunzione di giustizia del diritto quale che sia, ma da puri assunti concettuali (da concetti mal costruiti)» (R. GUASTINI, *Questioni aperte nella teoria pura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLII, 1/2012, 229-236, in particolare 230, nota 3). Per Barberis «ciò che è indiscusso, in Kelsen, è proprio che al diritto si debba obbedire» (M. BARBERIS, *La norma senza qualità*, cit., 418). E del resto, «il giurista kelseniano, nel mettersi da un punto di vista normativo, sceglie in realtà di collaborare all'organizzazione giuspolitica che descrive, di assumere il ruolo che in essa la metagiurisprudenza kelseniana gli assegna» (*ivi*, 426). Celano ritiene che «secondo la dottrina pura del diritto i giudizi di validità del giurista abbiano [...] carattere categorico» (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 376-377), che le proposizioni giuridiche in realtà iterino norme e che i giuristi *assumano* pertanto la validità della norma fondamentale (cfr., *ivi*, 369 e ss.). Secondo Eugenio Bulygin la scienza giuridica kelseniana non è «una descripción avalorativa del derecho positivo, sino una forma de ideología política, una justificación del derecho bajo la forma del deber de aplicar y obedecer todo derecho existente» (E. BULYGIN, *El problema de la validez en Kelsen*, in H. KELSEN, E. BULYGIN, R. WALTER, *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, 101). Ruiz Manero constata, per altro verso, che se vi sono «buenas razones para considerar que el concepto kelseniano de obligatoriedad es un concepto absoluto», ve ne sono anche «para considerar que se trata de un concepto relativo: es decir, para considerar que la obligatoriedad, en el marco de la teoría kelseniana, no es un predicado absoluto de una norma, sino algo que se

Ma a parte questo, sta di fatto che per Kelsen i giuristi *in teoria* dovrebbero poter interpretare il senso soggettivo di un atto intenzionale come il suo senso oggettivo indipendentemente dal fatto che vi sia effettivamente chi *assuma* l'esistenza della norma fondamentale dalla quale il suo autore è autorizzato a compierlo, *ipotizzandone* essi stessi l'esistenza. In pratica, tuttavia, questa conclusione deve essere rivista almeno in parte, perché i giuristi non si curano (né se ne cura, in effetti, la dottrina pura del diritto) della validità di norme e ordinamenti immaginari, bensì soltanto di quella del *diritto positivo*, ossia di «ogni ordinamento coercitivo efficace nelle sue grandi linee»<sup>38</sup>.

Kelsen chiarisce inequivocabilmente che «l'efficacia di un ordinamento giuridico non è fondamento della sua validità più di quanto lo sia il fatto concreto della sua statuizione» e che «il fondamento della validità (cioè la risposta alla domanda perché si debba obbedire alle norme di questo ordinamento giuridico) è la norma fondamentale presupposta, sulla cui base ci si deve conformare ad una costituzione effettivamente statuita ed efficace nelle sue grandi linee e quindi alle norme effettivamente

---

predica de una norma de acuerdo con un cierto sistema normativo que puede adoptarse o no como esquema de calificación» (J. RUIZ MANERO, *Sobre la interpretación genovesa de Kelsen*, cit., 121). Nino, pur ritenendo «la presunzione ipotetica della validità, ossia della forza obbligatoria o giustificabilità del sistema [...] totalmente superflua», se non altro, ai fini della sua descrizione, non dubita del fatto che «secondo Kelsen, l'accettazione della norma fondamentale da parte dei giuristi non è categorica ma ipotetica, e ciò permette loro di identificare e di descrivere il diritto senza alcuna compromissione assiologica circa la validità o la giustificabilità delle sue norme» (C.S. NINO, *Introduzione all'analisi del diritto*, cit., 121). Secondo Michel Troper «présupposer une norme fondamentale, n'est donc nullement prescrire de se conformer à la constitution, ni affirmer que le droit serait moralement obligatoire, mais seulement adopter la démarche nécessaire à tous ceux qui veulent pouvoir interpréter un acte de volonté quelconque comme ayant la signification d'une norme, quand bien même ils considéreraient qu'il est moralement interdit de lui obéir» (M. TROPER *Ross, Kelsen et la validité*, cit., 28-29). Per Pierluigi Chiassoni «la TDP latamente intesa contiene [...] anche un livello metateorico e metadogmatico, nel quale si situa una epistemologia giuridica pura: una teoria delle condizioni alle quali la teoria generale e lo studio dottrinale del diritto possono essere considerati imprese genuinamente scientifiche, idonee a procurare una conoscenza oggettiva ed esatta del diritto positivo» (P. CHIASSONI, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, cit., 250).

<sup>38</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 247: «[La dottrina pura del diritto] descrive il diritto positivo, cioè ogni ordinamento coercitivo efficace nelle sue grandi linee, come un ordinamento normativo oggettivamente valido».

statuite in conformità a questa costituzione ed efficaci nelle loro grandi linee»<sup>39</sup>.

Attribuire, più o meno esplicitamente, a Kelsen la tesi assurda e moralmente insostenibile che l'efficacia di un ordinamento sia una ragione sufficiente per applicare e osservare le sue norme, finendo in questo modo per conferirle un'autorevolezza che non merita, è a mio parere senza dubbio un grave errore<sup>40</sup>. Ma resta il fatto che, secondo Kelsen, la norma fondamentale non «si presuppone arbitrariamente, come se si avesse la scelta fra diverse norme fondamentali, allorché si interpreta il senso soggettivo di un atto costituente e degli atti posti in essere conformemente a questa costituzione come il loro senso oggettivo, cioè come norme oggettive giuridicamente valide»<sup>41</sup>.

I giuristi ipotizzano l'esistenza della norma fondamentale «quando l'ordinamento della cui validità sta a fondamento è per lo più efficace. Di contro, essa non viene presupposta perché o, più esattamente, se questo ordinamento non ha quell'efficacia continua, senza la quale non si presuppone alcuna norma fondamentale che ad esso si riferisca e che ne fondi la validità oggettiva»<sup>42</sup>. Così se, ad esempio, una «rivoluzione non avesse successo, e cioè se la costituzione rivoluzionaria [...] non divenisse efficace [...] non vi sarebbe motivo per presupporre una nuova norma fondamentale in luogo della vecchia»<sup>43</sup>. Ciò in quanto «la norma

---

<sup>39</sup> *Ivi*, 241. Cfr. F. RICCOBONO, *Il dilemma dell'efficacia nella Dottrina pura del diritto*, in ID., *Interpretazioni kelseniane*, Giuffrè, Milano, 1989, 152.

<sup>40</sup> Cfr. in particolare N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere* (1981), in ID., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., 142 e ss. e L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 80-88 e 99-100. Ma si veda anche, *supra*, nota 37. Secondo Buligyn «las ideas de Kelsen pueden resumirse de la siguiente manera: no hay validez sin eficacia (por lo tanto, la eficacia es condición necesaria de la validez de un orden jurídico) y siempre que un orden normativo es eficaz, tal orden normativo es válido (eficacia es, por consiguiente, condición suficiente de la validez)» (E. BULYGIN, *Observaciones a Kelsen, "Validez y eficacia del derecho"* (2003), in H. KELSEN, E. BULYGIN, R. WALTER, *Validez y eficacia del derecho*, cit., 82-83). La conclusione di Bulygin, tuttavia, deve essere precisata: il fatto che un ordinamento sia efficace non comporta che le sue norme debbano assolutamente essere applicate e constatarlo consente di realizzare solamente che le norme che riterrebbe di dover applicare chiunque *assumesse* l'esistenza della *Grundnorm* che lo convalida «non sono "norme di carta"» (P. CHIASSONI, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, cit., 245), ma diritto positivo. Cfr. A. CATANIA, *Il problema del diritto e l'obbligatorietà*, cit., 69-71 e 77.

<sup>41</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 225.

<sup>42</sup> *Ivi*, 61.

<sup>43</sup> *Ivi*, 237.

fondamentale si riferisce soltanto ad una costituzione effettivamente statuita [...] ed efficace»<sup>44</sup>.

Si sarebbe tentati di desumerne che, secondo Kelsen, quando i giuristi interpretano «il senso soggettivo dell'atto costituente ed il senso soggettivo degli atti produttivi di diritto (posti in essere secondo la costituzione) anche come loro senso oggettivo»<sup>45</sup>, presuppongono, consapevolmente o meno, l'esistenza di una norma fondamentale che «esiste *realmente* nella coscienza giuridica»<sup>46</sup>, se non altro, di chi applica effettivamente le norme che convalida, ravvisando implicitamente nel *suo* punto di vista quello del «terzo estraneo» in riferimento al quale è possibile apprezzare la loro validità *oggettiva*.

I motivi per i quali le norme di un ordinamento sono *osservate* possono essere i più diversi ed è probabile che talora non abbiano niente a che fare con il timore della pena, la cui rilevanza tuttavia non può essere ignorata<sup>47</sup>. Sicuramente gli organi ai quali le norme si rivolgono direttamente, se li si considera nel loro complesso, non possono essere *obbligati* ad applicarle<sup>48</sup>. E poiché difficilmente si vede come potrebbe dirsi *efficace* una costituzione le cui norme per qualche caso fossero applicate senza che questi organi, che nel loro complesso non potrebbero essere obbligati ad applicarle, ne

---

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Ivi*, 225.

<sup>46</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 118.

<sup>47</sup> Cfr., ad esempio, N. BOBBIO, *Politica*, cit., 711: «nei rapporti fra i membri di uno stesso gruppo sociale, nonostante lo stato di subordinazione che l'espropriazione dei mezzi di produzione crea negli espropriati verso gli espropriatori, nonostante l'adesione passiva ai valori di gruppo da parte della maggior parte dei destinatari dei messaggi ideologici emessi dalla classe dominante, solo l'impiego della forza fisica serve, seppure soltanto in casi estremi, a impedire l'insubordinazione e la disobbedienza dei sottoposti come l'esperienza storica prova in abbondanza. Nei rapporti fra i gruppi sociali diversi, nonostante l'importanza che possono avere la minaccia o l'esecuzione di sanzioni economiche per indurre il gruppo avverso a desistere da un certo comportamento [...], lo strumento decisivo per imporre la propria volontà è l'uso della forza, la guerra». Cfr. anche K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, cit., 106: «In tutto il dominio del diritto le disposizioni legislative vengono, in ultima istanza, applicate per mezzo della forza fisica e della violenza. Occorre tuttavia notare che la violenza viene tenuta il più possibile nell'ombra. [...] In condizioni normali l'uso manifesto della violenza nel senso vero e proprio della parola è così ridotto da passare quasi inosservato. Un simile stato di cose tende a creare la convinzione che il diritto rifugga dalla violenza, o quantomeno che quest'ultima abbia un'efficacia secondaria. Ma si tratta di una illusione fatale».

<sup>48</sup> Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 60-61 e B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., 201-206.

reputassero per una ragione o per l'altra l'applicazione doverosa<sup>49</sup>, sembrerebbe possibile supporre che per Kelsen i giuristi abbiano motivo di presupporre l'esistenza della norma fondamentale di un ordinamento quando ne *assumano effettivamente* l'esistenza perlomeno quelli che «devono porre in essere atti coercitivi in presenza delle condizioni e nel modo stabilito dalla costituzione»<sup>50</sup>.

Ma in realtà Kelsen non si preoccupò mai di collegare l'efficacia del diritto agli effettivi atteggiamenti di coloro ai quali le sue norme direttamente si rivolgono, ed anche se negli ultimi anni della sua vita dovette constatare che «l'applicazione delle norme giuridiche generali a casi concreti [è] possibile soltanto attraverso il riconoscimento di queste norme da parte degli organi applicanti il diritto», spingendosi fino a sostenere che per chi ne applica le norme il diritto è «autonomo» proprio come la morale<sup>51</sup>, non fu mai dell'idea che fosse compito della scienza giuridica, che continuò sempre ad essere per lui scienza normativa e non empirica, accertare tali atteggiamenti e indagare i loro effetti.

Alf Ross da tempo, d'altra parte, si era incamminato su questa via, e i presupposti empiristici della sua dottrina gli consentirono di percorrerla quasi fino in fondo.

Dopo aver rilevato, menzionando Kelsen, che «il rapporto delle norme giuridiche con la forza sta nel fatto che le norme concernono l'applicazione della forza e non che esse sono sanzionate dalla forza»<sup>52</sup>, Ross

---

<sup>49</sup> Ma si veda F. RICCOBONO, *Il dilemma dell'efficacia nella Dottrina pura del diritto*, cit., 168-169 e 171.

<sup>50</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 226. Come avrebbe rilevato H.L.A. Hart in *The Concept of Law*, quando le norme di un ordinamento sono generalmente inosservate «manca il contesto o sfondo normale per fare delle affermazioni interne sulla base delle norme dell'ordinamento» e perciò appare «inutile accertare i diritti e doveri di una data persona in riferimento alle norme primarie dell'ordinamento o asserire la validità di una delle norme dell'ordinamento stesso in riferimento alle sue norme di riconoscimento» (H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* [1961], introduzione e traduzione di M. CATTAEAO, Einaudi, Torino, 1974, 122-123).

<sup>51</sup> Cfr., ad esempio, H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, cit., 90-91. Cfr. anche, *ivi*, 77-78. Nella *Reine Rechtslehre*, d'altra parte, Kelsen escludeva risolutamente che «la dottrina della norma fondamentale» fosse «una dottrina del riconoscimento» (*La dottrina pura del diritto*, cit., 248, nota 2). Cfr. F. RICCOBONO, *Riconoscimento e norma imperativa. Una polemica tra Bierling e Kelsen*, in ID., *Interpretazioni kelseniane*, cit., 33-74 (in particolare 51 e ss.) e, più recentemente, T. GAZZOLO, *Hans Kelsen*, cit., 20.

<sup>52</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1958), a cura di G. GAVAZZI, Einaudi, Torino, 2001, 52. Cfr. N. BOBBIO, *Diritto e forza*, cit., 101-102 e 106-107. Guastini ricorda nella *Introduzione* a N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., XVII, che la «primogenitura» di questa idea fu rivendicata da Olivecrona in un saggio apparso nel 1976 sulla *Rivista internazionale di*

ne desumeva che le direttive del potere politico sarebbero del tutto inefficaci se i giudici non fossero indotti ad applicarle da una specifica «ideologia giuridica» e «politica» anche quando non potessero essere costretti a farlo<sup>53</sup>.

«Se le corti vengono considerate complessivamente, con la Suprema Corte in testa, non è possibile alcun appello contro il modo con cui decidono». Perciò, secondo Ross, «bisogna ritenere senza ombra di dubbio [...] che non sarebbe possibile mai costruire un ordinamento giuridico efficiente se nella magistratura non esistesse un vivo e disinteressato senso di rispetto e di obbedienza alla ideologia giuridica tradizionale»<sup>54</sup>.

Gli esiti a cui pervenne Hart furono per certi versi simili. Anche lui fu dell'avviso che vi sia diritto quando, «tra le forme di pressione» alle quali sono soggetti coloro che violano le norme, «sono preminenti o comuni le sanzioni fisiche»<sup>55</sup>, e come Kelsen e Ross constatò che «può darsi il caso che un funzionario il quale non osserva» le norme che dovrebbe applicare «non sia punibile» e che «naturalmente la situazione è di fatto spesso questa»<sup>56</sup>. Diversamente da loro non ne dedusse che «ogni "vera" norma giuridica ordini l'applicazione di qualche sanzione»<sup>57</sup>, ma comunque ritenne che i criteri di condotta ai quali i giudici devono attenersi nell'esercizio delle loro funzioni «non potrebbero in verità continuare ad esistere se la maggior parte dei giudici [...] non aderisse ad essi, dato che la loro esistenza in ogni dato momento consiste semplicemente nell'accettazione e nell'uso di essi come criteri di giudizio corretto»<sup>58</sup>. Perciò un ordinamento giuridico esiste solo se le sue norme di comportamento sono *osservate*, per una ragione o per l'altra, dalla generalità dei consociati (anche eventualmente solo perché

---

*filosofia del diritto* intitolato *On the Problem of Law and Force*. Bobbio non ebbe tuttavia difficoltà a dimostrare che essa era già stata formulata da Kelsen nella sua *Allgemeine Staatslehre* ben prima che Olivecrona la enunciassse nel 1939 in *Law as a Fact* (Cfr. N. BOBBIO, *Ancora su diritto e forza. Replica al prof. Olivecrona*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 54/1977, 414-416; H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato* [1925], trad. it. di J. LUTHER e E. DALY, Giuffrè, Milano, 2013, 57-60; K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, cit., 113 e ss.). Sul punto si può vedere anche A. SERPE, *Sic transit gloria mundi*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XVIII, 2/2018, 395-420, in particolare nota 20, 399.

<sup>53</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia*, cit., 53-54 e 79-80.

<sup>54</sup> *Ivi*, 52.

<sup>55</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 103.

<sup>56</sup> *Ivi*, 46.

<sup>57</sup> *Ivi*, 46.

<sup>58</sup> *Ivi*, 170-171.

sono costretti a farlo) e le sue norme di riconoscimento, di mutamento e di giudizio sono *accettate* dai «funzionari dell'ordinamento»<sup>59</sup>.

### 3. *Potere politico, violenza, obbedienza*

Se l'attenzione dei giuristi cade prevalentemente, anche se non esclusivamente, sulla lealtà al diritto di chi deve *applicarne* le norme producendo norme giuridiche (e dunque esercitando potere politico) a sua volta, non stupisce che sociologi e filosofi politici abbiano insistito invece sulla lealtà di polizie ed eserciti ai loro capi, ossia sulla attitudine all'obbedienza di chi deve *eseguire* le direttive di chi esercita a vario titolo il potere anche facendo ricorso, se necessario, all'uso della forza<sup>60</sup>. Del resto, come aveva rilevato Olivecrona nel 1939, se è vero che «i legislatori non avrebbero alcun potere se i giudici non agissero secondo le leggi da loro emanate con grande sicurezza e precisione», è vero anche che «il potere del giudice a sua volta svanirebbe se i funzionari incaricati del procedimento esecutivo non entrassero automaticamente in azione in seguito alle sentenze, e così via. Le posizioni-chiave implicanti il potere, le quali tutte assieme costituiscono il potere dello Stato, possono sussistere soltanto grazie a tali salde attitudini dei vari membri dell'organizzazione»<sup>61</sup>.

Fu proprio Arendt a constatare che ogni «struttura di potere del governo (*power structure of the government*)» rimane «intatta» solo finché «si obbedisce agli ordini e l'esercito e le forze di polizia sono preparate a usare le loro armi»<sup>62</sup>: «dove non si obbedisce più agli ordini, i mezzi di violenza sono inutili»<sup>63</sup> perché «tutto dipende dal potere che sta dietro la violenza», almeno fino a quando saranno inventati «robot soldati» grazie ai quali un solo uomo «potrà distruggere chiunque voglia con la semplice pressione di un pulsante»<sup>64</sup>.

---

<sup>59</sup> *Ivi*, 136-138.

<sup>60</sup> Per alcune interessanti osservazioni sull'esercizio del potere nel contesto neoliberale si può vedere il contributo di Orsetta Giolo in questo focus.

<sup>61</sup> K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, cit., 144.

<sup>62</sup> H. ARENDT, *Sulla violenza*, cit., 60.

<sup>63</sup> *Ivi*, 61.

<sup>64</sup> *Ivi*, 62-63. «Il padrone del significato – ha osservato Cornelius Castoriadis – troneggia al di sopra del padrone della violenza. [...] E perché la violenza possa intervenire, bisogna che la parola [...] conservi ancora il suo potere sui “gruppi di uomini armati”» (C. CASTORIADIS, *Potere, politica, autonomia* (1987), in ID, *La rivoluzione democratica*, a cura di F. CIARAMELLI, trad. it. di G. REGOLI, Elèuthera, Milano 2022, 69).



Nessuno, tuttavia, vide meglio di Max Weber che «l'esercizio di qualsiasi potere che richieda un'amministrazione di tipo continuativo ha bisogno per un verso di poter contare sull'agire di uno specifico gruppo di persone disposte a obbedire a coloro che pretendono di essere investiti del potere legittimo, e per un altro verso di poter disporre, per mezzo di tale obbedienza, di quei beni oggettivi che sono all'occorrenza necessari per porre in essere l'esercizio della forza fisica»<sup>65</sup>.

Come del resto ha scritto Mario Stoppino, «anche nella società diretta nel modo più tirannico i governanti non possono fare a meno del consenso, se non di altri, dei membri dell'apparato specializzato all'impiego della violenza»<sup>66</sup>. Prenderne atto e assumere che, perché vi sia potere politico, alcuni – indipendentemente, in realtà, dal ruolo che è loro assegnato negli apparati della repressione e a prescindere dal fatto che vi siano inquadrati formalmente – debbano essere disposti a obbedire senza che possano esservi costretti, consente di evitare di ridurre il potere politico, per un verso, alla coercizione e alla violenza (come sembrerebbe suggerire la rappresentazione che secondo Foucault ne avrebbe offerto il «discorso storico-politico» ravvisando nella guerra il «sostrato incancellabile di tutti i rapporti e di tutte le istituzioni di potere») <sup>67</sup> e, per il verso opposto, all'autorità e al consenso sul quale l'autorità riposa (come vorrebbe il «discorso filosofico-giuridico»<sup>68</sup> che, trovando in Hobbes il suo 'campione', proverebbe invece a eliminare la guerra «dalla genesi della sovranità»<sup>69</sup> per indurre a credere che «i diritti legittimi della sovranità» e «l'obbligazione legale all'obbedienza»<sup>70</sup> non sono mai fondati «su rapporti di forza [...] reali, storici e immediati»<sup>71</sup>, ma sulla volontà dei sudditi e sugli impegni che essi stessi hanno volontariamente assunto<sup>72</sup>).

---

<sup>65</sup> M. WEBER, *La politica come professione* (1919), in ID., *La scienza come professione. La politica come professione*, introduzione di W. SCHLUCHTER, traduzione di H. GRÜHOFF, P. ROSSI e F. TUCCARI, Einaudi, Torino, 2004, 52.

<sup>66</sup> M. STOPPINO, *Violenza*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI e G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di Politica*, cit., 1036 e ID., *Potere e teoria politica*, cit., 167. Cfr. anche, *ivi*, 210, 213, 215.

<sup>67</sup> M. FOUCAULT, *“Bisogna difendere la società”* (1976), a cura di M. BERTANI e A. FONTANA Feltrinelli, Milano, 2009, 88.

<sup>68</sup> *Ivi*, 55.

<sup>69</sup> *Ivi*, 86.

<sup>70</sup> *Ivi*, 31.

<sup>71</sup> *Ivi*, 84.

<sup>72</sup> *Ivi*, 88. Cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello stato. Elementi di analisi e interpretazione* (1962), prefazione di E. RESTA, postfazione di E. RIGO, Giappichelli, Torino, 2009, 162. Si veda anche I. BELLONI, *Una ragionevole obbedienza. Alcune considerazioni filosofico-giuridiche intorno a un tema sempre attuale*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*,

Due errori che possono rivelarsi entrambi in pratica fatali, poiché possono indurre a trascurare rispettivamente il ruolo dell'accettazione e del consenso e quello della forza o, più specificamente, della violenza tanto ai fini dell'esercizio del potere politico quanto a quelli della sua contestazione.

Risolvendo il potere politico nel potere coercitivo si rischia di illudersi che per sottrarsi alla sua presa possa bastare opporre alla violenza la violenza, e spesso in questo modo si finisce per gettarsi fra le braccia di nuovi padroni e attendersi da loro la liberazione e la salvezza. Risolvendo, per il verso opposto, il potere politico nell'autorità si rischia di illudersi che per essere liberi basti volerlo, come credeva La Boétie, finendo per imputare ai dominati la responsabilità di una condizione che generalmente è imposta loro con la forza.

Ma non solo: assumere la "natura" duplice del potere politico e la composizione triadica della relazione che ne costituisce il presupposto e ne consente l'esercizio è necessario anche per rammentare che il potere politico non si rivolge sempre a tutti nello stesso modo, perché ad esso non siamo soggetti tutti nello stesso modo: a quelli della cui acquiescenza volontaria ritiene di volta in volta di non poter fare a meno, il potere politico (o meglio, chi intende acquisire e conservare la capacità in cui consiste) deve saper offrire buone ragioni per obbedire (di qualunque genere esse siano), mentre può non averne nessuna, o quasi, da offrire a chi crede di poter costringere ad agire come vuole.

Anche se poi in realtà, per offrire ad alcuni valide ragioni per obbedire spontaneamente è spesso necessario dare conto anche delle ragioni per le quali gli *altri* dovrebbero obbedire a loro volta e possono, di conseguenza, essere costretti a farlo con la forza. Ed è inutile negare che non di rado queste ragioni possano fare presa anche su questi ultimi, inducendoli ad agire nel modo voluto *spontaneamente* fino a renderli talora complici dei loro stessi carnefici e dell'autorità che servono.

Cionondimeno, anziché soffermarsi ancora sulle ragioni per le quali si obbedisce al diritto o lo si dovrebbe fare, potrebbe essere opportuno dedicare specifica attenzione a quelle per le quali alcuni sono disposti ad eseguire le sue norme infliggendo ad altri deliberatamente dolore e sofferenza. Per chi ritiene che il diritto sia ordinamento coercitivo, o che comunque della coercizione il diritto in quanto tale non possa fare a meno, la norma fondamentale non dice genericamente «"Bisogna comportarsi così

---

Numero speciale Anno 2022, *Il lato oscuro della legge*, a cura di F. MANCUSO e V. GIORDANO, in corso di pubblicazione.

come prescrive la costituzione”»<sup>73</sup>, bensì piuttosto «Bisogna praticare la violenza quando in base alla costituzione si riceva l’ordine di farlo». È questa la norma che vige nelle menti e nei cuori degli esecutori, e sarebbe utile capire in che modo vi sia entrata e vi si sia radicata, e se possano mai esservi davvero delle buone ragioni per le quali dovrebbe essere applicata<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 226.

<sup>74</sup> Kelsen ha scritto nella *Teoria generale delle norme* che «le norme statuenti sanzioni per essere efficaci non hanno bisogno, come le altre norme, della statuizione di sanzioni come reazioni alla violazione o al rispetto di esse; oppure hanno bisogno di una simile garanzia solo in misura minore rispetto alle altre norme che devono prescrivere un comportamento proprio perché è rivolto o può essere rivolto contro le naturali inclinazioni degli uomini. Punire un furto è più facile che astenersi dal rubare per necessità; biasimare un bugiardo è più facile che astenersi dal mentire, onorare un eroe è più facile che essere un eroe» (H. Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cit., 216). Sulle ultime due, forse, si può anche convenire. Probabilmente è vero anche che soltanto ricorrendo alla violenza è possibile costringere qualcuno a non «rubare per necessità». Ma non si può dare per scontato che sia più facile punire chi ha rubato che astenersi dal rubare quando si ha fame, poiché non è scontato che sia più facile praticare la violenza che subirla.