## Hans Kelsen

## Una teoria fenomenologica del diritto

Quest'opera assai voluminosa di Paul Amselek (Méthode Phénoménologique et Théorie du Droit, Préface de Charles Eisenmann, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1964, pp. 464) è il tentativo di esporre una teoria generale del diritto sulla base della filosofia fenomenologica cosí come fu sviluppata da Edmund Husserl. Non è il primo tentativo del genere: basti ricordare Adolf Reinach, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, 1913 [trad. it. (parziale) di G. Stella, in Aa. Vv., Metodologia della scienza giuridica, a cura di A. Carrino, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1989, pp. 153-200]; Felix Kaufmann, Logik und Rechtswissenschaft, 1922; Idem, Kriterien des Rechts, 1924; Fritz Schreier, Grundbegriffe und Grundformen des Rechts, 1924; Idem, Reine Rechtslehre und Privatrecht, 1931. Gli ultimi due autori citati prendono le mosse dalla Dottrina pura del diritto. Ed è ciò che fa anche Amselek, il quale riconosce il mio postulato della «purezza» della dottrina del diritto - sebbene lo intenda diversamente da me - e concorda con questa dottrina in diversi risultati; la designa persino quale «precorritrice» (précurseur) di una teoria fenomenologica del diritto (op. cit., p. 45). Rifiuta, tuttavia, alcune delle concezioni che, pure, io ho sostenuto come essenziali alla mia teoria.

Non è possibile, nei limiti di questo saggio, affrontare in dettaglio tutte le tesi sostenute dall'autore nella sua opera estremamente critica. Mi limito ad esaminare soltanto i risultati più importanti che il metodo fenomenologico impiegato da Amselek ha per la teoria del diritto; e poiché egli si occupa molto intensivamente della *Dottrina pura del diritto*, prendo inoltre in particolare considerazione la sua critica di questa dottrina.

1. A pagina 63 Amselek definisce il diritto come norma, formulando la posizione di partenza della sua ricerca, a p. 66, nel modo seguente: « que le droit est un ensemble de normes et que toute norme juridique est une proposition du language, un instrument syntactique de jugement». Il diritto come «ensemble de normes» è un ordinamento; a p. 63 Amselek afferma che: «Il faut entendre ce mot "ordre" dans le sens de "prescription": les normes juridiques, ce sont toujours des "praescriptiones", des "leges" ». Amselek identifica, inoltre, il concetto di norma giuridica con quello di regola

giuridica. Egli dice (p. 66): «les mots "règle", "norme" [...] sont couramment utilisées»; e a p. 67: «la norme ou la règle répond toujours à la même finalité: elle sert à mesurer, à évaluer, à juger. En prescrivant ce qui "doit être", la règle constitue un "modèle"...». Ma con la parola «règle» si designano solitamente solo norme generali, e Amselek non nega l'esistenza di norme giuridiche individuali, come mostrano le sue considerazioni a p. 300.

Che le norme giuridiche siano «propositions syntactiques», cioè che esse si esprimano solo linguisticamente, non è corretto. E, ciò, non già perché le norme del diritto consuetudinario, prima della loro applicazione da parte degli organi applicativi del diritto - in particolare i tribunali - non sono formulate linguisticamente, e - sia pure in generale - vengono formulate solo da parte di questi organi. Amselek respinge, a dire il vero, la teoria tradizionale, secondo cui il diritto consuetudinario sarebbe una fonte del diritto (p. 164ss.). Il suo argomento fondamentale è (p. 168) che la consuetudine, in quanto comportamento dei soggetti effettivamente conforme a regola, non ha alcun carattere normativo: «la coutume ne saurait être la création d'une règle par des comportements, par des pratiques répétées: ces pratiques ne sauraient être par elles-mêmes normatives, créer ou faire "apparaître" des normes». Ciò non è corretto nella misura in cui la cosiddetta opinio necessitatis viene vista come elemento essenziale della fattispecie giuridica consuetudinaria. Ciò significa che gli atti costituenti la consuetudine hanno bisogno (müssen) di essere effettuati nella convinzione che essi devono (sollen) essere effettuati (cfr. su ciò quanto dico in Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, p. 232). Ciò non significa che la consuetudine come tale è una norma, bensí che bisogna che viga una norma che prescrive che è doveroso comportarsi nella maniera in cui i soggetti giuridici sono soliti comportarsi in conformità alla consuetudine. Questa norma all'inizio non è formulata linguisticamente. Gli organi giuridici possono applicare il cosiddetto diritto consuetudinario solo se a ciò sono autorizzati giuridicamente, cioè se essi sono autorizzati ad applicare la norma secondo cui ci si deve comportare nel modo in cui i soggetti giuridici, in conformità alla consuetudine, sono soliti comportarsi. A ciò essi possono essere autorizzati nella costituzione giuridico-positiva. Allora devono stabilire l'esistenza di una consuetudine creatrice di diritto, e a questo accertamento si collega il fatto che essi formulino la norma linguisticamente. Talvolta si sostiene persino l'idea che il cosiddetto diritto consuetudinario venga prodotto solo dai giudici (cfr. la mia Reine Rechtslehre, 2. ed., 1960, p. 234). Con ciò trova risposta l'obiezione che fa Amselek quando afferma che la teoria tradizionale «méconnait l'intermédiaire de l'organe juridique...qui va donner le sceau juridique à la

norme coutumière» (p. 171). Ma quando la costituzione stessa nasce in via consuetudinaria e non vi è perciò alcuna costituzione «scritta», consistente di norme giuridiche formulate linguisticamente, il che accade non di rado? Rinvio alla mia Reine Rechtslehre (p. 229; trad. it. di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1965, p. 253), dove è detto «[...] la costituzione deve prevedere come fattispecie produttrice di diritto la consuetudine [...]. Se si considera legittima l'applicazione del diritto consuetudinario da parte dei tribunali, sebbene la costituzione scritta non contenga tale autorizzazione [...], l'autorizzazione non può essere concessa con una norma della costituzione non scritta e sorta per consuetudine, ma deve essere presupposta, cosí come si deve presupporre che la costituzione scritta abbia il carattere di norma oggettivamente vincolante». Ciò significa che bisogna presupporre una norma fondamentale, che non solo prescrive che ci si deve comportare come statuisce la costituzione storicamente prima, ma anche come i soggetti giuridici sogliono comportarsi conformemente alla consuetudine.

Che la norma giuridica non ha bisogno di essere formulata linguisticamente, si mostra anche nel fatto che l'atto, il cui senso è una norma giuridica – generale o individuale –, può essere anche un gesto: con un determinato movimento del braccio un vigile comanda che ci si fermi, con un altro movimento che si proceda, altrimenti si deve essere puniti. Il senso di questi gesti è una norma giuridica obbligatoria, che, se il gesto è rivolto ad un determinato uomo individuale, ha il carattere di norma giuridica individuale. I semafori sono l'espressione di norme giuridiche generali con le quali viene regolato il traffico. Il gesto del vigile e i semafori hanno questo carattere, poiché questo carattere fu conferito loro da una norma generale, espressa in forma linguistica in una legge.

Contro la tesi per cui il gesto del vigile ha il senso di una norma, Amselek, a p. 147, dice: «l'acte prétendu "normateur" ne constitue pas, ne "signifie" pas une norme juridique, en réalité, mais renvoie à une norme juridique, est lui-même signifié par une norme juridique. Si le fait, pour un agent de police, de lever son bateau blanc ou de siffler signifie à l'automobiliste "il faut vous arrêter", c'est parce que ce dernier l'interprète par référence à telle norme juridique (en l'occurence, le Code de la Route) qui donne à ce fait cette signification, qui prescrit de s'arrêter en de telles hypothèses». Ma in quanto l'ordinamento del traffico conferisce al gesto del vigile il senso: «Tu devi fermarti, in caso contrario tu dovrai essere punito!», esso gli conferisce proprio il senso di una norma giuridica obbligatoria. Infatti «norma» è il senso di un atto: che ci si deve comportare in una determinata maniera. E l'atto del vigile viene inteso dall'automobilista che lo percepisce quale norma giuridica obbligatoria «fermarsi», senza che qui egli sia neces-

sariamente consapevole del «Code de la Route» in generale, senza che debba conoscere questa legge in generale. Quando Amselek, a p. 148, mette in dubbio che un semaforo o un gesto del vigile «crea» una norma («crée ... une norme»), ignora il fatto che la formula «creare una norma» è un'espressione metaforica, con la quale si dice soltanto che il senso di un fatto è una norma. E che il senso del fatto designato è una norma lo ammette Amselek stesso, quando, nella proposizione sopra citata, afferma che il gesto del vigile «signifie» «à l'automobiliste "il faut vous arrêter"», e, a proposito di questo gesto, afferma che l'ordinamento del traffico conferisce ad esso questo senso («donne à ce fait cette signification»). Perciò i gesti del vigile ed il semaforo hanno un senso, e questo senso è una norma.

Per quanto concerne la forma linguistica in cui la norma giuridica si presenta, essa può essere non solo un giudizio («jugement»), ma anche un imperativo, una singola parola, per esempio la parola «Indietro!», rivolta da un vigile ad una folla che avanza (cfr. la mia Reine Rechtslehre, 2. ed., 1960, p. 6).

2. Amselek respinge a p. 145 l'opinione da me sostenuta, secondo cui dal punto di vista di una scienza giuridica, che ha ad oggetto della conoscenza il diritto positivo, questo diritto positivo può consistere solo in norme che vengono create e applicate da parte di uomini, e difende la possibilità di un diritto positivo «superumano». Egli dice: «En réalité, ce droit "surhumain" est parfaitement observable et connaissable à partir du moment où il est formulé, où il est "révélé" (exemple: le droit mosaïque, le droit islamique, etc.). La théorie normative n'est pas fondée à mettre a priori en doute cette "révélation"». Crede seriamente Amselek che una scienza del diritto possa cogliere norme giuridiche come senso di un atto divino di volere e descriverle come tali, crede seriamente che la volontà di Dio - non appena essa è «rivelata» da qualche profeta - sia osservabile e conoscibile? Amselek stesso, tuttavia, ammette che «ce n'est qu'après une investigation historique sur l'origine réelle des normes positives observées que la théorie normative justifiera valablement la remise en question du fait réligieux proprement dit, en tant qu'il concerne le phénomène normatif»; e a p. 422 dice: «que les hommes font des normes juridiques». Non è dovere di una scienza del diritto prendere in considerazione esclusivamente l'origine reale della norma giuridica e ignorare le speculazioni religiose riguardo all'origine del diritto nella volontà di una divinità trascendente, la quale, dal punto di vista della religione, non è osservabile e conoscibile per gli uomini?

Nella mia Reine Rechtslehre (2. ed.) sostengo, a p. 33, che l'ordinamento

giuridico regola il comportamento umano nella misura in cui esso si riferisce ad altri uomini; distinguo due casi: questo riferimento può avere un carattere individuale, come quando ad esempio una norma comanda che un debitore deve pagare al creditore una determinata somma in denaro; ma può avere anche un carattere collettivo, per esempio nel caso della norma che comanda di assolvere agli obblighi militari. In questa distinzione, dice Amselek, vi è una «confusion». A proposito della norma che prescrive il comportamento di un uomo nei confronti di un determinato altro uomo egli afferma (p. 200): «cette norme peut très bien, elle aussi, avoir été édictée dans un interêt général». Eppure proprio questa è anche la mia opinione. Dico infatti esplicitamente (p. 34; trad. it. p. 44): «L'autorità giuridica prescrive un certo comportamento umano», e quindi ogni determinato comportamento, sia che si tratti di un rapporto individuale che di un rapporto collettivo, «soltanto perché essa lo ritiene - a torto o a ragione ricco di valore per la comunità giuridica degli uomini». La traduzione francese, cui Amselek fa riferimento, dice però (p. 45): «Si l'autorité juridique prescrit telle conduite humaine, c'est seulement pour la raison que à tort ou à raison elle la tient pour précieuse pour la comunité juridique des hommes». Nella traduzione francese (Théorie Pure du Droit, 1962) «Si l'autorité juridique prescrit telle conduite ... », il motivo: «in quanto l'ordinamento giuridico ritiene ricco di valore il comportamento comandato per la comunità giuridica», si riferisce soltanto al secondo caso menzionato, quello di un rapporto collettivo. Ma nell'originale tedesco non si dice un «tale» comportamento, bensì «un comportamento umano determinato», quindi anche un comportamento che deve verificarsi nei confronti di un uomo ben determinato.

3. Un altro elemento, che secondo Amselek caratterizza la norma giuridica, è che la norma giuridica, nel prescrivere un comportamento determinato, crea un «modello». Egli dice (p. 67): «En prescrivant ce qui "doit être", la règle [cioè la norma] constitue un "modèle", un "schème", qui permet de juger l'"être" ... d'évaluer cet être, de lui donner une valeur». Ciò non è pertinente. La norma giuridica non designa alcun «modello», poiché un modello è un oggetto che esiste realmente. Si fa un vestito secondo un «modello», cioè secondo un campione che si può vedere, le cui proporzioni di materiale e di misura si possono percepire sensibilmente. Quando si vede in che modo un uomo, mettendo a repentaglio la sua propria incolumità, salva la vita di un altro, quest'azione può essere il «modello», cioè l'esempio cui conformare il proprio comportamento. Quando si osserva che un ladro viene punito, si può prendere questo evento fattuale come il modello,

ovvero l'esempio, secondo cui in avvenire si vogliono trattare i ladri. Che un evento fattuale sia un «modello», significa che corrisponde ad una norma considerata valida. Amselek parla di «modèles obligatoires» (p. 276), ma «obligatoire» è la norma, non il modello.

Ciò che è posto in una norma come dovuto non è un «modello», un evento dell'essere, ma un sostrato modalmente indifferente. Quando una norma giuridica prescrive: «I ladri devono essere puniti!», essa non designa l'evento reale della punizione di un ladro come modello, poiché una norma in generale non può designare alcun evento realmente esistente, ma pone il «punire i ladri!» – un sostrato modalmente indifferente, cioè un qualcosa che non si presenta né nel modo dell'essere né nel modo del dovere – nel modo del dovere e non in quello dell'essere cosí come l'enunciato «i ladri vengono puniti» rappresenta il sostrato modalmente indifferente «punire i ladri» nel modo dell'essere.

Con l'affermazione che la norma giuridica costituisce un modello Amselek spinge la teoria della norma giuridica su un falso binario, spostandola dall'àmbito del dovere in quello dell'essere, dovendo perciò necessariamente negare il dualismo di essere e dovere. La norma, in quanto crea un «modello», cosí afferma Amselek (p. 231ss.), «dirige» il comportamento umano in una determinata direzione: «la norme "dirige" la conduite de l'homme-artisan ... en lui indiquant un modèle, un schéma, un exemple à "suivre" ... le modèle "dirige" ma conduite en tant que mon jugement "éclaire", comme on dit, mon action, en tant que celle-ci est guidée par celui-là». Quando il modello «dirige» il mio comportamento è un «modèle de conduite». Ma, in contrasto con ciò, Amselek osserva (p. 247): «les normes juridiques ne répresent pas simplement, comme le dit Kelsen, des modèles de conduite, des modèles d'actes ... elles constituent, en vérité, des modèles de situations ce qui est assez différent». Se le norme giuridiche, come Amselek accetta, sono prescrizioni, «prescriptions», la «situazione» che la norma giuridica prescrive non consiste in altro che in un determinato comportamento.

Amselek afferma che il comportamento umano non è l'unico e solo oggetto delle norme giuridiche, motivando cosí questa affermazione (p. 246): «La conduite humaine n'est pas le seul object des normes juridiques: lorsqu'une norme juridique stipule, par exemple, que "les immeubles d'habitation ne doivent pas dépasser telle hauter", "doivent comporter telle installation de protection contre l'incendie", etc., celui qui utilise cette norme se trouve, en vérité, en présence d'un modèle de maison, mais non pas en présence d'un modèle d'acte, de comportement». Qui viene chiaramente alla luce l'insostenibilità della teoria del «modello» di Amselek. Le norme giu-

ridiche citate da Amselek prescrivono un comportamento umano determinato: prescrivono che non deve essere costruita alcuna casa che oltrepassi una certa altezza, che bisogna allestire dei dispositivi di difesa antincendio. Esse non sono rivolte alle case oppure ai dispositivi di difesa antincendio, ma a uomini. A p. 245 s. egli dice esplicitamente: «la norme juridique, comme toutes les normes, comme tous les outils humains, d'ailleurs, s'"adressent" à l'homme, à l'homo faber, à l'homme-artisan».

4. Benché Amselek dica della regola giuridica (p. 67): «En prescrivant ce qui "doit être"» - cioè che essa prescrive che qualcosa deve essere, dove è presupposta come essenziale per il concetto di diritto la categoria di un dovere diverso dall'essere -, tuttavia, per quanto riguarda la discussione relativa alla differenza tra essere e dovere, «être» e «devoir être», afferma (p. 68) che si tratta spesso soltanto di un puro «verbalismo»: «Ces discussions s'enferment souvent dans un pur verbalisme». Egli definisce la distinzione dei due concetti come «chiacchiere confuse» («amphigourique») e parla dei due mondi dell'essere e del dovere «comme deux mondes mystérieusement irréductibles» (p. 69), di una «idée mystérieuse du devoir-être», di una mera «apparenza» del dovere («le fait de penser une quelque chose comme modèle lui confère une apparence de "Sollen"» (p. 81)) e squalifica come «dématérialisation» (p. 216) l'idea che colloca le norme in un mondo del dovere diverso dal mondo dell'essere. Egli giunge cosí anche alla negazione di quella contrapposizione di «descrivere» e «prescrivere» che è indispensabile - in quanto distingue la norma dall'enunciato - per la comprensione dell'essenza della norma. Sulla distinzione tra queste due funzioni egli dice (p. 73): «cette distinction entre formules descriptives et formules prescriptives demeure elle-même une approche insuffisante et, somme toute, illusoire: en effet, la différence n'est pas entre l'idée de descriptif e celle de prescriptif, mais revient plus exactement à ce que les propositions dites "prescriptives" décrivent ou indiquent un modèle, tandis que les propositions dites "descriptives" décrivent ou indiquent autre chose. Autrement dit, les unes comme les autres sont indicatives, descriptives». Amselek cade cosí nella contraddizione per cui, da un lato, egli caratterizza la norma giuridica per il fatto che essa pone un comportamento come dovuto, cioè prescrive che qualcosa deve essere («préscrivant ce qui doit être»), e per cui, dall'altro, però, afferma anche che la norma descrive qualcosa, cioè enuncia un essere, in quanto pone un modello e, con ciò, costituisce solo l'«apparenza» di un dovere; per cui egli dice (p. 73) che le norme, «les propositions dites "prescriptives"», «décrivent ... un modèle »; spiegando che (p. 77): «il nous fait

rejeter toute idée de "norme descriptive" (du moins au sens où elle est couramment entendue), qui apparaît comme une véritable antinomie.»

La distinzione tra una norma che prescrive qualcosa come dovuto ed un enunciato che descrive qualcosa come essente è altrettanto evidente quanto l'auto-contraddizione presente nell'affermazione secondo cui proposizioni prescrittive descrivono. Amselek afferma perfino che la scienza, anche la scienza della natura, pone norme che descrivono i fenomeni: «que la science consiste essentiellement à élaborer, à partir de l'observation du réel, des normes décrivant l'apparition au monde, l'évenement historique, des phénomènes (normes du type: "tel phénomène se produit - peut ou doit se produire - dans telles et telles conditions déterminées")» (p. 131s.). In una nota su questo punto egli dice (p. 132), richiamandosi a André Lalande, La raison et les Normes (Paris 1948): «C'est là le véritable sens de la "recherche des causes"». E continua: «La connaissance, la "recherche des causes" [che è la funzione della scienza della natura] consiste donc dans l'élaboration de lois, de normes décrivant l'apparition des phénomènes; ... Autrement dit, les modèles scientifiques donnent une "valeur" aux phénomènes dans la mesure où ils permettent d'expliquer, de justifier leur apparition ... ». Ansselek pone l'accento soltanto sull'evidenza del fatto che questo «valore», che la scienza della natura conferisce ai fenomeni, non è un valore-di-diritto: «une norme scientifique n'est pas, en effet, une norme juridique ... L'explication [della scienza della natura] justifie logiquement un fait: elle ne le justifie pas juridiquement. L'impression qu'un fait s'explique, et par là se justifie, est sans interférence sur la valeur juridique de ce fait, notamment sur la valeur juridique négative». Questa interpretazione delle leggi di natura è tanto più problematica quando Amselek stesso, a p. 313, rifiuta risolutamente la visione secondo cui le leggi naturali sarebbero «obbligatorie» (« obligatoires ») come le leggi giuridiche nel senso « que la nature aurait une obligation en quelque sorte morale d'y obéir, de se conformer aux prescriptions du Législateur Suprême». Se, tuttavia, egli intende le leggi naturali come «norme» che hanno il senso: «telle phénomène ... peut ou doit se produire dans telles et telles conditions déterminées», e se, a p. 67, dice della «norme»: «En prescrivant ce qui doit être», adoperando, quindi, la parola «doit» nel senso di «dovere», è soltanto conseguenziale assumere che la natura deve «ubbidire» alle leggi naturali come a delle prescrizioni. Infatti, si può obbedire solo a delle prescrizioni di dovere.

5. Amselek ritiene che da un punto di vista psicologico il diritto consista nell'idea di necessità: «La donnée psychologique fondamentale du juridique, la donnée immédiate du juridique à la conscience, paraît bien être l'idée

de nécessité: mon sentiment du droit s'analyse essentiellement comme le sentiment vague que la réalité doit être, ou devrait être, nécessairement, obligatoirement, conforme au modèle ressenti comme "juridique". Le schéma juridique, du point de vue de sa structure essentielle, tend à apparaître dans mon esprit un peu comme étant, en un certain sens, la "nature" même des choses, comme constituant le modèle auquel la réalité doit, ou devrait, normalement correspondre» (p. 273). Amselek ignora la distinzione essenziale che esiste - anche nella coscienza degli uomini primitivi tra la necessità essenziale al diritto, cioè la necessità che ci si deve (soll) comportare nel modo prescritto dalle norme giuridiche, e la necessità secondo cui, conformemente alle leggi naturali descriventi la natura, una determinata cosa bisogna (muß) che si comporti a determinate condizioni in maniera determinata: «l'essence du juridique se révèle à moi sous deux approches: en elle-même, directement, tout d'abord, par cette vision ou ce sentiment de la "nécéssité", de l'"obligatoire", lorsque je pense le droit, les normes juridiques proprement dites; mais aussi, plus indirectement, par l'intermédiaire d'un type de normes auquel je peux également penser, normes qui, à l'origine, ont emprunté aux normes juridiques leur signification, ont été assimilées à des normes juridiques: à savoir, les "lois de la nature", les normes scientifiques» (p. 274s.).

In un capitolo dal titolo «L'Essence du Juridique dans les "Lois de la Nature" » (p. 287 s.) Amselek afferma che il concetto di legge naturale deriva da quello di legge giuridica, cosicché si può scorgere in quello soltanto una metafora. È più esatto dire che, secondo una visione religiosa, le cosiddette leggi naturali sono norme come le leggi giuridiche, poiché le cose nella realtà della natura creata da Dio si comportano come devono comportarsi secondo il comando di Dio. Da un punto di vista religioso non vi può essere di fatto alcuna contrapposizione insormontabile tra essere e dovere. Infatti, ciò che è, parimenti deve essere, poiché tutto ciò che è esprime il comando di Dio. La moderna scienza naturale è sorta proprio dal fatto che l'interpretazione della natura si è emancipata da questa idea, dal riconoscimento della essenziale distinzione esistente tra leggi giuridiche come norme e leggi naturali, dal fatto che si è riconosciuto che quelle sono il senso di atti di volontà, cioè norme che prescrivono che a determinate condizioni gli uomini si devono comportare in modo determinato, nonostante essi possano di fatto comportarsi anche diversamente, mentre queste enunciano nessi indipendenti da ogni volere - umano o superumano -, in quanto constatano che le cose della realtà naturale in determinate condizioni devono necessariamente comportarsi in maniera determinata e non possono comportarsi diversamente da così. Dice Amselek (p. 156): «Tout ce qui est,

"doit" être: telle est la loi de notre connaissance, son postulat; telle est la catégorie a priori, transcendentale, telle est la forme même de notre entendement, de notre expérience scientifique». Più avanti (p. 157) afferma: «"ce qui est, doit être" signifie simplement cette tautologie que "ce qui est, est"». Ma «ce qui est, doit être» non può significare «ce qui est, est», se la parola «doit» viene impiegata nello stesso senso che a p. 67, dove come essenza della norma si designa che essa prescrive «ce qui doit être». E bisogna assumere che la parola «doit» viene impiegata in questo senso, poiché Amselek a p. 292 dice: «ces propositions prennent une fonction normative en tant qu'elles sont utilisées comme modèles du réel prélevé ... ». Egli parla della « "obligatoriété" des normes scientifiques ». Egli rileva a dire il vero a p. 293: «l'"obligatoriété" des normes scientifiques n'est donc rien d'autre, en définitive, que l'expression même du principe d'identité - catégorie transcendantale de notre entendement - qui fait obligation au Même (en l'occurrence la réalité) de rester identique à lui même». Ciò significa: «Le Même doit nécessairement, obligatoirement, demeurer semblable à luimême, ne pas devenir Autre, s'"alterer" au sens propre du terme» (p. 292). Se anche le norme giuridiche sono «obligatoires», questa parola viene usata in due significati completamente diversi e viene cosí oscurata la distinzione essenziale tra leggi giuridiche e leggi naturali. Il che certamente dipende dal fatto che la parola «devoir» significa tanto «dovere necessariamente» (müssen) quanto «dovere» (sollen).

6. Amselek respinge la mia tesi per la quale l'efficacia delle norme giuridiche è una condizione della loro validità. Egli dice a p. 332 delle norme giuridiche: «Les normes juridiques ... peuvent et doivent être connues, par cela seul qu'elles "apparaissent", qu'elles se donnent comme des normes formulées auxquelles la signification de "juridiques" est historiquement attachée: elles ont leur existence autonome de normes juridiques, d'instruments de jugement, quelles que soient les conduites effectives qu'elles peuvent être appelées à juger». Qui Amselek confonde due criteri, che si escludono reciprocamente: che bisogna considerare le norme come norme giuridiche, quando esse appaiono chiaramente come tali; e: quando esse si presentano come norme, alle quali il carattere di norme giuridiche è ascritto storicamente. È, tuttavia, possibile che appaiano come norme giuridiche, che si diano («se donnent») come tali, delle norme, cui il carattere di norme giuridiche non è ascritto storicamente. E quando è decisivo il secondo criterio, sorge allora la domanda: a quali condizioni viene ascritto «storicamente» alle norme il carattere di norme-di-diritto? In risposta a questa domanda io affermo che una delle condizioni è che esse, per essere considerate

norme-di-diritto valide, debbano necessariamente essere efficaci in un certo grado. Non gioca alcun ruolo la questione relativa a quale sia la via per cui fu prodotta la norma. È quindi assolutamente ingiustificato che Amselek affermi, a p. 339, che, quando io considero un certo grado dell'efficacia come condizione della validità di un ordinamento giuridico, intendo per «ordre juridique» «le Pouvoir gouvernemental», che io penso «à l'effectivité du gouvernement, à l'acceptation, à la reconnaissance des gouvernants par les gouvernés et non à l'effectivité de toutes les normes juridiques». Amselek cita un passo del mio scritto Théorie du Droit International Public (Académie du Droit International, Extrait des Cours 1953), p. 77: «Le pouvoir social n'est que l'efficacité d'un ordre réglant la conduite réciproque des hommes...». Il luogo citato e le tesi connesse mostrano chiaramente che ciò che io intendo è l'esatto contrario di ciò che Amselek ritiene di vedervi. L'efficacia di un ordinamento giuridico non è l'efficacia del governo, ma l'inverso: ciò che si denomina potere del governo («la puissance du gouvernement ou de l'État») non è niente altro che l'efficacia dell'ordinamento giuridico; il che sta in connessione essenziale con la dottrina - difesa con forza anche in questo scritto - per cui «l'État est bien un ordre social, qu'il est identique à l'ordre juridique national, qu'il le personifie et que sa puissance n'est pas autre chose que l'efficacité d'un tel ordre » (ibidem, p. 77).

Poiché Amselek designa le leggi naturali come norme, egli giunge all'affermazione che la posizione da me sostenuta, secondo cui l'efficacia delle leggi giuridiche è una condizione della loro validità, è la conseguenza della tesi per cui tra le norme giuridiche e le leggi naturali definite quali «norme della scienza» sussiste una relazione essenziale. Egli dice a p. 295: «L'exigence d'"effectivité" des lois juridiques dans les théories positivistes contemporaines ... paraît aussi pouvoir être rattaché à une association obscure des normes juridiques aux normes scientifiques: en effet, les lois scientifiques sont, doivent être, par hypothèse même, des lois "effectives", c'est-àdire des lois auxquelles les faits sont effectivement conformes ...»; e a p. 296: «Cette exigence d'effectivité tend, en vérité, à enlever aux normes juridiques toute leur spécificité objective, toute leur historicité propre, et à les assimiler purement et simplement à des normes scientifiques». Per ciò che concerne l'opinione da me sostenuta della connessione tra validità ed efficacia, posso soltanto constatare che la critica di Amselek non mi tocca. Sottolineo nel modo più energico che l'efficacia dell'ordinamento giuridico come totalità - cosí come l'efficacia di ogni singola norma giuridica di questo ordinamento - è una condizione della validità delle norme giuridiche, ma non - come numerosi autori ritengono - la loro validità, poiché io assumo come «validità» il principio, secondo il quale esse devono venire osservate e applicate; una norma giuridica può acquistare validità ancora prima di essere diventata efficace, e la tesi secondo cui l'efficacia è una condizione della validità significa che un ordinamento giuridico e le singole norme giuridiche perdono la loro validità quando hanno perso la loro efficacia (cfr. Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 10s.).

Di questa formula Amselek afferma (p. 332) che essa rappresenta una «tautologia», «puisque le droit "valable" est le droit auquel les individus doivent, ne peuvent pas ne pas obéir, s'ils n'obéissent pas au droit, celui-ci est d'autant moins un droit "valable"...». Ma la formula in questione sarebbe solo una tautologia, se «validità» e «efficacia» fossero identiche. Proprio l'assunzione di una tale identità io ho rifiutato nel modo più risoluto. Donde la mia tesi che l'efficacia è una condizione della validità, ma non la validità (cfr. Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 215 ss. e in particolare p. 220).

Amselek motiva cosí il rifiuto della mia tesi (p. 333): «il apparaît manifestement que les normes édictées par tel organe juridique doivent être tenues par la science pour effectivement juridiques avant même qu'elles soient illustrées par un premier act d'application: elles sont "juridiques" et constituent l'objet de la science du droit, ab initio, en elles-mêmes, indépendamment de la manière d'être de leur objet». Ma, per mostrare che la validità non si identifica con l'efficacia, come già accennato, io stesso ho richiamato l'attenzione sul fatto che un ordinamento giuridico acquista validità «già prima di diventare efficace, cioè osservato e applicato» (Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 11).

Del resto io sottolineo che per «efficacia» non è da intendersi il fatto che la norma viene osservata ed applicata senza eccezioni, ma, sino ad un certo grado, solo per grandi linee. Ciò non è affatto, come afferma Amselek a p. 334, «oscuro». Significa che, quando una norma in un caso o in un altro, quindi eccezionalmente, non viene osservata, più esattamente non viene applicata, la sua validità non viene abrogata, e questo è un dato di fatto innegabile.

Che, come osserva Amselek a p. 336, io possa non indicare in quanti casi necessariamente una norma giuridica debba essere osservata, per essere considerata efficace – «on ne sait pas combien de comportements conformes il faut exiger pour parler de droit "positif", "effectif"» –, non è un argomento contro la mia tesi. Il fatto che esiste un diritto consuetudinario viene assunto dalla scienza giuridica del tutto in generale, senza che la scienza giuridica possa indicare in quanti casi gli uomini debbono necessariamente porre in atto un determinato comportamento affinché un diritto consuetudinario possa venire accettato. La decisione di questo problema è lasciata alla discrezione dell'organo che applica il diritto. Ciò riguarda an-

che la questione relativa alla quantità dei casi in cui bisogna che una norma giuridica non venga osservata, più precisamente applicata, per poter ipotizzare che essa ha perduto la sua validità. E questo è il problema decisivo, non quello del numero necessario dei casi in cui bisogna che una norma venga applicata, per essere considerata efficace. Perciò non si può parlare del fatto che la pretesa dell'efficacia toglie alle norme giuridiche il loro carattere specifico - cioè secondo la mia teoria il loro carattere di prescrizioni-di-dovere - e tanto meno che la pretesa dell'efficacia sia una conseguenza dell'ipotesi di una relazione tra norme giuridiche e norme scientifiche. Io non considero le leggi naturali norme: nemmeno una volta paragono le norme-di-diritto con le leggi naturali, ma paragono le proposizioni-di-diritto che descrivono le norme giuridiche generali della scienza giuridica con le leggi naturali - formulate dalla scienza naturale - che descrivono la natura, nella misura in cui entrambe hanno un carattere generale. Sottolineo però in modo esplicito la distinzione essenziale esistente tra queste «leggi»-di-diritto, che descrivono norme (cioè un dovere), e le leggi naturali, che descrivono un essere.

Altrettanto infondata è l'affermazione di Amselek (p. 226, nota 21), secondo cui la mia tesi, per la quale l'efficacia è una condizione della validità, si ridurrebbe all'ipotesi che un'obbligazione giuridica c'è solo quando viene eseguita realmente una sanzione. Perciò vi sarebbe un «dovere necessariamente» (Müssen), non un «dovere» (Sollen). «Quand il y a une violation d'une obligation juridique, il y a effectivement (au moins "dans une certaine mesure") un acte de contrainte qui réagit, sinon cette obligation n'est pas vraiment juridique selon Kelsen. Ainsi ... l'éminent juriste autrichien tend à faire du "Sollen" juridique un "Müssen" ». Non è assolutamente vero - ed io sono ben lungi dall'asserirlo - che, quando un obbligo - più esattamente, una norma - viene violato, cioè quando viene posta una fattispecie illecita, sopravviene effettivamente («effectivement») un atto coercitivo. L'obbligo sussiste anche quando alla sua violazione in un caso o nell'altro non si reagisce con un'atto di costrizione. L'obbligo ad un determinato comportamento non viene costituito dal fatto che si reagisce al comportamento contrario con un atto di costrizione, ma dal fatto che si deve reagire a ciò; cioè che vale una norma che prescrive un determinato comportamento come dovuto. Anche quando non ci si comporta conformemente alla norma o conformemente all'obbligo, ci si deve comportare conformemente alla norma o conformemente all'obbligo. Per questo è infatti del tutto inammissibile esprimere il senso della norma o dell'obbligo nella proposizione secondo cui bisogna comportarsi conformemente alla norma o all'obbligo. A p. 255 della traduzione francese della seconda edizione della

mia Reine Rechtslehre (Théorie Pure du Droit, Paris 1962) Amselek può leggere: «Dire qu'un norme se rapportant à la conduite d'êtres humains "est valable [vale]", c'est affirmer ... que ces individus doivent [nell'originale tedesco «soll»] se conduire de la façon qu'elle prévoit». La validità della norma non è, cosa che Amselek ignora sempre, la sua efficacia.

Che nella mia teoria il «dovere» (Sollen) diventa un «dovere necessariamente » (Müssen) viene affermato da Amselek anche in un altro contesto. A p. 263 osserva: «Sous l'influence de Kant, Kelsen a tendance à présenter une théorie des obligations juridiques, et non une théorie des normes juridiques elles-mêmes. On peut résumer ainsi sa pensée: une obligation n'est juridique que si elle est la condition d'une sanction. Cette thèse, qui méconnaît systématiquement l'existence des normes juridiques permissives, tend donc à faire du "Sollen" juridique une sorte de "Müssen": un individu n'est vraiment obligé juridiquement, que s'il est contraint, si son obligation est assortie d'une sanction: alors cette obligation sera vraiment obligatoire, la menace de la sanction déterminant l'individu à remplir son obligation: c'est en cela que le droit est un "ordre de contrainte". Cet aspect du "système" kelsénien est en contradiction évidente avec le schéma normatif que Kelsen a su si bien décrire en d'autres passages». Se un rimprovero mi può toccare, non è certo quello di aver sviluppato, invece che una teoria delle norme giuridiche, una teoria delle obbligazioni («obligations») giuridiche, piuttosto, invece, quello di aver esposto una teoria delle norme giuridiche e non delle obbligazioni giuridiche. Dico a p. 120s. della mia Reine Rechtslehre, 2. ed.: «che un comportamento sia prescritto, che un individuo sia obbligato ad un comportamento ... sono espressioni sinonimiche ... A dire il vero, si suole distinguere fra norma giuridica e obbligo giuridico e dire che una norma giuridica statuisce un obbligo giuridico. Però il dovere giuridico di tenere un certo comportamento non è un dato diverso dalla norma giuridica che prescrive questo comportamento: l'obbligo giuridico coincide con la norma giuridica stessa». Questa non è, come dice Amselek (p. 264), una «confusion» di norma e obbligo. Infatti, una «confusione» è una mescolanza inammissibile di due concetti che significano qualcosa di diverso. Io mostro anzi proprio che i due concetti significano la stessa cosa. Amselek espone del resto il mio pensiero in modo errato. Io non sostengo che un obbligo è un obbligo giuridico quando esso - l'obbligo - è la condizione della sanzione; e neppure che una sanzione è legata («assorti») ad un obbligo giuridico, bensí che un determinato comportamento è contenuto di un obbligo giuridico quando il comportamento contrario è la condizione di un atto di costrizione statuito come dovuto in una norma giuridica. Non l'obbligo, ma un comportamento è la condizione di una sanzione, e, proprio perché questo viene fatto condizione di una sanzione, esso diventa un comportamento cosiddetto «antigiuridico». A p. 26 (trad. it. cit., p. 36) io dico: «Il comportamento prescritto non è il comportamento dovuto: quello che è dovuto è la sanzione». E a p. 124 (trad. it. cit., p. 141): «Se si dice che chi è giuridicamente obbligato ad un certo comportamento "deve", in base al diritto, comportarsi in tale maniera, non si fa che esprimere il fatto di essere dovuto (e cioè l'essere positivamente permesso, autorizzato o prescritto) dell'atto coercitivo, posto come conseguenza del comportamento opposto e fungente da sanzione». Che, nella mia rappresentazione del rapporto tra obbligo giuridico e norma giuridica, io faccia del «dovere» (Sollen) un «dovere necessariamente» (Müssen), è semplicemente inventato di sana pianta. Quindi non si può assolutamente dire che io non riconosco le norme giuridiche permissive. Del resto, Amselek stesso ha bisogno di ammettere a p. 264: «Kelsen lui-même a reconnu, en d'autres pages, que les normes juridiques n'étaient pas seulement impératives, mais aussi habilitatrices ...». Amselek ha palesemente in mente un passo di Théorie Pure du Droit (1962, p. 161), che dice: «Les normes ne font pas que prescrire ou défendre une certaine conduite». Di queste «normes habilitatrices» Amselek dice (p. 264) che il principio di imputazione non è applicabile ad esse: «normes habilitatrices dont son schéma d'imputation ne saurait rendre sérieusement compte». Amselek ignora che io distinguo tra «autorizzare» e «permettere», e dice anche: «il est évident que les actes juridiquement licites, eux ne sont pas généralement "récompensées"». Da ciò conclude: «on ne peut, notamment, dire qu'il n'y a véritablement un droit que lorsqu'il y a une recompense». Amselek palesemente non considera la proposizione della Théorie Pure du Droit che segue quella sopra citata, in cui viene detto esplicitamente: «"habiliter" signifie conférer un pouvoir juridique, c'est à dire la faculté de créer du droit ... »; ciò significa che «habiliter», «autorizzare», si riferisce alla sanzione statuita nella norma giuridica, che l'organo creatore di diritto non solo non abbisogna di essere obbligato alla statuizione della sanzione, ma anche può essere autorizzato soltanto; che perciò l'imputazione della sanzione costituita dalla norma giuridica sta alla base della fattispecie dell'illecito, se l'organo è obbligato o soltanto autorizzato alla statuizione della sanzione.

Per quanto riguarda gli atti «permissivi», è esatto allora che essi non sono sanzionati. Ma le norme giuridiche «permissive» sono, come io osservo nella mia Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 56 (traduzione francese 1962, p. 75), norme non indipendenti. Esse limitano soltanto l'àmbito di validità di una norma giuridica che vieta un comportamento ricollegando una sanzione al comportamento contrario. La funzione del «permettere», di con-

seguenza, non esclude affatto l'imputazione. Come il «disconoscere» le norme permissive conduca a fare del «dovere» (Sollen) un «dovere necessariamente» (Müssen), è assolutamente incomprensibile.

Nel suo rifiuto della mia tesi secondo cui l'efficacia dell'ordinamento giuridico è una condizione della sua validità, Amselek obietta, a p. 340, che io confondo l'efficacia delle norme giuridiche con l'efficacia che è statuita in una norma del diritto internazionale. Egli si appella ad una proposizione della mia Théorie Pure du Droit (1953, p. 120): «En posant le principe que pour être valable un ordre juridique naturel [nell'originale suona: «ordre juridique national»] doit avoir un certain degré d'efficacité, on se borne à formuler une norme du droit positif, qui appartient non à l'ordre juridique en question, mais au Droit International». Dalla rappresentazione che nello scritto citato viene data dell'efficacia come condizione della validità, risulta inequivocabilmente che l'efficacia dovrebbe essere vista necessariamente come una condizione della validità anche se non vi fosse alcuna norma del diritto internazionale che stipula questa condizione. Nella seconda edizione della Reine Rechtslehre, p. 221s. e p. 336 (traduzione francese 1962, p. 290, 440) si rileva esplicitamente che una norma del diritto internazionale che esige l'efficacia dell'ordinamento giuridico nazionale viene in considerazione in generale soltanto presupponendo il primato del diritto internazionale, cioè solo se il diritto internazionale viene considerato come un ordinamento giuridico superiore agli Stati; il che, tuttavia, non è affatto l'unica possibilità di considerazione del rapporto tra diritto internazionale e diritto nazionale. Solo sul presupposto del primato del diritto internazionale, ma non sul presupposto del primato del diritto nazionale, il diritto internazionale legittima l'ordinamento costrittivo nazionale «per l'àmbito territoriale della sua efficacia effettiva («pour la domaine territoriale de son efficacité effective») come ordinamento giuridico valido». È perciò impossibile dire che io confondo il principio dell'efficacia dell'ordinamento giuridico come condizione della sua validità con l'efficacia dell'ordinamento giuridico nazionale statuita in una norma del diritto internazionale. L'errore di Amselek muove dal fatto che egli - purtroppo non solo in questo caso - ignora le tesi della seconda edizione, tradotta in francese da Eisenmann, della mia Reine Rechtslehre.

7. Amselek fraintende la mia concezione del rapporto tra validità ed efficacia già per il fatto che egli ritiene che io confonderei nel concetto di «validità del diritto» due significati completamente differenti l'uno dall'altro. Egli dice (p. 350): «Kelsen tend à confondre cette acception de la "validité du droit" [«qu'on doit obéir au droit»] avec le sens originel, et d'ailleurs

seul authentique, du mot "valable" (c'est-à-dire "conforme à une norme")». E a p. 351: «Une chose est de dire: telle norme juridique est "valable", c'està-dire posée conformément à telle autre norme "supérieure", une autre chose de dire: "je suis obligé de m'y conformer"». Per «validità» di una norma io intendo però esclusivamente e soltanto che la norma deve venire osservata e rispettivamente applicata; non che essa è stata posta in conformità ad una norma superiore. Quest'ultima non è la sua validità, bensì il fondamento della sua validità. Questo è il senso della proposizione, che Amselek (p. 351) cita dalla mia Théorie Pure du Droit (1953), p. 114: «Une norme juridique est valable si elle a été créée d'une manière particulière, à savoir selon des règles déterminées et une méthode spécifique». A p. 13 della traduzione francese della seconda edizione della mia Reine Rechtslehre (Théorie Pure du Droit, 1962) è detto sotto il titolo Validité et domaine de validité des normes: «nous pouvons exprimer l'idée de la validité d'une norme en disant: quelque chose doit être ou être fait, ou: quelque chose ne doit pas être fait ». E a p. 255 nel § 34 sotto il titolo: Le Fondement de la Validité des Ordres Normatifs (nell'originale tedesco Der Geltungsgrund einer normativen Ordnung) la questione del fondamento di validità è formulata con le parole: « pourquoi une certaine norme est-elle valable, quel est le fondement de sa validité (fondamento di validità)?». E a p. 256: «La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme». Non io, ma Amselek mescola validità e fondamento di validità, quando indica come esclusivo ed autentico significato della parola «valable»: «conforme à une norme».

La conseguenza di questa determinazione del concetto di validità della norma giuridica è che Amselek nega che il senso della norma giuridica sia che ci si debba comportare in un determinato modo - e cioè conformemente alle norme giuridiche. Egli dice a p. 351: «L'obéissance au droit n'est liée à la validité proprement dite du droit que dans une perspective éthique, et notamment réligieuse du droit (quand le droit ets conforme à la volonté de Dieu, je ne peux que me plier à cette volonté)». Ma già prima, a p. 318, Amselek dice del «positivisme juridique»: «il apparaît avoir hérité de la métaphysique idéaliste un invraisemblable modèle synthétique du droit ("on doit obéir au droit"): modèle qui n'avait de sens que dans la perspective foncièrement moraliste de l'idéalisme ... »; ciò significa che dal punto di vista di una dottrina giuridica positivistica, che non fonda la validità del diritto positivo con un postulato della morale o un comando di Dio, non possono darsi in generale norme-di-diritto, poiché il senso essenziale di una norma che si riferisce al comportamento umano è che ci si deve comportare come determina la norma.

Con riferimento alla proposizione della mia Théorie Pure du Droit (1953), p. 34: «une norme cesse d'être valable quand les individus dont elle régle la conduite ne l'observent pas dans une mesure suffisante», Amselek dice a p. 352, nota 206: «Si Kelsen confond ainsi la "valeur" des normes avec leur caractère obligatoire, positif, à l'inverse il semble croire parfois ... que la "norme fondamentale", c'est-à-dire la supposition de ce caractère obligatoire, donne à la Constitution sa "valeur" et non pas son caractère obligatoire». Dalla proposizione citata da Amselek non consegue in alcun modo che io confonda il «valore» («valeur») delle norme con la loro obbligatorietà. Io affermo (Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 17) che le norme valide costituiscono valori, nella misura in cui un comportamento corrispondente alla norma viene valutato come «buono», un comportamento non corrispondente ad essa come «cattivo». Ciò che ha un valore positivo o negativo non è la norma, ma il comportamento corrispondente alla norma. La norma fondamentale è, secondo la mia dottrina, il presupposto logico-trascendentale sotto il quale si può considerare come obiettivamente valida la Costituzione storicamente prima: essa non attribuisce alcun «valore» a questa Costituzione. Lo farebbe soltanto se avesse la funzione di giustificare eticamente la posizione di questa Costituzione. Ed è proprio ciò che io nego, invece, nel modo più deciso (cfr. Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 223, traduzione francese 1962, p. 295), quando della «norme fondamentale» dico che «elle ne remplit donc pas du tout une fonction éthico-politique, mais uniquement une fonction de théorie de la connaissance». È perciò del tutto infondato e sta in contrapposizione diretta con la mia dottrina, quando Amselek a p. 354 afferma che la norma fondamentale è «une sorte de norme éthique». «Kelsen rejoint en définitive, assez paradoxalement, la théorie idéaliste du droit». Altrettanto infondata, poiché in diretta contrapposizione con la mia dottrina, è l'affermazione di Amselek a p. 355: «Kelsen devra, en effet, fonder la "validité" de la norme fondamentale ellemême sur son contenu (ce qui est significatif du caractère moral, idéologique de cette norme)». Nella mia Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 198, traduzione francese p. 258, io dico esplicitamente che solo la norma fondamentale di un sistema normativo statico, di certi ordinamenti morali, ha un contenuto immediatamente evidente; che la norma fondamentale di un sistema dinamico non vale in forza del suo contenuto (p. 199, traduzione francese p. 260), che la norma fondamentale di un ordinamento giuridico, che ha essenzialmente un carattere dinamico, non ha un contenuto immediatamente evidente (p. 200s., traduzione francese p. 261s.). Amselek si richiama a p. 355, nota 211, ad una proposizione della Théorie Pure du Droit (1953,

p. 114), che si riferisce esplicitamente alle norme del diritto naturale e della morale.

8. Benché Amselek sia d'accordo con me nel fatto che io considero anche le norme individuali come appartenenti all'ordinamento giuridico, a p. 301 scrive però contro di me: «En vérité, il convient de bien prendre conscience de ce que le prétendu caractère "général" des normes juridiques n'est qu'un mauvais emprunt fait à la théorie de la science». E perciò egli dice - non del tutto in armonia con la visione rimproveratami del carattere «generale» delle norme giuridiche -: «Le chef de l'Ecole de Vienne cherche à rendre, sinon la norme juridique elle-même, du moins la proposition juridique (élaborée par la science du droit) qui la décrit, équivalente à la loi scientifique conçue comme "générale"». Ma io non dico affatto che la proposizione giuridica che «descrive la norma giuridica» («qui la décrit») ha carattere generale, bensì dico a p. 84 (trad. it. cit., p. 99) della Reine Rechtslehre, 2. ed., che la norma giuridica, «anche se, avendo carattere generale, viene definita come "legge" - non è una legge, cioè un qualcosa che possa essere definito come "legge" in base ad una qualunque analogia con la legge naturale». Come «legge giuridica» definisco soltanto la proposizione giuridica, formulata dalla scienza giuridica, che descrive le norme giuridiche generali. A p. 85 (trad. it. cit., p. 99) io parlo della «proposizione giuridica che si presenta come legge giuridica», che «ha carattere generale, il che significa che descrive le norme generali dell'ordinamento giuridico ed i rapporti fondati su di esso». (Nella traduzione francese 1962, p. 112, dico che: «La proposition juridique qui se présente comme une loi juridique ... a un caractère général; en d'autres termes, qu'elle décrit les normes générales de l'ordre juridique, et les relations créées par elle»). E io paragono questa proposizione giuridica, che si presenta come legge giuridica, con la legge naturale, nella misura in cui entrambe hanno carattere generale, e non perché la natura deve necessariamente obbedire alle leggi naturali allo stesso modo in cui il comportamento degli uomini deve obbedire alle norme giuridiche. Ma Amselek a p. 298, a proposito delle leggi naturali, afferma: «le réel ne doit, en aucun cas, apparaître autre qu'on ne le présente. La généralité de la loi scientifique c'est la généralité de son applicabilité, autre façon de formuler l'exigence d'effectivité des normes scientifiques». Nessuna idea mi è più estranea dell'idea assurda secondo cui le leggi naturali sono «efficaci» nello stesso senso delle norme giuridiche. Le leggi naturali non sono assolutamente «effectives», cioè efficaci, poiché la natura non «obbedisce» ad esse. Infatti le leggi naturali non sono norme; e le norme possono essere effettive solo nel senso che il comportamento umano si conforma ad esse, cioè che

gli uomini le osservano. Perciò non vi è – almeno per quanto riguarda la mia dottrina giuridica – nulla di più infondato che l'affermazione di Amselek (p. 296) secondo cui il positivismo giuridico, con la sua pretesa dell'efficacia dell'ordinamento giuridico, coincide con il sociologismo: «que sous cet angle [exigence d'effectivité], le "positivisme" rejoint le sociologisme».

9. Amselek, come già notato, respinge la mia distinzione tra la normadi-diritto che prescrive, posta dall'organo giuridico, e la proposizione-di-diritto che descrive, formulata dalla scienza giuridica. Qui egli incorre nell'errore di portare come mia opinione quella secondo cui le proposizioni-di-diritto sarebbero «proposizioni-di-essere». Egli parla della mia «fameuse distinction entre les "règles de droit" (Rechtssätze, Seinssätze), et les "normes juridiques" (Rechtsnormen, Soll-Sätze)» (p. 77). Dal mio scritto da lui citato, Théorie Pure du Droit (1953), risulta, tuttavia, inequivocabilmente, che le proposizioni giuridiche sono proposizioni di dovere e non di essere; e nella mia Reine Rechtslehre (2. ed., p. 77) dico perché esse abbisognano di essere proposizioni di dovere e rimando, richiamandomi alla Logik di Sigwart, al doppio significato della parola «dovere», cioè il suo significato prescrittivo e quello descrittivo. Amselek, in verità, ammette che la scienza ha il còmpito di descrivere: «La science a peut-être, et même sans doute, pour fonction générale de décrire les phénomènes». Tuttavia, egli obietta al mio concetto di proposizione-di-diritto, formulata dalla scienza giuridica e descrittiva della norma-di-diritto, che «tout règle est par hypothèse règle, donc normative». La sua obiezione origina dal fatto che la parola «Rechts-Satz» è tradotta nello scritto da lui citato, Théorie Pure du Droit (1953), con «règle de droit», mentre nella traduzione francese della seconda edizione della Reine Rechtslehre (1962) essa è tradotta più esattamente con «propositions juridiques». Cfr. p. 76 e specialmente p. 78, dove la frase della seconda edizione della Reine Rechtslehre (p. 59), secondo cui la proposizione giuridica formulata dalla scienza giuridica va distinta dalla norma giuridica posta dall'autorità giuridica, è tradotta: «la proposition de droit formulée par la science du droit -, cette proposition de droit qu'il faut distinguer nettement de la norme juridique posée par l'autorité juridique».

D'altra parte, Amselek respinge anche la distinzione tra funzione conoscitiva e funzione volitiva come fondamento della distinzione tra norma giuridica e proposizione giuridica. Egli dice a p. 78: « Quant à la distinction entre "fonction de connaissance" et "fonction de volonté", elle est inefficace au plan des propositions elles-mêmes ... une proposition n'est pas normative en tant qu'elle manifeste une volonté, mais en tant qu'elle constitue un modèle ». Ho già respinto nella parte precedente questa teoria del mo-

dello. Amselek cita contro di me un passo della Reine Rechtslehre (2. ed., p. 21; traduzione francese p. 28; trad. it. cit., p. 31), in cui del comportamento di un individuo viene detto che esso ha un valore positivo o negativo «non perché si desideri o si voglia tale comportamento o il suo contrario, ma perché esso è conforme o non è conforme ad una norma. Qui non si tiene conto dell'atto di volontà, il cui senso oggettivo è la norma». Dal contesto risulta inequivocabilmente che questo si riferisce al valore obiettivo, «che consiste nella relazione fra un oggetto e il desiderio o il volere di uno o anche di molti uomini», a differenza del valore soggettivo (p. 20; trad. it. cit., p. 31). Ciò è soltanto la conseguenza della distinzione tra l'atto volitivo e il senso dell'atto volitivo. Il valore obiettivo, positivo o negativo, di un comportamento sta nella relazione con la norma come senso dell'atto volitivo, non nella relazione con l'atto volitivo, il cui senso è la norma. Ciò non è in alcun modo una contraddizione con la mia distinzione tra norma-di-diritto e proposizione-di-diritto.

10. Io ho respinto il concetto di imperativo categorico kantiano, cioè di norme che valgono incondizionatamente, nel senso che ogni norma, persino una norma il cui testo letterale abbia un carattere categorico, può venire osservata e applicata solo a certe condizioni: anche le norme che prescrivono un'omissione, come per esempio: «non devi mentire!»; e ho formulato la condizione, alla quale l'omissione di una determinata azione è normativizzata: «l'insieme delle circostanze, in presenza delle quali l'azione è possibile» (cfr. Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 106; traduzione francese p. 140; trad. it. cit., p. 122). Indipendentemente da ciò ho caratterizzato le norme giuridiche generali come norme giuridiche ipotetiche, poiché esse collegano a determinate condizioni, cioè il delitto, una determinata conseguenza, la sanzione; e ho affermato che la proposizione della scienza giuridica, descrittiva della norma giuridica generale, in quanto «legge giuridica», ha il carattere di un giudizio ipotetico (confronta Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 85; traduzione francese p. 112). Ho definito imputazione la connessione di condizione e conseguenza dichiarata in questa proposizione giuridica, la «legge giuridica», per distinguerla dalla causalità dichiarata nella natura. Poiché nella mia Reine Rechtslehre, 2. ed., in contrasto con l'opinione da me precedentemente sostenuta, ho riconosciuto anche le norme della morale come prescrizioni che statuiscono sanzioni, vale a dire l'approvazione del comportamento morale, la disapprovazione di quello immorale, ho posto le proposizioni dell'etica che descrivono norme morali in parallelo con le proposizioni giuridiche, e ho riconosciuto anche in queste proposizioni dell'etica la connessione della condizione con la conseguenza come imputazione (Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 28 s., 94; traduzione francese p. 68 s., 124). Che io indichi come imputazione la connessione delle fattispecie determinate nella norma giuridica, risulta inequivocabilmente dalla esposizione del problema nella Reine Rechtslehre, 2. ed.; tuttavia, già anche dalle considerazioni della mia Allgemeine Staatslehre (1925), p. 49, e dalla prima edizione della Reine Rechtslehre (1934), p. 22 s.

Amselek mi obietta, a p. 260, «une confusion de la condition-contenu de la norme, avec le conditionnement historique de l'objet lui-même auquel elle est appliquée ... ». Ciò non è giusto. Io non confondo affatto il carattere ipotetico della norma generale, che consiste nel fatto che nella norma viene connessa una determinata conseguenza ad una determinata condizione, con il dato di fatto che tutte le norme valgono condizionatamente, nel senso che esse possono sotto circostanze determinate venire osservate, e piú esattamente applicate o violate. Amselek dice a p. 260 s.: «dans le cas d'une norme juridique du type "on doit appliquer telle sanction à un individu quand cet individu a tué", il y a bien imputation d'une sanction à un acte illicite-condition et pourtant, il est clair, d'après Kelsen lui-même, qu'une telle norme serait plutôt "catégorique" puisqu'elle prévoit qu'une sanction interviendra dans tous les cas de meurtres, sans qu'il y ait à distinguer certaines conditions déterminées de meurtre dans lesquelles seules cette norme pourrait s'appliquer». Ciò non è giusto. La norma in questione non è - secondo la mia visione - categorica, ma ipotetica, poiché la sanzione, che essa prescrive, è connessa alla condizione che si sia verificato un omicidio, il quale è la condizione statuita nella norma. Nella norma giuridica è condizionato non l'omicidio, ma la sanzione. L'omicidio è la condizione. Ma, anche se l'omicidio venisse vietato, senza che fosse fatto dell'omicidio la condizione di una sanzione, l'omicidio sarebbe vietato solo alla condizione alla quale un omicidio in generale può verificarsi. Un uomo che vive da solo su un'isola deserta non può commettere un omicidio. Un comportamento che non può verificarsi non può essere vietato in modo sensato. La norma di non uccidere un altro uomo vale solo presupponendo, che un uomo viva insieme ad altri uomini. Ciò che Amselek ignora è che vi sono due diversi modi di condizionamento che entrano in causa.

Vi è però un aspetto sotto il quale bisogna che io riconosca la critica di Amselek – fino ad un certo grado – come legittima. Egli dice a p. 260: «En vérité, ce schéma de l'imputation d'une consequence à une condition ne correspond absolument pas à l'idée, dont on prétend la déduire, selon laquelle une norme n'est observable que dans certaines conditions». Nel mio scritto *Théorie Pure du Droit* (1953) si trovano a p. 33 le seguenti frasi: «Nous pouvons donc affirmer que toute norme sociale, qu'elle prescrive

une action ou une omission, est applicable seulement dans des conditions déterminées. Elle établit toujours une relation entre une condition et une conséquence et elle prescrit que la conséquence doit suivre la condition. Tel est l'énoncé du principe d'imputation, qui est dans le domaine social le pendant du principe de causalité applicable au domaine de la nature». Questo passo può di fatto venire inteso nel senso che il condizionamento della sanzione nella norma giuridica generale viene confuso con il dato di fatto che ogni norma che prescrive un comportamento determinato vale soltanto alla condizione non contenuta nel testo della norma, che siano date le circostanze, alle quali questa prescrizione può venire osservata oppure violata. Ma dallo stesso scritto risulta inequivocabilmente che si tratta di una formulazione scorretta, da me purtroppo ignorata, poiché altre proposizioni di questo scritto fanno chiaramente vedere che io intendo per «imputazione» («imputation») esclusivamente e soltanto il rapporto tra condizione e conseguenza, tra delitto e sanzione nella proposizione giuridica descrittiva della norma giuridica generale ed il rapporto tra condizione e conseguenza nella proposizione dell'etica descrittiva della norma morale generale. Cosí a p. 21: «On peut le formuler ainsi: "si un individu agit bien, il doit être récompensé, et s'il agit mal, il doit être puni". Entre la condition et la conséquence, entre l'action bonne ou mauvaise et le récompense ou la punition, il n'y a pas une relation de cause à l'effet, mais une imputation, la récompense ou la punition étant imputée à l'action qu'elle doit "rétribuer" ». E nella prima edizione della Reine Rechtslehre, che è ora alla base della traduzione francese, a p. 22 (trad. it. a cura di Renato Treves: Lineamenti di dottrina pura del diritto, Torino, Einaudi, 1952, p. 63) è detto: «Il rapporto tra la pena e il delitto, tra l'esecuzione e l'illecito civile non ha un significato causale, ma bensì un significato normativo. L'espressione di questo rapporto designato come "imputazione" ... ». E a p. 23 (trad. it. cit., p. 64) si dice dell'imputazione che con essa si deve ora «esprimere il modo specifico con cui il diritto positivo collega certi fatti in rapporto reciproco». Se Amselek si fosse preso la briga di leggere sull'argomento anche nella seconda edizione della mia Reine Rechtslehre (ampliata e rivista) ciò che dico del concetto di imputazione, avrebbe trovato tra molte altre frasi esprimenti gli stessi pensieri anche quella in cui viene designata con «imputazione» una connessione, che viene rappresentata in «una legge morale o giuridica» e «viene sancita da una norma prodotta da uomini» (p. 94; trad. it. cit., p. 109). Nella traduzione francese (1962), p. 124, «imputation» viene caratterizzata come «relation entre condition et conséquence qui est exposée dans une loi morale ou dans une loi juridique est établie par une norme posée par l'homme». Del resto Amselek stesso dice a p. 261 che io, quando

parlo di imputazione (imputation), penso alla connessione sancita nella norma delle fattispecie come condizione e conseguenza.

La Reine Rechtslehre respinge decisamente l'idea secondo cui l'imputazione di un comportamento determinato è condizionata dalla cosiddetta libertà della volontà come vincolo-non-causale del volere umano. Essa mostra che ciò che nella giurisprudenza tradizionale viene designato come «libertà della volontà» non è altro che il punto finale dell'imputazione costituita da una norma, e quindi non ha nulla a che fare con l'atto psichico del volere e con la non sussistente sua «libertà». Amselek fraintende perciò la Reine Rechtslehre, quando a p. 88 dice contro di me: «il apparaît contraire au bon sens de soutenir ... comme le fait par exemple Kelsen (Théorie Pure du Droit, p. 28) que le fait pour un individu d'être objet des normes juridiques entraine comme conséquence sa liberté». Amselek ignora che io presento come la «libertà», di cui si parla nei rapporti giuridici, niente altro che un punto finale dell'imputazione; e che non può venire imputato all'uomo un determinato comportamento antigiuridico per il fatto che egli è «libero», cioè non determinato causalmente, ma che egli è «libero» poiché egli viene imputato, cioè perché è il punto finale di una imputazione (cfr. la mia Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 97 e 102).

Amselek respinge a dire il vero la mia distinzione tra causalità ed imputazione. Il suo rifiuto si basa su un malinteso notevole. Egli assume che, secondo la mia dottrina, i due principî siano applicabili alla realtà in ugual maniera. A p. 398 Amselek espone la mia dottrina nel modo seguente: «La "société", qui fait l'objet des sciences sociales normatives, c'est "un ordre réglant la conduite des hommes" (p. 18, Théorie Pure du Droit, 1953) et organisé par le principe d'imputation; mais, bien sûr, la même réalité sociale peut faire l'objet d'une étude causale - psychologique, ethnologique, historique, sociologique». Cosí obietta Amselek a p. 25 dell'opera citata. In nessun modo si tratta della stessa realtà sociale cui sono applicabili sia il principio di causalità sia il principio di imputazione. A p. 25 dico esplicitamente delle scienze sociali, in cui si applica il principio di imputazione: «Elles étudient les comportements humains non pas tels qu'ils se déroulent effectivement dans l'ordre causal de la nature, mais en relation avec des normes prescrivant comment ils doivent se dérouler. Ce sont donc des sciences normatives, parmi lesquelles nous trouvons l'éthique et la science du droit». L'oggetto non è il comportamento effettivo degli uomini, ma le norme, che prescrivono come gli uomini devono comportarsi. A p. 399 Amselek dice del « prétendu dualisme des principes de la connaissance » che « le réel peut ainsi faire l'objet de deux interprétations également possibles». Io sono ben lungi dall'affermare che causalità e imputazione siano applicabili alla «realtà»

allo stesso modo. Io dico a p. 79 (trad. it. cit., p. 94) della Reine Rechtslehre (2. ed.) esplicitamente che il principio di imputazione trova applicazione, come «criterio ordinatore diverso dal principio di causalità», soltanto «nella descrizione di un comportamento normativo che regoli il reciproco comportamento umano». Nella traduzione francese si dice a p. 105: «Dans la description d'un ordre normatif de la conduite réciproque d'êtres humains vient à application cet autre principe d'ordre, différent du principe de causalité, que l'on peut dénommer imputation (Zurechnung)». Partendo dalla sua errata assunzione Amselek conclude: «les primitifs n'avaient pas moins raison (ou plus exactement n'auraient pas eu moins raison) d'interpréter la nature suivant un principe animiste, que l'historien ou le psychologue lorsqu'ils interprètent la "société" suivant un schéma causal!» (p. 399). Se Amselek avesse letto ciò che io dico nel capitolo «Il principio di imputazione nel pensiero dei primitivi» (Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 86; traduzione francese p. 114; trad. it. cit., p. 101), avrebbe trovato la risposta al perché il principio della interpretazione della natura del primitivo non è altrettanto legittimo del principio della causalità che uno storico o uno psicologo applicano nell'interpretazione della società. Lí si dice: «L'uomo primitivo interpreta i fatti, percepiti mediante i sensi, in base agli stessi principî che regolano i suoi rapporti con gli altri uomini, e precisamente in base a norme sociali». Ciò significa che egli interpreta la natura come un ordinamento normativo, il che è, dal punto di vista della scienza naturale, una falsa interpretazione. Amselek dice in riferimento ad un passo della mia Théorie Pure du Droit (1953), p. 23: «On ne comprend pas pourquoi "l'interprétation normative est maintenant réservée aux relations sociales des hommes entre eux, tandis que les relations entre les choses font l'objet d'une explication causale"». La risposta, che risulta inequivocabilmente da ciò che io dico del principio di imputazione, è che per «relations sociales des hommes entre eux» sono da intendersi i rapporti umani costituiti mediante un'ordinamento normativo, diritto o morale.

Amselek afferma a p. 398 che la mia distinzione tra causalità ed imputazione «ne repose sur aucune base empirique, sur aucun fondement scientifique sérieux». La mia distinzione si fonda su un dato di fatto innegabile che la connessione della condizione con la conseguenza in una proposizione giuridica, cioè in una proposizione descrittiva del diritto come: «Quando un uomo ha rubato deve essere messo in prigione» (che io paragono in quanto legge-di-diritto con la legge-di-natura), non ha un carattere causale come nella proposizione rappresentativa della legge naturale: «Quando un corpo metallico viene scaldato si dilata», ma un carattere diverso da quello causale. Di questa distinzione che stabilisce un dato di fatto innegabile non

si può dire che non abbia un fondamento scientifico serio. Essa è «absurde», afferma Amselek a p. 398 s., poiché, quando io riconosco le norme giuridiche come oggetto della scienza-del-diritto, bisogna che riconosca anche una scienza causale delle norme giuridiche: «dans la logique de son système, devrait le conduire à distinguer une science normative des normes juridiques et une science causale des normes juridiques». Una scienza «causale» delle norme giuridiche è, tuttavia, impossibile, perché le norme giuridiche non sono dati di fatto naturali assoggettati alla legge causale, ma il senso dei dati di fatto, cioè degli atti di volontà. Soltanto questi atti, non il senso di questi atti, che è il diritto, possono avere cause ed effetti. La scienza giuridica fenomenologica di Amselek ha, in verità, ad oggetto questi atti e non, quindi, propriamente il diritto.

L'equivoco radicale che è alla base della critica di Amselek del principio dell'imputazione appare nel modo più chiaro in ciò che egli ha da dire di questo principio a p. 400: «Que ce fameux "principe d'imputation" qui caractériserait la science du droit est, en réalité, le principe de la démarche de la casuistique juridique, laquelle, en présence d'un cas, formule la solution impliquée par la réglementation juridique, se livre à une opération jurisdictionelle, "dit le droit" applicable à tel cas: le principe d'imputation correspond, en d'autres termes, à la subsumption des objets aux normes juridiques». Casuistica è la giurisdizione nei casi singoli, che consiste essenzialmente nella sussunzione di un dato di fatto concreto sotto una norma giuridica. È una funzione dell'organo che applica il diritto, in particolare dei tribunali. Ciò che io designo come «imputazione» ha ben poco a che fare con ciò. Qui non è in questione la funzione dell'organo che applica il diritto, ma una funzione della scienza giuridica: le proposizioni-di-diritto formulate dalla scienza giuridica descrittiva delle norme giuridiche generali. Come «imputazione» io designo - come già sottolineato - il rapporto tra condizione e conseguenza in queste proposizioni-di-diritto, che, poiché descrivono norme giuridiche generali, hanno un carattere generale. Ciò è sottolineato esplicitamente nella mia Reine Rechtslehre (2. ed., p. 85; nella traduzione francese p. 112; trad. it. cit., p. 99), dove si dice «Bisogna però notare che la proposizione giuridica che si presenta come legge giuridica ha carattere generale, come la legge naturale, il che significa che descrive le norme generali dell'ordinamento giuridico ed i rapporti fondati su di esso». («Il faut ici observer que la proposition juridique [questa è la traduzione della parola «Rechtssatz»] qui se présente comme une loi juridique a - de même que la loi naturelle - un caractère général; en d'autres termes, qu'elle décrit les normes générales de l'ordre juridique, et les relations créées par elle»). Esempio di una proposizione giuridica è la proposizione generale descrittiva della norma giuridica generale che si riferisce al furto in un manuale di diritto penale: «Se qualcuno ha compiuto un furto deve venire messo in carcere». Non può quindi essere questione di una «casuistica» e di conseguenza di una sussunzione di una fattispecie concreta sotto una norma giuridica. Questa sussunzione è la funzione del giudice, il quale applica nel caso concreto la norma generale di diritto penale che concerne il furto. Per «imputazione» io designo il rapporto che nella proposizione formulata dalla scienza giuridica sussiste tra la condizione: «Se qualcuno ha compiuto un furto» e la conseguenza: «deve venire messo in carcere». È la norma giuridica generale descritta nella norma giuridica che il giudice applica in un caso concreto, in quanto egli qualifica una fattispecie concreta come «furto» e lo sussume sotto la norma generale di diritto penale. Se vi può essere questione di una «confusion de la science du droit et la casuistique juridique» – che Amselek mi obietta a p. 401 – è questa interpretazione di Amselek alla quale si addice la «confusion».

11. Amselek arriva ad affermare che la funzione essenziale della norma giuridica è quella di valutare, di essere uno strumento della attribuzione di valore. Egli dice a p. 67: «la norme ou la règle répond toujours à la même finalité: elle sert à mesurer, à évaluer, à juger». E a p. 231 egli osserva: «Toutes les règles, quelles qu'elles soient, ont la même nature ... sont des instruments d'évaluation, et, bien sûr, des instruments d'évaluation au service de l'homme au même titre que tous ses autres outils». In riferimento alla funzione della norma, di prescrivere un determinato comportamento umano, di dare una determinata direzione al comportamento umano, egli dice: «Ce rôle de "direction de la conduite", le rôle d'"exemplarité" que la norme peut être ainsi appelée à jouer à l'endroit de celui qui s'en sert, n'affecte en rien, il faut bien en prendre conscience, la nature d'instrument d'évaluation de la règle: au contraire, c'est bien en tant qu'instrument de jugement que la règle joue ce rôle de direction de la conduite humaine ... ». In questo modo di esporre si rovescia addirittura il rapporto tra la prescrizione di un determinato comportamento da parte della norma e la valutazione di un comportamento nella sua relazione - positiva o negativa - con la norma che lo prescrive. La funzione della valutazione si realizza in un giudizio, il cosiddetto giudizio di valore. La norma giuridica non ha però il carattere di un giudizio logico, ma di una prescrizione, autorizzazione, permesso, che proviene dall'autorità giuridica: il legislatore, giudice, organo amministrativo del governo, ed è il senso di un atto di volontà. Il giudizio di valore, che stabilisce il rapporto positivo o negativo di un comportamento con una norma che stabilisce questo comportamento come dovuto, è il senso di un

atto di pensiero; e questo giudizio di valore presuppone la validità della norma che si riferisce a questo comportamento. Deriva dal soggetto assoggettato dell'ordinamento giuridico; e anche quando deriva da un organo giuridico - per esempio un giudice -, presuppone la validità dell'ordinamento. Infatti il comportamento viene valutato come conforme al diritto, poiché corrisponde alla norma giuridica, e viene valutato come antigiuridico, poiché non corrisponde alla norma giuridica. Solo una norma che prescrive un determinato comportamento può venire «osservata» oppure non venire osservata e quindi «violata». Solo ad una norma ci si può conformare oppure no. Ma un giudizio, anche un giudizio di valore, non può venire osservato oppure violato, poiché come giudizio è un'enunciato su qualcosa e non una prescrizione. Il giudizio: «È bene amare il proprio prossimo» non comanda di amare il proprio prossimo. Esso presuppone questo comando. Solo questo comando può venire osservato o violato, non il giudizio. Del resto Amselek dice in proposito (p. 133): «la norme juridique [«tu ne dois pas tuer»] ... évaluait l'acte de tuer, l'acte meurtrier»; ma egli prosegue: «mon jugement condamnant l'acte de X s'est opéré sur cette base». La «condanna» dell'omicidio è la valutazione di questo comportamento: e questa consiste nella constatazione che questo comportamento non corrisponde alla norma. Essa non si verifica - secondo questa rappresentazione - per mezzo dell'organo giuridico, da cui deriva la norma «Non devi uccidere!», ma per mezzo del soggetto giuridico. Il fondamento di questo giudizio di valore è il comando, la norma proibitiva dell'organo giuridico; questa norma non è un giudizio di valore.

Con la visione che la funzione primaria della norma giuridica è un giudizio di valore non si concilia affatto l'affermazione di Amselek, per il quale «dire que le droit "dirige" les conduites est une tautologie ... toute règle est une "directive" par définition» (p. 242); e che «lorsque, voulant définir le droit, décrire la spécificité du juridique, on dit "le droit est obligatoire", "on doit obéir au droit", etc., on énonce là des propositions tautologiques, puisque le droit se définit ... comme une norme ... lorsque l'on pose que "l'on doit obéir au droit", cette "obligation" n'est pas, en réalité, quelque chose d'extérieur au droit ... elle est un élément constitutif du droit, un élément de sa vocation instrumentale ... » (p. 303 s.). Se la norma giuridica secondo la sua definizione è una prescrizione, se «prescrivere» è il carattere speciale, la specifica peculiarità della norma giuridica, allora non si può affermare che la norma giuridica ha la funzione del prescrivere solo nella sua qualità di giudizio di valore - quindi solo indirettamente; e se questa peculiarità del diritto consiste nel fatto che si deve obbedire al diritto, allora la norma giuridica non può essere un giudizio di valore, poiché non si può

«obbedire» ad un giudizio, e neppure ad un giudizio di valore. Un «jugement obligatoire» (p. 275) non esiste.

Insostenibile è anche l'affermazione che l'obbligatorietà della norma giuridica è una funzione della logica: «l'"obligatoriété" est, en vérité, une forme logique ... il est dans la logique ... de constituer un modèle auquel l'objet doit obligatoirement correspondre» (p. 275 s.). Solo i principî della logica, non le norme del diritto o della morale, sono – conformemente alla logica – obbligatorî. Del resto poco dopo Amselek dice – in contraddizione con quanto appena citato –: «L'obligatoriété, en d'autres termes, fait partie intégrante du contenu même du concept de droit, de norme juridique» (p. 276).

12. Amselek contesta (p. 69) la mia affermazione secondo cui i giudizi di valore si riferiscono alla realtà, che un dato di fatto naturale può venire confrontato con una norma e quindi valutato. Egli obietta a ciò che anche i propositi, le intenzioni dell'uomo, ancora prima che essi siano realizzati, vengono giudicati moralmente: «que l'homme ne peut se conformer aux normes éthiques qu'en jugeant ses "projets", avant même qu'ils ne soient réalisés dans l'espace et dans le temps » (p. 70). Ciò che in questo caso viene giudicato morale è però l'evento psichico del proporsi, dell'aver intenzione, del volere, tutti eventi che si verificano nella realtà: per dirla con Kant, della volontà buona o cattiva. Infondata è anche l'obiezione di Amselek alla mia tesi che una norma che costituisce un valore non può venire valutata, che è privo di senso valutare un valore. Amselek in verità ammette (p. 81): «évaluer une norme valable apparaît une enterprise absurde». E però aggiunge: «Mais il n'est pas du tout absurde, par contre, d'évaluer une norme, de juger une proposition en tant qu'elle constitue un modèle, un instrument de jugement». Ma ciò che può venire valutato è l'atto che ha luogo nella realtà sensibile, il cui senso è la norma valida. Nel giudizio: «È bene o male che gli adulteri debbano essere puniti», si valuta l'atto il cui senso è la norma: «Gli adulteri devono venire puniti». Se - come afferma Amselek - è in questione una «dicotomia», si tratta di quella tra l'atto e la norma come senso dell'atto. Ma Amselek osserva a p. 208: «L'idée que les propositions normatives [queste sono le proposizioni in cui le norme si esprimono] sont "porteuses" de sens, est à cet égard une image commode parce que suggestive ... mais trompeuse si on la prend à la lettre ... La proposition, prise en tant que telle, ne participe d'aucune dichotomie: la proposition en face de moi n'offre pas deux "réalités", sa "forme" et son "sens" qui se cacherait derrière la forme, de telle sorte que je puisse prétendre négliger la forme au profit du sens. La forme de la proposition est la seule réalité qui apparaisse ...». Questa è un'ovvietà e non il problema di cui si discute come «dicotomia». La scissione di cui si discute per la conoscenza giuridica non sussiste tra la «forma», cioè la «proposition», l'espressione linguistica della norma, e la norma; questa non è una dicotomia. Il problema è la distinzione essenziale tra l'atto di volontà, il cui senso è la norma, e la norma, che è il senso dell'atto e si esprime nella forma linguistica; e che ha come senso dell'atto un'esistenza essenzialmente differente.

13. Poiché Amselek sostiene l'idea secondo cui la funzione fondamentale delle norme giuridiche positive è quella di valutare il comportamento umano, secondo cui le norme giuridiche sono giudizi di valore, deve necessariamente respingere la definizione del diritto come ordinamento costrittivo nel senso di un sistema di norme che statuiscono che a determinate condizioni devono venire posti determinati atti costrittivi. Egli dice a p. 229: «Les normes juridiques, qui sont des instruments de jugement, de mesure, d'évaluation, ne sauraient être décrites comme des instruments de pression: le droit n'est pas une "technique de contrainte": que certaines normes juridiques instituent des procédures de contrainte, n'autorise nullement à dénaturer la réalité normative du droit, des règles juridiques»; e a p. 230: «Le droit ... est une technique d'évaluation et non une technique de contrainte». Il suo argomento contro la definizione del diritto come ordinamento costrittivo da me sostenuta è che cosí il mezzo viene fatto scopo. Egli dice a p. 228 che questa definizione implica l'errore «à faire du moyen en même temps une fin». Questa è una falsa interpretazione che sta in contrasto con ciò che io dico. Lo scopo del diritto è - come certo non può negare nessuno che voglia riconoscere la sua essenza senza pregiudizi -, di produrre un determinato comportamento umano. Il mezzo specifico, mediante cui il diritto tenta di realizzare questo scopo, consiste nel fatto che esso al comportamento contrario pone come dovuto un atto costrittivo quale la cosiddetta sanzione. Non si può assolutamente dire che il mezzo è allo stesso tempo lo scopo. Il diritto si distingue dalla morale per il fatto che questo mezzo è la statuizione di uno specifico atto costrittivo, che anch'essa - in primo luogo - tenta di produrre un determinato comportamento umano, sforzandosi però di realizzare questo scopo senza la statuizione di atti costrittivi. Poiché anche le norme della morale - come le norme del diritto - sono il fondamento di giudizi di valore, non vi è in questo rapporto una distinzione tra diritto e morale; e questo non può perciò essere considerato come criterio del diritto.

Contro la mia definizione del diritto come ordinamento costrittivo Amselek afferma a p. 230 che io ammetto che le norme giuridiche vengono osservate anche per motivi diversi dal desiderio di evitare gli atti costrittivi statuiti dall'ordinamento giuridico. Amselek dice: «Qu'est-ce donc que cette fantômatique "contrainte" par laquelle on veut caractériser le droit, tout en reconnaissant son ineffectivité ou son inefficacité? N'est-ce pas donner du phénomène juridique une vision absurde?». Non ho mai affermato che il diritto è «inefficace», ma soltanto che esso viene osservato anche per motivi diversi dal desiderio di evitare le sanzioni giuridiche. Ma anche se il diritto - cosa che io non ho mai affermato e che non si può affermare - non venisse mai osservato per il desiderio di evitare le sanzioni giuridiche, non si potrebbe negare che il diritto ha lo scopo di produrre un comportamento umano determinato attraverso la statuizione di atti costrittivi. Ciò dà come risultato, come ho sottolineato, un parallelo di tutti gli ordinamenti sociali che vengono designati come «diritto». Dal dato di fatto - insussistente che il diritto è osservato non per il desiderio di evitare le sanzioni, dovrebbe seguire soltanto che non è necessario porre un ordinamento costrittivo come è il diritto; che è ciò che effettivamente affermano i teorici dell'anarchia, i quali rifiutano il diritto proprio perché esso è un ordinamento costrittivo.

Che non tutte le norme di un ordinamento giuridico statuiscono atti costrittivi come dovuti – su cui Amselek a p. 322 richiama l'attenzione –, ma che l'ordinamento giuridico invece può nondimeno essere caratterizzato come ordinamento costrittivo, è una tesi da me fondata dettagliatamente nella Reine Rechtslehre (2. ed., pp. 52-59).

Totalmente insostenibile è l'affermazione di Amselek (p. 297) secondo cui «la vision du "droit contrainte" n'est, pour une large part, que le reflet, dans la théorie du droit, de la vision des lois-contrainte de la nature en matière scientifique». Qui Amselek confonde la necessità, che le leggi naturali enunciano nel rapporto tra causa ed effetto, con il carattere costrittivo del diritto, che consiste nel fatto che le norme giuridiche connettono a determinate condizioni, come conseguenza, degli atti costrittivi, pena o esecuzione civile. L'una non ha minimamente a che fare con l'altra. Non si può parlare, per quanto riguarda le leggi naturali, di carattere costrittivo nello stesso senso in cui se ne parla per le norme giuridiche. Se la Reine Rechtslehre confronta le proposizioni giuridiche formulate dalla scienza giuridica, che sono descrittive delle norme giuridiche generali, con le leggi naturali formulate dalla scienza naturale, ciò non è perché entrambe hanno carattere di «costrizione», ma perché sono entrambe giudizi ipotetici; dove la Reine Rechtslehre sottolinea con la più grande energia la differenza essenziale che esiste nei due casi nel rapporto tra condizione e conseguenza.

A p. 64 s. della mia Théorie Pure du Droit (1953) osservo che l'ordina-

definizione di questo concetto come condizione della sanzione. Questa, ritiene Amselek, fa parte «de certaines idées assez singulières». Egli cita a p. 120 la mia Théorie Pure du Droit (1953), p. 76: «Pour la théorie traditionelle, le fait illicite est une violation ou une négation du droit, un fait contraire au droit qui se trouve donc en dehors du droit». Io rifiuto questa visione della giurisprudenza tradizionale, poiché la scienza giuridica può avere ad oggetto solo il diritto - non ciò che sta fuori del diritto -, e perciò l'illecito, in quanto è oggetto della conoscenza giuridica, bisogna che venga inteso solo come contenuto delle norme giuridiche e quindi come una determinata condizione in una norma giuridica della conseguenza dell'illecito (sanzione) statuita in questa norma giuridica. La Reine Rechtslehre formula perciò così la norma giuridica: se qualcuno pone in essere un determinato comportamento, deve essere rivolta contro di lui ( o contro uno che sta con lui in un determinato rapporto) una sanzione. La norma giuridica che vieta di uccidere suona: «Se qualcuno uccide, deve essere punito con la morte». Amselek afferma (p. 120, nota 86): «Cette étrange schéma de l'illicite situé en dehors du domaine du droit méconnait ce fait que l'illicite n'est rien d'autre que la non-conformité d'une conduite à la norme juridique qui lui est appliqué». Ma proprio come «non-conformité à la norme juridique» l'illecito sta al di fuori del diritto. Amselek stesso sottolinea a p. 63: «la science juridique a pour objet "le droit", et le droit, c'est un ensemble de normes, les "normes juridiques"»; e «les normes juridiques, ce sont toujours des "praescriptiones"», cioè prescrizioni. Anche norme proibitive sono prescrizioni. Ciò che prescrivono è un'omissione: nell'esempio dato: l'omissione dell'omicidio. Ma l'essenza del diritto sta nel prescrivere un determinato comportamento proprio connettendo al comportamento contrario una sanzione. Se ad un determinato comportamento non viene connessa una sanzione, se nell'ordinamento esso non viene fatto condizione di una sanzione, non può essere qualificato come «anti»-giuridico, come «non»-lecito, come «violazione» giuridica, come «il»-licite. Qui è da notare che queste espressioni sono ingannevoli. Le fattispecie indicate non stanno contro il diritto, ma nel diritto, esse non «violano», non pregiudicano il diritto; infatti è proprio ad esse che il diritto si riferisce, è proprio ad esse che il diritto - inviolato, nient'affatto infranto - viene applicato. Tutte queste espressioni implicano l'idea che con la fattispecie cosí qualificata si nega il diritto. Ciò vale anche per la formula di Amselek della «non-conformité». L'uccidere vietato dal diritto non nega però il diritto; tutto il contrario: esso porta ad applicazione il diritto. Se con tutte queste formule si vuol dire che le fattispecie indicate rappresentano il contrario di ciò che il diritto tenta di produrre, si ignora l'essenziale - e ciò è proprio quanto una fenomenologia, una scienza dell'essenza del diritto, non dovrebbe ignorare, vale a dire che il diritto tenta di produrre un determinato comportamento proprio attraverso il fatto che esso, nel contenuto delle norme giuridiche, si riferisce al comportamento contrario, che questo comportamento contrario viene determinato dalle norme giuridiche e, in verità, viene determinato come condizione di una sanzione. Se «uccidere» è «non conforme» al diritto, cioè non concorda con il diritto, anche il diritto è «non conforme» all'uccidere, anche il diritto non concorda con l'uccidere. Ciò non si può però dire di un diritto che fa dell'uccidere la condizione di una pena prescritta dal diritto, la quale viene ad applicazione nel caso dell'uccidere.

Se si formula la norma giuridica, che vieta di uccidere, – come Amselek a p. 131 – «tu ne dois pas tuer», l'illecito dell'uccidere è un omettere, prescritto come dovuto in una norma giuridica, l'omettere un comportamento determinato in questa norma giuridica, quindi non qualcosa che è «non conforme» al diritto o cui il diritto è «non conforme»; ciò che viene negato non è il diritto, il diritto mediante l'uccidere, ma l'uccidere mediante il diritto; e il diritto «nega» l'uccidere proprio perché vieta l'uccidere facendo di questa fattispecie la condizione di una pena.

Io affermo che la scienza giuridica descrive in modo adeguato il diritto che riguarda l'uccidere nella proposizione giuridica: «Se un uomo uccide un altro uomo deve essere punito», poiché anche se fosse emanata dal legislatore una norma che vieta l'omicidio nella proposizione: «Gli uomini non devono uccidere gli uomini», questa sarebbe una norma non indipendente, cioè starebbe in un connessione essenziale con la norma che connette all'omicidio una pena, e sarebbe perfino tecnicamente superflua. Infatti se la norma: «Gli uomini non devono uccidere gli uomini» fosse soppressa, nulla cambierebbe nella situazione giuridica. Il diritto vieta di uccidere proprio perché ricollega all'uccisione una pena come dovuta. Il rifiuto di Amselek della mia assunzione di norme «non indipendenti» e tecnicamente «superflue» (p. 253) è perciò infondato. Del resto, norme formulate, come: «gli uomini non devono uccidere, rubare, devono pagare i loro debiti» e cosí via, il più delle volte non compaiono affatto nel testo delle leggi giuridiche. L'affermazione di Amselek (p. 253) «que la prétendue "règle de droit" s'identifie purement et simplement à une certaine catégorie de normes juridiques» ignora il carattere specifico di quella tecnica sociale che è il diritto.

Amselek cita favorevolmente a p. 253, nella nota 65, un'affermazione di Capitant (Introduction à l'étude de l'illicite: L'Impératif juridique, Paris, 1928, p. 93): «la théorie de M. Kelsen aboutit à dire que seuls les agents publics peuvent commettre des actes illicites puisque seuls ils sont sujets de rè-

gles du droit». Ma questa affermazione è completamente errata perché secondo la mia teoria l'illecito, l'«acte illicite», è il comportamento di un uomo che è la condizione di una sanzione che va eseguita da un uomo del tutto diverso, l'organo della comunità giuridica, l'«agent public». L'uomo, contro cui si rivolge questa sanzione, non è il soggetto, ma l'oggetto della norma giuridica.

15. Produrre un determinato comportamento umano non è soltanto lo scopo del diritto, ma anche di altri ordinamenti sociali: la morale, il costume, la religione. Ciò che caratterizza il diritto nei confronti di questi altri ordinamenti sociali è che il diritto - come già è stato rilevato - tenta di tradurre un determinato comportamento umano ricollegando al comportamento contrario un atto costrittivo come sanzione. In tal modo il diritto si mostra, secondo la sua essenza, come una specifica tecnica sociale. Proprio ciò è quanto Amselek rigetta della tradizionale scienza giuridica positivistica in generale e della Reine Rechtslehre in particolare: il concetto di diritto come tecnica. Nonostante Amselek a p. 376s. riconosca come un «progresso enorme» («immense progrès») che il positivismo giuridico («le positivisme juridique») distingua chiaramente tra una teoria della tecnica e il diritto come tecnica («théorie de la technique, bien distincte des activités techniciennes elles-mêmes» e: «en dissociant deux activités qu'on avait toujours en plus ou moins tendance à confondre: l'activité technicienne et l'activité technologique») e rinvii alla mia Théorie Pure du Droit (1953) dove distinguo tra le norme giuridiche e le proposizioni giuridiche descrittive di esse, formulate dalla scienza giuridica -, dice però a p. 411: «Jusqu'à ces dernières années, la théorie juridique ... était axée uniquement sur des problèmes de technologie juridique: elle pensait, elle approchait, le droit en qualité d'Homo Faber [questa è l'autorità produttrice e applicativa di diritto]... il s'agissait essentiellement de "comprendre" la technique juridique en vigueur, c'est-à-dire d'apercevoir l'usage exact auquel les legislateurs avaient destiné les instruments fabriqués ... ». Con questi «instruments» Amselek intende le norme giuridiche. La considerazione rivolta al diritto come tecnica non è scienza giuridica. «La science du droit ... n'a jamais correspondu à une discipline effective». Il suo còmpito è quello di «connaître le droit pour le droit, c'est-à-dire en tant que phénomène et independamment de toute considération de Technique ... » (p. 412).

Se, al pari di Husserl, il modello di Amselek interpreta la fenomenologia come una scienza-dell'essenza, bisogna che il problema fondamentale di una fenomenologia del diritto sia la questione dell'essenza del diritto. E la risposta a questa questione può essere soltanto che il diritto è una specifica tec-

nica sociale. Ma in totale contraddizione con quanto sopra citato Amselek, nelle parti precedenti della sua opera, interpreta il diritto come tecnica e spiega che esso è in quanto tecnica oggetto della scienza. Egli dice a p. 63: «Ce qu'on appelle "le Droit" se présente ... sous la forme d'instruments ...»: le norme giuridiche sono «propositions qui sont utilisées comme instruments de mesure...»; e a p. 268 dice in un capitolo intitolato «Essai de "Description Phénoménologique" du Juridique»: «Si l'on considère que le droit, ce sont des normes, des instruments de jugement, il est manifeste qu'une réflexion sur la "juridicité" se réduira, en définitive, à une réflexion sur la signification phénoménale de ces instruments, de ces normes, c'est-àdire une réflexion sur la signification qui est donnée aux instruments, aux outils de jugement que sont les normes juridiques, par ceux qui les créent et qui s'en servent». Questo significa tuttavia che egli intende il diritto come tecnica. A p. 357 dice: «la norme juridique se définissant comme un instrument syntactique de jugement ayant vocation technique...»; e a p. 285: «le phénomène juridique... est une certaine technique de production et d'utilisation de certains instruments qualifiés de juridiques et ayant une certaine vocation spécifique»; e a p. 281: «La description phénoménologique des normes juridiques comme des instruments objectifs de jugement ayant vocation technique à constituer des modèles obligatoires ... ».

Nel titolo II, intitolato: «Phénoménologie de la Théorie du Droit» (p. 359 ss.), Amselek tenta di distinguere due atteggiamenti essenzialmente diversi dei giuristi verso l'oggetto «diritto». L'atteggiamento della scienza («une attitude de Science du Droit proprement dite»), cioè l'atteggiamento di colui che vuole conoscere il diritto, dell'«Homo Sapiens», come Amselek si esprime; e l'atteggiamento di colui che si serve del diritto come tecnica sociale, dell'«Homo Faber», «d'un artisan ... en relation avec des outils qu'il crée, qu'il façonne» (p. 364); questo è l'atteggiamento di colui che crea ed applica il diritto. Amselek parla, in riferimento a questo secondo atteggiamento, di «expérience juridique artisanale» in contrapposizione alla «expérience juridique scientifique» (p. 364s.). Egli premette a questa distinzione l'osservazione: «Nous avons vu jusqu'à présent que le droit consistait en normes, en propositions normatives. Nous avons, notamment, insisté sur le sens instrumental de ces objets ... » (p. 364). Se il diritto viene creato come uno «strumento» e quindi, secondo la sua essenza, è una tecnica sociale, una scienza che vuole riconoscere l'essenza del diritto e il cui oggetto - come Amselek sottolinea a p. 63 - sono le norme giuridiche, e ciò significa strumenti, utensili (outils), può intendere questo diritto solo come tecnica sociale. Amselek dice (p. 364s.): «que l'expérience juridique artisanale, sous toutes ses formes, non seulement ne se confond pas avec l'expérience juridique scientifique, mais même constitue, en définitive, le matériau, le domaine d'investigation, en bref l'objet même de la Science du Droit, la matière de sa réflexion: une réflexion scientifique sur un instrument, sur une technique». In quanto «réflexion scientifique sur une technique» la scienza giuridica è la teoria di una specifica tecnica sociale. Amselek riconosce che una teoria consimile esiste. Egli distingue (p. 367 s.) «des activités techniciennes» e «des activités technologiques». Le «activités techniciennes» sono: «la fabrication des instruments juridiques, - œuvre de juristes législateurs, ou mieux "jurislateurs" [nel senso di «créateur de normes juridiques»], et d'autre part, l'utilisation de la technique juridique créée, des normes juridiques élaborées, - œuvre de juristes praticiens, et notamment de juristes "jurisdiseurs". Nous parlerons dans le premier cas de "politique juridique", et "d'art juridique" ou de "pratique juridique" dans le second». Il che significa che le «activités techniciennes» sono le funzioni degli organi creatori di diritto e applicativi di diritto. Le «activités technologiques», dice Amselek a p. 369, «consistent en une "théorie de la technique", c'est-àdire, plus précisément en un effort pour rationaliser la politique juridique ou l'art juridique». Amselek afferma però (p. 388 ss.), che i rappresentanti del giuspositivismo, e perciò anch'io, confondono «l'activité technologique de rationalisation, de "mise en ordre", avec l'activité scientifique de "mise en ordre"»; egli cita il seguente passo della mia Reine Rechtslehre (2. ed., p. 74 s.; traduzione francese 1962 p. 98 s.; trad. it. cit., p. 89): «Come il caos delle percezioni sensoriali diviene cosmo (cioè natura intesa come sistema unitario) grazie alla conoscenza scientifica che vi introduce l'ordine, cosí la massa delle norme giuridiche generali e individuali, statuite dagli organi giuridici, cioè il materiale offerto alla conoscenza giuridica, diviene un sistema unitario e coerente, cioè un ordinamento giuridico, grazie all'attività conoscitiva della scienza giuridica». Questo passo non è comprensibile senza le proposizioni che lo precedono, che Amselek non cita, in cui io dico «che, nel senso proprio della gnoseologia kantiana, la scienza del diritto, intesa come conoscenza del diritto, come tutte le conoscenze ha carattere costitutivo e quindi "produce" il proprio oggetto nella misura in cui lo concepisce come un tutto intellegibile». La funzione della scienza giuridica, che è qui in questione, ha, come sottolineo esplicitamente più avanti, «un carattere puramente teoretico-conoscitivo». Io presuppongo che la conoscenza delle norme giuridiche è una scienza normativa, la scienza giuridica. È chiaro che io non «confondo» la funzione della scienza giuridica con la funzione della scienza naturale rivolta alla realtà naturale, ma confronto l'una con l'altra e stabilisco una certa analogia. Parto perciò dall'idea generalmente riconosciuta che l'ordinamento non è dato nell'oggetto della conoscenza, ma, creato soltanto dalla conoscenza, è una funzione della conoscenza (cfr. Rudolf Eisler, Wörterbuch der philosophischen Begriffe, voce «Ordnung»), un'idea, che Kant ha espresso nella famosa proposizione: «Scienza» è «ogni dottrina, se essa deve essere un tutto della conoscenza ordinato secondo principî» (Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, Vorrede). Amselek afferma che io non dimostro alcuna analogia, ma abuso di una «ambiguità del linguaggio» (équivoque du language). Egli afferma che la «mise en ordre», che è la funzione della scienza naturale, ha un significato diverso rispetto alla «mise en ordre scientifique» «concernant le phénomène juridique» (p. 389). Egli intende per «scientifique», poiché considera soltanto la sua sociologia giuridica come «scienza», proprio questa scientificità sociologica, che tuttavia non viene presa in considerazione nel passo da lui citato della mia Reine Rechtslehre. Poiché non considera come scienza ciò che io indico come «scienza giuridica», egli rifiuta la mia funzione della scienza giuridica asserita nel passo da lui citato. Di ciò che io indico in questo passo come scienza giuridica egli dice che la sua funzione indicata come «mise en ordre» è solo una «rationalisation opérée par la dogmatique sur la technique juridique constituée» (p. 389s.). Ma ogni scienza è, come dice A. Drew, «razionalizzazione della datità», e Amselek stesso dice (p. 369): «Des activités technologiques ... consistent en une "théorie de la technique", c'est-à-dire, plus précisement, en un effort pour rationaliser la politique juridique» e parla di una «activité théorique de rationalisation de ces techniques». Se la conoscenza rivolta soltanto alle norme giuridiche è una «razionalizzazione» di ciò che le è dato, cioè delle norme giuridiche nella loro relazione reciproca, si dimostra proprio attraverso ciò «scienza». L'affermazione di Amselek (p. 390): «Cette "mise en ordre" scientifique n'a rien de commun, en déhors de l'analogie purement verbale, avec la "mise en ordre" technologique qui consiste à envisager les normes juridiques dans leur perspective instrumentale ... », sta quindi in contrasto con un'ammissione che la dogmatica giuridica esegue una razionalizzazione del materiale dato ad essa.

Ciò che oggi io stesso devo criticare nel passo citato da Amselek è l'affermazione che attraverso la scienza giuridica il materiale ad essa dato diventa un sistema «privo di contraddizione». Infatti ciò può essere inteso nel fatto che la scienza giuridica può risolvere i conflitti entro il materiale ad essa dato, entro le norme giuridiche. Su ciò ritornerò ancora più avanti.

Poiché Amselek non nega la legittimità di una «teoria» del diritto come tecnica sociale, ma non vuole ammettere questa teoria come «scienza», si potrebbe essere propensi a prendere come non molto importante la sua polemica contro la scienza giuridica tradizionale in generale e la Reine

Rechtslehre in particolare, poiché concernente soltanto una questione terminologica. Ma ciò è impossibile tenendo conto di ciò che Amselek intende per «scienza»-del-diritto.

Egli afferma in verità che oggetto della scienza giuridica sono le norme giuridiche, dal che dovrebbe conseguire che, poiché le norme giuridiche sono soltanto il senso di atti, non gli atti, questi atti entrano in discussione per la scienza giuridica solo in quanto essi, determinati dalle norme giuridiche, sono contenuto di norme giuridiche. Allora questi atti possono come tali, cioè come esistenti nello spazio e nel tempo, appartenenti alla realtà naturale, fatti determinati causalmente, non essere oggetto di una scienza giuridica. Amselek dice in verità a p. 365: «les outils [questo sono le norme giuridiche] ... ne sont pas des objets naturels»; ma a p. 421s. egli afferma che la scienza naturale, il cui oggetto sono le norme giuridiche, è rivolta alla «realtà». «Le savant va donc observer la réalité, étudier les manifestations des phénomènes juridiques qui s'y déroulent historiquement...». Egli parla di una «réalité historique» come oggetto della scienza giuridica e indica la conoscenza di questa realtà come «connaissance empirique», laddove cita positivamente Lévy-Bruhl, il quale dice del giurista: «Sa tâche consiste à observer les phénomènes juridiques partout où ils se trouvent dans le temps comme dans l'espace». Nel seguito (p. 422s.) Amselek spiega: «La Science du Droit se trouve donc être une science humaine, ayant pour objet un certain fait humain» e ammette: «en face de moi, les phénomènes naturels et les phénomènes humains ont la même réalité objective, la même historicité ... Il n'y a pas un monde de la Nature et un monde des Hommes, comme paraît le suggérer... Kelsen». (L'ultima affermazione non è corretta. Io non distinguo il mondo della natura e il mondo degli uomini, ma natura e società, laddove sottolineo che l'uomo può venire visto tanto come membro della società, cioè come determinato nel suo comportamento da un determinato ordinamento normativo, quanto anche come membro della natura, cioè determinato nel suo comportamento dalle leggi causali della natura).

Amselek tenta di giustificare la tesi che la scienza giuridica, che ha ad oggetto le norme giuridiche, sia rivolta alla «realtà», che sia allo stesso tempo «naturale» e «storica», mediante il fatto che le norme giuridiche possono venire comprese soltanto «à travers l'expérience humaine dont ils tirent, en réalité, leur sens même, à laquelle ils doivent leur existence même d'outils» (p. 365). Ma dopo (p. 421) Amselek sottolinea che le norme giuridiche, dal punto di vista della scienza, non sono affatto degli strumenti: «Dans l'attitude transcendentale de Science les normes juridiques n'apparaissent pas comme des outils pour..., mais comme des phénomènes, dont il faut rendre compte de l'apparition». Ciò che egli intende con questa frase è che oggetto

della scienza giuridica non sono le norme giuridiche, ma gli uomini che creano le norme giuridiche; «une certaine aventure humaine ... que les hommes font des normes juridiques, elle est l'homme lui-même faisant ces normes juridiques. Ce n'est qu'à travers l'homme, à travers l'expérience artisanale humaine, que l'on peut saisir l'être historique de l'outil» (p. 422). La scienza giuridica ha da rispondere alla domanda: «Pourquoi des hommes fabriquent-ils telle réglementation juridique, pourquoi s'en servent-ils ainsi» (p. 421). «Connaître une norme, ce n'est pas simplement avoir à l'esprit la proposition normative [la norma giuridica]... connaître, c'est s'interroger sur ce phénomène qu'est cette proposition de contenu A, sur son existence historique de phénomène juridique, c'est se demander comment ce quelque chose qui paraît, cette apparition, est apparue, quelle en est la "cause", la raison» (p. 366). Ciò si riduce al fatto che oggetto della «scienza»-del-diritto non sono - come originariamente affermato - la norme giuridiche, ma gli atti il cui senso sono le norme giuridiche. La conseguenza di questo spostamento dell'oggetto della scienza giuridica è che questa alla fine viene caratterizzata come psicologia e sociologia. «La Science du Droit est, elle aussi, psychologique et sociologique. - Sociologique, tout d'abord» (p. 427 s.). Ciò significa però che al posto di una scienza del diritto vengono poste una scienza o delle scienze il cui oggetto è qualcosa di completamente diverso dal diritto, e cioè non le norme giuridiche, ma i fenomeni esistenti nello spazio e nel tempo, cioè nella realtà naturale. Che queste scienze siano qualificate come «psicologia del diritto» e «sociologia del diritto» - come la storia del diritto - e possano venire considerate come integrazioni di gran valore di una scienza giuridica nel senso vero e proprio della parola, io non l'ho mai contestato.

Poiché Amselek considera come oggetto della scienza giuridica intesa come psicologia e sociologia non le norme giuridiche, ma gli atti il cui senso sono queste norme, bisogna che egli giunga alla visione paradossale secondo cui funzione della scienza giuridica non è la descrizione delle norme giuridiche. Egli dice (p. 366): «il faut se garder de confondre la "description" des normes juridiques avec l'activité de connaissance proprement dite, comme on le fait souvent». Amselek ha la pretesa di affermare (p. 367): «Quand je décris un objet, je ne suis pas un savant», come se non fosse una funzione essenziale di ogni scienza quella di descrivere il suo oggetto. Vi sono perfino autori che alla scienza non riconoscono alcuna altra funzione che quella di una perfetta descrizione del suo oggetto (p. es. Mach e Ostwald). Se è questo – il che onestamente non si può tuttavia negare – il còmpito della scienza giuridica, di definire il concetto di diritto, allora non si può neppure negare che suo còmpito è descrivere il diritto; infatti una de-

finizione è certo una descrizione. Amselek nega d'altro canto che una definizione del concetto di diritto sia possibile. Egli dice a p. 243 ss., del tentativo «à spécifier la juridicité en considérant l'ensemble des propositions dites "juridiques" pour en extraire des caractères généraux communs qui formeraient leur substance juridique» - e questo è tuttavia il tentativo di determinare il concetto di diritto -, che «toutes les tentatives effectuées en vue de restituer le juridique à partir d'une généralisation de la matière juridique, à partir d'une généralisation du contenu, formel ou matériel, des normes juridiques, s'avèrent-elles inefficaces» (p. 245). Ma Amselek crede tuttavia di non poter concludere la sua opera senza dare nell'ultima parte (450), per cosí dire, una definizione del concetto di diritto, quando dice: «le droit est un ensemble d'instruments objectifs de jugement, en l'occurrence un ensemble de propositions syntactiques, dont la fonction normative spécifique est de constituer des modèles obligatoires»; il che certamente è una definizione assai insufficiente. Amselek ammette che una descrizione del diritto precede la scienza giuridica. Egli dice richiamandosi a Eisenmann: «la "description" du droit "positif" ... "c'est une œuvre de constatation comparable en son essence aux opérations premières dont procèdent les sciences de la nature", mais précisement elle est donc préalable à la Science du Droit proprement dite: elle n'est pas elle-même œuvre de connaissance». Da chi altro se non da sé stessa una scienza - scienza naturale o scienza giuridica può aspettarsi che essa descriva il suo oggetto? Se le descrizioni dell'oggetto sono "opérations premières", operazioni prime, dalle quali derivano le scienze naturali, se, come Amselek ammette del tutto in generale, una descrizione del suo oggetto è il punto di partenza della conoscenza, questa descrizione del suo oggetto è tuttavia un'operazione della scienza stessa. Ed è quel che ammette Amselek, quando egli già precedentemente (p. 366) dice: «L'observation et la description de ce qui est, de la manière d'être, de paraître du réel, ne sont que le point de départ ... de la recherche scientifique». Una scienza particolare bisogna tuttavia certo che dica di quale particolare oggetto essa tratta. Come essa possa farlo senza descrivere questo particolare oggetto, è del tutto incomprensibile. Amselek (p. 367) rimanda al fatto che una descrizione dell'oggetto può essere non solo il punto di partenza di una conoscenza scientifica, ma anche di altre attività: «si une description peut être le point de départ d'une activité de connaissance, elle peut également être le point de départ d'autres activités». Ciò è giusto, ma non è un argomento contro l'assunto che la descrizione del suo oggetto come «punto di partenza di una scienza» è una funzione proprio di questa scienza.

16. Se un determinato comportamento è un illecito, cioè - come si dice - antigiuridico, solo se esso nell'ordinamento giuridico diventa condizione di una sanzione, cioè di un atto costrittivo inteso come reazione a questo comportamento, allora l'organo che applica il diritto, in particolare il tribunale, può applicare l'ordinamento giuridico ad ognuno dei casi che gli stanno davanti, cioè decidere se il comportamento in questione è o meno un illecito. Se l'ordinamento giuridico perciò è sempre applicabile, non possono esistere le cosiddette «lacune» nel diritto nel senso che l'ordinamento giuridico non sarebbe applicabile a certi casi. Come molti autori, anche Amselek (p. 192 ss.) rifiuta la tesi da me sostenuta che non possano darsi - nel senso indicato - lacune nel diritto. Il suo argomento fondamentale è: «de ce qu'une règle de droit ne vient pas interdire telle chose de cette absence de règle prohibitive, on ne saurait tirer l'existence d'une règle permissive». Ma io non affermo che dal fatto che non vige alcuna norma che vieta un determinato comportamento consegue che vige una norma giuridica che permette questo comportamento. Io affermo che, se non vige alcuna norma giuridica che vieta un comportamento facendone condizione di un atto costrittivo quale una sanzione, questo comportamento non è antigiuridico, e che, se questo comportamento è oggetto di un procedimento in cui la sua antigiuridicità viene affermata come antigiuridica da una parte o dal pubblico ministero, l'ordinamento giuridico in questo caso è altrettanto applicabile, il caso può altrettanto venire deciso, come quando il comportamento in una norma giuridica è fatto condizione di un atto costrittivo come sanzione, quindi il comportamento è antigiuridico. Per quanto riguarda il concetto del permettere io distinguo (Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 16) due modi del permettere: una funzione negativa e una positiva del permettere.

La funzione negativa del permettere un determinato comportamento consiste nel fatto che non vige alcuna norma giuridica che vieta questo comportamento, che cioè obbliga un individuo all'omissione di questo comportamento. In questo senso negativo della parola questo comportamento è «permesso». La funzione positiva del permettere consiste nel fatto che vige una norma giuridica mediante cui la validità di una norma giuridica che vieta un determinato comportamento, che statuisce l'obbligo all'omissione di questo comportamento, viene limitata e perciò il comportamento assunto dal divieto viene permesso. L'ipotesi dell'esistenza di lacune nel diritto, nel senso che vi sarebbero casi in cui l'ordinamento giuridico valido non può essere applicato, poiché nessuna norma giuridica si riferisce al caso in questione, è erronea, dico a p. 251 (Reine Rechtslehre, 2. ed.; trad. it. cit., p. 277), «poiché riposa sul disconoscimento del fatto che, se l'ordinamento

giuridico non impone ad un individuo il dovere di tenere un certo comportamento, permette questo stesso comportamento [negativo]. Ma, nel caso in cui la teoria tradizionale vede una lacuna, l'applicazione dell'ordinamento giuridico vigente non è logicamente impossibile. Precisamente, in questo caso non è possibile l'applicazione di una singola norma giuridica [corsivo mio], ma è possibile l'applicazione dell'ordinamento giuridico, ed anche questa è un'applicazione del diritto». Quando dico a p. 16 (trad. it. cit., p. 26): «Un certo comportamento umano può essere permesso soltanto all'interno di un ordinamento normativo che prescrive un certo comportamento umano», intendo - come è chiaro da quanto viene prima - che è «permesso» in senso negativo o positivo. Non è perciò giusto quando Amselek sostiene (p. 195) che per me: «le permettre n'a de sens, ne se conçoit que comme une dérogation à un devoir». Infatti, un «permettere» nel senso negativo può esistere, se non vige una norma derogatoria. Quando io (Théorie Pure du Droit, 1962, p. 22) affermo che «la fonction de la permission, sa fonction négative comme sa fonction positive, sont donc essentiellement liées à la fonction d'ordonner», allora ciò significa che, come si evince dalla proposizione seguente, «ce n'est qu'à l'intérieur d'un ordre normatif qui prescrit de certaines conduites humaines, qu'une certaine conduite humaine peut être permise». Il problema se vi siano lacune nel diritto è il problema se vi siano casi in cui il diritto come ordinamento normativo non è applicabile, non se una determinata norma giuridica sia applicabile. Il giudice, che respinge una querela o assolve un imputato, perché, secondo la sua idea, non vi è una violazione di una norma giuridica positiva, applica il diritto, perché ogni decisione giudiziale è applicazione del diritto, anche se non sempre applicazione di una determinata norma giuridica. Il «permettere» un determinato comportamento nel senso negativo della parola «permettere» non è affatto essenzialmente connesso con una norma determinata, che comanda un comportamento. Amselek mi rimprovera un'autocontraddizione quando si chiede: «comment, alors, dans le cas de la "permission négative", c'est-à-dire dans le cas où il n'y a pas de réglementation tant impérative que permissive, peut-on admettre qu'il y ait précisément "permission"?» La risposta è semplicissima poiché, come ho stabilito, un determinato comportamento è «permesso» nel senso negativo della parola, se non vige una norma che vieta questo comportamento, e la «réglementation», conformemente alla quale questo comportamento (nel senso negativo) è «permesso», consiste proprio nel fatto che l'ordinamento giuridico non contiene una norma che vieta questo comportamento. Nella mia Reine Rechtslehre (2. ed., p. 15 s.; trad. it. cit., p. 24) io distinguo esplicitamente tra «regolamentazione positiva e negativa» e dico a p. 16 (trad. it. cit., p. 25):

«Un comportamento umano è regolato in senso negativo da un ordinamento normativo quando questo comportamento non è vietato dall'ordinamento, senza essere positivamente permesso da una norma che limiti l'àmbito di validità di un divieto». Amselek è libero di respingere il concetto di una regolamentazione negativa, ma non può affermare che io mi contraddico.

17. A p. 16 della mia Reine Rechtslehre (2. ed.; trad. it. cit., p. 26) io dico: «Se, nel rapporto fra A e B, il soggetto A è obbligato a tollerare che B si comporti in un certo modo, si dice che a B è permesso di comportarsi (cioè che egli è legittimato a comportarsi) in questo modo». (Laddove «essere legittimato», avere un «diritto» a qualcosa, è da intendersi in un senso ampio della parola e va distinto dal concetto di diritto soggettivo nel senso tecnico, il quale riguarda la competenza di portare un procedimento fino alla imposizione dell'obbligo corrispondente. Contro il rapporto affermato da me tra obbligo e diritto (in senso lato) Amselek osserva a p. 202, nota 210: «il se peut, en effet, que B n'ait pas un "droit", mais une "obligation"». Certo, ma soltanto quando non solo è comandato ad A di tollerare che B si comporti in un determinato modo, ma anche quando a B è comandato di comportarsi in questo modo. Nella mia frase citata da Amselek, però, io non presuppongo questo, e Amselek non ha motivo di ritenere che io lo presupponga.

È di grande significato il fatto che Amselek nega l'essenziale correlazione sussistente tra il campo della norma e l'obbligo di un soggetto, che egli rifiuta «la vision "relationelle" du droit ». Egli dice (p. 200): «En vérité, l'obligation statuée par une norme a le caractère le plus général: loin de se réduire au "devoir à", comme voudrait le faire croire la vision "relationelle" du droit, elle correspond en vérité à l'idée vague que quelque chose doit nécessairement se produire par rapport au modèle de référence; elle correspond, en d'autres termes, à l'idée pure et simple de la "nécéssité" en tant que celle-ci est l'élément d'un modèle... lorsqu'une norme juridique, par exemple, statue un horaire (tel train doit arriver à telle heure)... ou telle usine doit posséder telle installation de protection contre l'incendie ... il n'est pas du tout sûr qu'il y ait, du fait même de ces normes, une obligation "à la charge de": il semblerait plutôt qu'il y ait obligation tout court, nécéssité». In ciò si manifesta l'idea paradossale che le norme indicate non sono rivolte all'uomo che deve mettere in movimento la ferrovia e senza la cui azione la ferrovia non può entrare in movimento; e non all'uomo che deve attivare il dispositivo di sicurezza e senza la cui azione questo non può venire attivato. Una «obligation tout court», cioè un'obbligatorietà senza un

soggetto obbligato, senza un individuo, che è obbligato al comportamento costituente il contenuto dell'obbligo, è un non-senso. Amselek ritiene che «ce sont normalement d'autres normes... qui viendront déterminer que si le train n'arrive à l'heure, ou... si l'usine ne possède pas les installations nécessaires, tels ou tels individus auront telle ou telle obligation». Possono essere soltanto norme che statuiscono le sanzioni costituenti le obbligazioni e quindi formano giuridicamente con quelle appena menzionate - quando sono entrambe formulate in differenti proposizioni - un'inseparabile unità. Amselek dice a p. 201: «Cela ferait, en tout cas, apparaître qu'à toute obligation ne correspond pas ipso facto un droit, puisqu'une obligation pourrait, en tant que telle, n'être pas à la charge de, et ne pas s'inscrire par conséquent dans le cadre de relation d'homme à homme». Una «obligation», che non è a carico di un uomo, che non è un rapporto di uomo a uomo, è una contraddizione in sé stessa. Infatti un obbligo può essere soltanto l'obbligo ad un determinato comportamento umano, e poiché si tratta di un obbligo giuridico, cioè di un obbligo sociale, bisogna che il rapporto sia un comportamento in relazione ad un altro uomo. Amselek dice a p. 201: «Il y a des droits "réels", à coté des droits personnels: c'est-à-dire des droits impliquant la relation d'un sujet, non pas avec un autre sujet, mais avec un objet... Dira-t-on que l'objet a aussi une "obligation", est un "obligé"?». Non si potrà certo dire che la cosa in riferimento alla quale qualcuno ha un diritto, per esempio un diritto di proprietà, ha un obbligo. Ma si dirà che, se un uomo ha un diritto su una cosa, per esempio un diritto di proprietà, tutti gli altri uomini sono obbligati giuridicamente a non ostacolare o a pregiudicare in qualche altro modo l'avente diritto nella sua disposizione sulla cosa. Anche il diritto ad una cosa è un diritto nei confronti di uomini (Cfr. Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 135).

La teoria di Amselek si riduce nell'essenziale alla cancellazione della differenza tra norma e legge naturale. Il concetto di «obligations» senza uomini obbligati è di derivazione spiccatamente religiosa. Nella norma si esprime – secondo questa opinione –, cosí come nella legge naturale, una «necessità»; e l'una non si distingue essenzialmente dall'altra necessità, poiché entrambe sono necessità costituite dalla volontà di Dio. La volontà di Dio, che crea il mondo attraverso il suo comando, quindi una norma posta da lui, non è affatto rivolta soltanto agli uomini, ma piuttosto a nulla, poiché ciò, cui essa potrebbe essere rivolta, ancora non esiste, ma viene creato solo attraverso di essa: la norma posta da Dio. Poiché esse sono create con un comando di Dio, il loro obbligo è quello di essere e a questo «obbligo» non corrisponde il diritto di nessuno.

18. Uno dei problemi fondamentali della giurisprudenza tradizionale è il concetto di persona e la distinzione tra persona fisica e giuridica. Partendo dal calzante presupposto che oggetto della scienza giuridica sono le norme giuridiche, Amselek giunge a questo risultato (p. 97): «La personnalité juridique ... consiste à se voir appliquer un certain statut, un certain ensemble de normes juridiques». Egli cita la mia proposizione: «La "personne" ne designe qu'un faisceau d'obligations, de responsabilités et de droits subjectifs, donc un ensemble de normes» (*Théorie Pure du Droit*, 1953, p. 104). Ciò significa che la dottrina pura del diritto, tenendosi ferma al fatto che oggetto della scienza giuridica sono norme giuridiche, mostra che ciò che si designa come «persona» è la personificazione delle norme giuridiche: la cosiddetta persona fisica è la personificazione delle norme che regolano il comportamento di un determinato individuo, la cosiddetta persona giuridica la personificazione delle norme di un ordinamento giuridico parziale, cioè dello status di una corporazione.

Per quanto riguarda il concetto di persona giuridica Amselek afferma (p. 90 s.) che per la scienza giuridica non esiste il problema se la persona giuridica sia una realtà o una finzione: «Du strict point de vue de la science du droit, le problème de la "réalité" ou de la "fiction" des personnes morales est donc un problème absurde, qui n'a pas de sens... La fiction n'apparaît que pour ceux qui posent notamment comme "condition" à la personnalité juridique l'autonomie de la volonté: car il est difficile, bien sûr, en dépit de tous les efforts laborieux de certains auteurs, de concevoir qu'un groupe ait une "volonté" ou une "conscience" à la manière dont un individu a luimême une volonté ou une conscience, il est difficile de transposer à l'objetgroupe humain ces phénomènes qui se rencontrent dans l'objet-individu humain et lui appartiennent spécifiquement». Qui Amselek si contraddice. Egli, infatti, nel quadro di una scienza giuridica fenomenologica, combatte come finzione la teoria sostenuta nella scienza giuridica tradizionale, secondo cui la libera volontà è una condizione della personalità giuridica e perciò la persona giuridica ha volontà e coscienza. È dunque, tuttavia, un problema anche per questa scienza giuridica fenomenologica se la persona giuridica abbia volontà e coscienza e dunque è una realtà, non una finzione. Se questo non fosse per la scienza giuridica fenomenologica un problema, quand'anche soltanto nel senso che essa afferma la perdita di senso di questa domanda, non potrebbe occuparsi di essa - anche in una critica della giurisprudenza tradizionale. Che però la scienza giuridica fenomenologica sostenuta da Amselek si consideri pertinente per una critica di determinate teorie, sostenute da altri, risulta inequivocabilmente dall'opera di Amselek.

Contro la teoria secondo cui la persona giuridica è una finzione Amse-

lek argomenta: «que les règles constituant le statut du prétendu group ne sont jamais que des règles qu'ont pour objet le comportement d'individus... Ce raisonnement ne saurait être retenu: il est essentiel de voir que les normes qui règlent... le statut du gérant, ils s'appliquent à un individu visé non pas en tant que tel, mais en tant que membre d'un groupe». Ma gli autori che vedono una finzione nel fatto che il gruppo si rappresenta come persona agente e come soggetto di obblighi e diritti, dove tuttavia solo singoli individui agiscono, adempiono obblighi e esercitano diritti, chiariscono esplicitamente, come fa la teoria pura del diritto (cfr. Reine Rechtslehre, p. 180 ss.), che questi individui agiscono solo come membri, e più precisamente organi, del gruppo, adempiono obblighi e esercitano diritti oppure presuppongono ciò come ovvio. Se - come Amselek stesso afferma - il gruppo non è altro che un rapporto tra individui («un certain nombre de relations entre des phénomènes individuels qui le constituent» [p. 93]), e se delle «relations» palesemente non possono agire ed essere soggetti di obblighi e diritti, la teoria della finzione non è certo affatto da eludere. Del resto Amselek (p. 94) concorda senza riserve con la mia opinione secondo cui l'idea della persona giuridica come realtà è l'ipostatizzazione di un concetto, la cui funzione è quella di agevolare la descrizione del diritto.

19. Amselek rifiuta la concezione da me sostenuta per la quale l'ordinamento giuridico è una costruzione a gradi di norme sopra e sottordinate. Egli dice (p. 115) in riferimento alla struttura dell'ordinamento giuridico: «elle ne correspond pas, en effet, à proprement parler, à une "hiérarchie des normes", à la subordination de normes juridiques inférieurs à des normes juridiques supérieures, mais à la subordination d'actes normateurs à des normes juridiques». Amselek si richiama qui a Virally, La pensée juridique (1960), che a p. 173 nota: «On ne saurait faire abstraction, dans le schéma qu'on veut dessiner, des actes juridiques eux mêmes qui, à chaque échélon, s'interposent entre la norme qu'ils créent et la norme dont ils sont l'application. Il est important de voir que la hiérarchie réelle ne s'établit pas immédiatement de norme à norme, mais, au contraire, par la médiation d'actes. Cela met en évidence le véritable principe de la hiérarchie: la norme supérieure est celle qui confère le pouvoir en vertu duquel l'acte générateur de la norme inférieure est posé». Esattamente in questi termini io espongo la struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico, in quanto in questo punto io non prescindo affatto dagli atti, attraverso i quali le norme vengono prodotte e applicate, ma, al contrario, mi riferisco esplicitamente ad essi. A p. 228 della mia Reine Rechtslehre (2. ed.; trad. it. cit., pp. 251-252), nel capitolo 35 dal titolo La struttura gerarchica dell'ordinamento giuridico,

dico: «Il rapporto fra la norma che regola la produzione di un'altra e la norma prodotta conformemente alla prescrizione si può rappresentare con l'immagine spaziale della sovrordinazione e della subordinazione. Superiore è la norma che regola la produzione, inferiore è la norma prodotta conformemente alla prescrizione». Che si possa rappresentare nella «immagine spaziale» di un sopra e sottordinamento il rapporto tra norme, delle quali l'una viene prodotta secondo la determinazione di un'altra, che essa stessa di nuovo viene prodotta secondo la determinazione di un'altra norma, lo attesta lo stesso Virally, poiché proprio nella proposizione citata da Amselek parla di una «norme supérieure» e di una «norme inférieure». L'affermazione di Amselek (p. 117): «L'idée de "hiérarchie", de "structure hiérarchique de l'ordre juridique", se réduit donc, en dernière analyse, à ce simple schéma tout formel de la position de soumissions (ou plutôt de "subsumption") des autorités normatrices, par rapport aux normes juridiques dont elles sont justiciables. Elle ne nous indique rien de plus», non è corretta. Se di una legge si afferma che essa «si conforma» alla costituzione, o di una decisione giudiziale che essa «si conforma» alla legge, si dice qualcosa sul rapporto di queste norme l'una con l'altra e non si asserisce soltanto che le autorità che pongono queste norme sono assoggettate alle norme. Alle norme giuridiche, cioè al diritto, sono sottomessi tutti i soggetti nel loro comportamento, meglio: è sottomesso il comportamento di tutti i soggetti. Quel che conta per quanto riguarda la costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico è il comportamento che sussiste nella posizione delle norme. Tra l'assoggettamento del legislatore alla costituzione e del giudice alla legge nelle loro funzioni normatrici e l'assoggettamento dei soggetti alla legge, che vieta loro di rubare, che comanda loro di pagare i loro debiti, esiste una distinzione essenziale, in quanto l'assoggettamento del legislatore alla costituzione e del giudice alla legge implica un'autorizzazione, il conferimento di un potere giuridico, cioè della competenza a porre norme. Certo, si può altrettanto dire del legislatore che egli «si conforma» alla costituzione, del giudice che egli «si conforma» alla legge, come, di un soggetto, che egli omette il furto o paga i suoi debiti, che «si conforma» al diritto. Ma il «conformarsi» ha in questi casi un significato diverso che in quelli.

Nella sua critica della teoria della costruzione a gradi Amselek mi rimprovera (p. 116) di confondere nella mia esposizione la norma con l'atto attraverso il quale essa è prodotta, del quale essa è senso. Nessun rimprovero mi può riguardare meno che questo, poiché nessun altro autore ha distinto più di me con tale forza tra l'atto e la norma quale senso dell'atto. Rimando alla mia Reine Rechtslehre (2. ed.), I, §2 e 3, e, poiché Amselek cita la mia Théorie Pure du Droit (Neuchâtel, 1953), alla p. 19 di questo scritto. Ciò che

dico è che se il giudice nella sua decisione si conforma ad una legge, cui è subordinato e che lo autorizza a prendere una determinata decisione solo a condizioni del tutto determinate, allora anche la norma, che viene posta attraverso l'atto del giudice, può essere considerata subordinata alla norma che è stata posta attraverso l'atto del legislatore. Se il legislatore statuisce: «Gli omicidi devono essere puniti con la morte per impiccagione», e il giudice decide: «L'omicida Schulze deve essere impiccato», allora la norma individuale della decisione giudiziale è altrettanto subordinata alla norma generale del legislatore come il giudice al legislatore o l'atto del giudice all'atto del legislatore. E lo stesso vale per il rapporto che esiste tra l'atto del legislatore e l'atto del costituente, tra la norma della legge e la norma della costituzione, cioè tra legge e costituzione; laddove va notato che gli atti in questione per la conoscenza giuridica, il cui oggetto sono norme, – come già sottolineato – entrano in considerazione solo nella misura in cui sono contenuto di norme giuridiche, determinati attraverso norme giuridiche.

20. In una delle questioni fondamentali della scienza giuridica, il problema della positività del diritto, l'atteggiamento di Amselek è assai poco chiaro, quando non è contraddittorio. Da un lato, egli sembra rifiutare in generale il principio del positivismo giuridico. A p. 321 Amselek parla di uno «"échec" du positivisme», a p. 331 della «impraticabilité elle-même du postulat méthodologique positiviste», a p. 355 della «absurdité du postulat méthodologique positiviste» e a p. 355 della «absurdité du postulat positiviste». A p. 328 obietta alla mia affermazione (Théorie Pure du Droit, 1962, p. 85) che «une théorie scientifique du droit ne peut porter que sur des droits positifs»: «on ne comprend pas... pourquoi le droit non positif ne pourrait pas faire l'objet d'une "théorie scientifique"». A p. 326 Amselek dice: «la positivité... constitue... un critère arbitrairement adopté par le théoricien...» e a p. 327 concorda con Eisenmann, il quale riconosce l'esistenza di un diritto naturale, e nota: «Le véritable "illogisme" est dans le postulat méthodologique lui-même du positivisme juridique, qui s'avère évidemment irrationel: pourquoi n'étudier que le droit "positif"?»; il che sembra implicare che esiste non solo un diritto positivo, ma anche un diritto non-positivo; mentre il positivismo giuridico coerente, come lo sostengo io, considera un diritto non-positivo, cioè il diritto naturale, non come «diritto», ma come un tipo di morale, distinguere il diritto dalla quale è una esigenza essenziale del positivismo giuridico. Dall'altra parte, però, Amselek afferma di adoperarsi per un «positivismo fenomenologico» (p. 356): «la méthode phénoménologique nous conduit à une nouvelle acception plus saine du "droit positif" » (p. 357); il che implica che egli rifiuta soltanto il giuspositivismo tradizionale.

Che cosa ha egli da obiettare al principio del giuspositivismo in generale e alla mia definizione del concetto di giuspositivismo in particolare, secondo la quale il diritto è «positivo» se le norme giuridiche sono prodotte mediante atti umani di volontà – nel modo della posizione e della consuetudine – e sono nell'insieme efficaci?

Amselek afferma (p. 312 s.) che il giuspositivismo del diciannovesimo secolo è nato come una goffa imitazione della scienza naturale empirica: «L'impulsion positiviste qui a ébranlé, au cours du XIX siècle, la pensée juridique, est partie de la théorie des sciences expérimentales, que la théorie juridique a cherché, bien maladroitement semble-t-il, à imiter». La teoria del giuspositivismo argomenterebbe che, poiché come leggi naturali valgono solo quelle cui la natura si conforma, bisogna che anche come leggi giuridiche vengano riconosciute valide solo quelle cui si conforma effettivamente il comportamento degli uomini. Perciò l'esigenza dell'efficacia (effectivité) varrebbe come condizione della positività del diritto. Che ciò possa essere giusto o no - Amselek in ogni caso non fa alcun tentativo di fondare la sua affermazione mediante l'analisi di una qualche teoria del giuspositivismo effettivamente sostenuta -, questa critica in ogni caso non è giusta per la teoria sostenuta da me. Infatti, io rilevo con la massima energia la differenza essenziale che passa tra legge giuridica e legge naturale (cfr. Reine Rechtslehre, 2. ed., p. 79 ss.; traduzione francese p. 105 ss.).

Dopo di che Amselek afferma (p. 315s.) che sarebbe un fattore politico, e cioè il principio della democrazia, ad aver influenzato la teoria del giuspositivismo: «il est, en effet, assez conforme à l'éthique démocratique de dire ou de penser que les "vraies" normes juridiques, les seules qui le soient "vraiment" (c'est-à-dire au regard des valeurs démocratiques) et donc les seules auxquelles on doive obéir, sont celles qui sont acceptées par l'ensemble des individus, qui sont voulues et pratiquées par eux...». Se questa affermazione è dimostrabile o meno dal punto di vista storico del diritto, in ogni caso non è giusta per la teoria da me sostenuta del giuspositivismo, secondo la quale l'esigenza della positività del diritto vale indipendentemente da ogni considerazione della forma politica della comunità – democrazia o autocrazia –, entro la quale il diritto viene prodotto, e quindi indipendentemente da qualsivoglia considerazione di come il diritto viene prodotto, se cioè in maniera democratica o in maniera autocratica.

Amselek afferma inoltre (p. 326) che nel senso della teoria tradizionale del giuspositivismo la positività del diritto è un postulato metodologico della scienza giuridica, ma non una obiettiva qualità del diritto. «La positi-

vité, en effet, ne caractèrise pas les normes juridiques elles-mêmes, elle ne constitue pas un attribut de certaines normes juridiques (point de vue analytique), mais un critère arbitrairement adopté par le théoricien, et autorisant la science positiviste du droit à tenir des normes, données déjà comme juridiques, pour "positivement" juridiques et à en faire ainsi son objet. Le droit positif, ce n'est pas, en d'autres termes, une certaine sorte de droit, mais le droit dont la science positiviste s'assigne l'étude parce qu'il est en relation avec un phénomène social d'effectivité». La frase citata da ultimo non è giusta. Il giuspositivismo tradizionale, e in particolare quello sostenuto da me, conosce solo un tipo di diritto, il diritto positivo. Il cosiddetto «diritto» naturale non è diritto, bensì un tipo di morale. Ma la positività è senza alcun dubbio una qualità - postulata dalla scienza giuridica - del diritto, cioè delle norme, che dalla scienza giuridica soltanto vengono considerate come norme giuridiche, nonostante nell'uso linguistico anche altre norme vengano designate come «diritto». Il principio del positivismo giuridico dice che, affinché le norme possano venire considerate come norme giuridiche valide e quindi come oggetto della scienza giuridica, come norme-di-diritto - e soltanto norme giuridiche valide, o tali che sono state valide, sono come «diritto» oggetto della scienza giuridica -, bisogna che siano poste mediante atti umani di volontà e siano efficaci in un certo modo. Se io definisco il diritto come ordinamento costrittivo, senza assumere nella definizione il momento della positività, ciò si spiega per il fatto che io - come sottolineo esplicitamente a p. 31 ss. della Reine Rechtslehre (2. ed., 1960; traduzione francese p. 42ss.) - tento con ciò di determinare il significato della parola nell'uso linguistico, nel quale si parla appunto di «diritto» (e dei suoi equivalenti in lingue diverse da quella tedesca), anche se non si tratta del diritto positivo, come «diritto» di natura, «diritto» divino.

In che cosa consiste ora il positivismo «fenomenologico» presentato da Amselek?

A questa domanda Amselek risponde a p. 357: «le "droit positif" est le droit phénoménal, le droit apparent, c'est-à-dire les normes qui se donnent objectivement comme juridiques dans leur historicité même». In altri passi Amselek designa come norme giuridiche «positive» quelle che sono «obiettivamente verificabili», poiché esse esistono come tali: cosí a p. 144: «objectivement observables, des normes juridiques en tant que telles»; oppure a p. 145: «l'exigence positiviste, en effet, postule seulement que la norme juridique à connaître soit en forme, soit formulée, soit connaissable en tant que telle». La proposizione: «Il diritto positivo è il diritto "fenomenale", che si manifesta», è completamente priva di significato. Infatti, un oggetto «fenomenale» è un oggetto che ci appare, che noi, poiché ci appare, consi-

deriamo come esistente. La questione è però se un oggetto che ci appare è diritto. L'affermazione di Amselek, secondo la quale è diritto quando si «dà» come diritto, può solo voler dire che qualcosa si spaccia da sé come diritto. Ma è assai possibile che qualcosa si spacci come diritto senza essere diritto. Se io comando al mio vicino di abbattere un albero che sta nel suo giardino contiguo al mio e designo questo comando come un comando giuridico, dicendo per esempio: «Io ti comando in forza del diritto di abbattere questo albero», palesemente questa non è una norma giuridica, poiché io non sono autorizzato dall'ordinamento giuridico a porre norme giuridiche mediante un atto unilaterale di volontà. E anche in una legge emanata dal legislatore può essere contenuto un comando, di comportarsi in un determinato modo, caratterizzato esplicitamente come comando giuridico, senza che esso venga considerato come norma giuridica obbligatoria, poiché il legislatore non ha connesso al comportamento contrario una sanzione, sicché nulla cambierebbe nella situazione giuridica se la proposizione - per esempio in una formulazione posteriore della legge - fosse fatta cadere. Ciò di cui si tratta non è una norma giuridica, ma un contenuto legislativo giuridicamente irrilevante. Le norme giuridiche statuite dal legislatore nella legge stessa il più delle volte non vengono neppure qualificate come norme «giuridiche». Esse vengono considerate come norme giuridiche dal soggetto che riconosce il diritto, non perché esse esistano come tali, ma perché sono emanate dal legislatore autorizzato alla posizione di norme giuridiche conformemente alla costituzione, poiché esse si conformano al concetto del diritto determinato dalla conoscenza-del-diritto.

Del resto possono esistere norme come norme «giuridiche», senza che esse siano ciò che si presenta «storicamente» come norma giuridica. Se l'ultimo criterio è decisivo, bisogna che anche una teoria giuridica «fenomenologica» stabilisca che cosa si presenta «storicamente» come diritto, cioè bisogna che essa intraprenda proprio ciò che io ho tentato di intraprendere nell'esposizione sopra citata della *Reine Rechtslehre* (2. ed., p. 31s.).

A p. 286 Amselek dice che «les normes juridiques se donnent d'emblée comme "juridiques" ». Questa sarebbe una vuota tautologia, se Amselek non aggiungesse che «elles correspondent à l'existence historique d'une certaine technique de production d'instruments qui ont vocation formelle à constituer des modèles devant être obligatoirement réalisés ». Ciò significa che le norme sono norme giuridiche se esse vengono prodotte in un determinato modo, in un modo che viene determinato nel concetto di diritto definito dalla teoria giuridica.

A p. 247 Amselek, per dare un fondamento al perché non tutte le norme giuridiche sono norme etiche – cioè norme che hanno ad oggetto gli uo-

mini, il comportamento umano (come scrive a p. 232) -, afferma che «rien n'empèche a priori le législateur juridique, un Parlament, par exemple, de fabriquer une loi réglementant le mouvement des planètes ou les phénomènes atmosphériques: une telle loi paraîtrait, sans doute, absurde par son contenu; elle continuerait à se donner, cependant, comme une norme juridique... Loin d'être une norme non-juridique, c'est parce qu'elle se donnerait comme norme juridique qu'elle susciterait notre critique». Non è quindi la norma che si dà come norma giuridica, ma è Amselek, il quale come teorico del diritto considera questa norma come giuridica perché essa si conforma a certe condizioni presupposte da lui come teorico del diritto, cioè ad un concetto di diritto da lui accettato, poiché essa è stata prodotta in un determinato modo, perché è stata definita in questo concetto. Del resto nessun giurista considererebbe come norma giuridica una proposizione contenuta in una legge emanata da un legislatore umano che prescrivesse agli astri come si devono muovere, poiché egli intende per norme giuridiche - conformemente al concetto di diritto da lui presupposto - soltanto norme che regolano il comportamento umano. E ciò del tutto indipendentemente dal fatto che una norma diretta agli astri non può mai diventare efficace e che essa perciò non adempie ad una condizione essenziale alla quale solo può valere come diritto positivo. La prescrizione qualificata da Amselek come norma giuridica non è soltanto assurda, essa è un contenuto legislativo giuridicamente irrilevante.

Secondo Amselek la positività del diritto è la sua fenomenalità. Egli parla a più riprese della «phénoménalité des normes» (per esempio a p. 213) e designa questa «fenomenalità» anche come «storicità». Nella sua definizione della positività del diritto sopra citata egli parla del «droit phénoménal», di «normes qui se donnent objectivement comme juridiques dans leur historicité même». Questa «historicité» è però «naturalité». A p. 163, a proposito delle ipotesi sociologiche, egli dice: esse devono collegarsi «avec la "positivité", la phénoménalité des normes juridiques; elles ne sauraient se vérifier qu'à partir de l'étude des droits positifs, afin d'y rechercher des constantes "naturelles" ». Nella nota 156 a p. 164 scrive: «Nous avons employé ici le terme "naturel" dans le sens de "historique": cela ne devra susciter aucune équivoque par la suite, lorsque qualifiant le droit de phénomène historique "humain", nous l'opposerons aux phénomènes historiques "naturels" (c'est-à-dire dans lesquels l'homme n'intervient pas)». Amselek ritiene quindi che il diritto come «phénomène humain» abbia la stessa esistenza dei dati di fatto naturali (cfr. sotto, §23). Ciò significa però che al posto delle norme giuridiche, che non si possono percepire - come i dati di fatto naturali - con i sensi, egli pone gli atti, dei quali le norme sono senso e che

in realtà sono dati di fatto naturali, se si prendono come tali e non come contenuti di norme giuridiche, come dati di fatto determinati nelle norme giuridiche. Perciò nella teoria giuridica fenomenologica di Amselek subentrano, al posto di una scienza giuridica - che ha ad oggetto le norme giuridiche, che non sono dati di fatto naturali e che perciò può essere designata sola come la vera e propria, specifica teoria «giuridica», poiché il diritto (anche secondo la teoria fenomenologica di Amselek) è norma – una sociologia e una psicologia, che hanno ad oggetto qualcosa di diverso dal diritto come norma. «La Science du Droit», cosí formula Amselek a p. 421 il còmpito della sua teoria giuridica fenomenologica, «est, par définition, une science historique, c'est-à-dire qu'elle appréhende les phénomènes juridiques, comme toute science expérimentale [corsivo mio], dans leur historicité, dans le flux événementiel dans lequel ils manifestent leur présence au monde». A proposito di questo «aspect historique» Amselek dice che esso è «le propre de toute connaissance empirique», e concorda con Lévy-Bruhl il quale afferma che il còmpito del giurista è, come sociologo, «à observer les phénomènes juridiques partout où ils se trouvent dans le temps comme dans l'espace». La scienza «giuridica» fenomenologica è una scienza naturale.

21. Amselek accetta l'esigenza di una teoria giuridica positivistica: dividere chiaramente il suo oggetto, il diritto, da altri ordinamenti normativi, in particolare la morale. Egli dice a p. 357 che ciò che finora ha impedito lo stabilirsi di una genuina scienza giuridica sono «perspectives moralistes dans la théorie juridique». Che è necessario allo spirito del positivismo, nel senso di un positivismo fenomenologico, spianare la via, «de canaliser, résolument, l'esprit positiviste dans un sens phénoménologique». Che lo scopo della teoria giuridica fenomenologica consiste nel «chasser complètement de la théorie juridique le moralisme et ses manifestations souvent sournoises». Che sia còmpito di questa teoria fenomenologica «de nous faire redécouvrir, par un regard naïf, le droit lui-même, de nous aider à le reconquérir dans sa pureté phénoménale sur tous les systèmes déformants qui tyrannisent notre pensée». Ma se si esaminano queste proposizioni nel loro contenuto di verità, bisogna constatare che ciò che Amselek ha da dire dell'essenza del diritto riguarda anche la morale e che egli - poiché rifiuta di intendere il diritto come ordinamento costrittivo - è ben lungi dal separare il diritto dalla morale.

Così, quando subito dopo parla della norma giuridica, essa si definisce («se définissant») «comme un instrument syntactique de jugement ayant vocation technique à constituer un modèle obligatoire, un modèle formel

de la réalité». Anche le norme di una morale possono venire espresse in proposizioni che dicono che ci si deve comportare in un determinato modo, e niente altro si nasconde dietro la metafora «modèle obligatoire». Anche le norme morali costituiscono - cosí come le norme giuridiche - valori e possono essere cosí i fondamenti di giudizi di valore. Che le norme morali, allo stesso modo delle norme giuridiche, come norme esse stesse non siano giudizi, si comprende - da un punto di vista logico - da sé. A p. 76 Amselek dice: «ce qu'on appelle couramment "une norme" (par exemple, dans l'expression "norme juridique" ou "norme morale") c'est la fonction de modèle assignée à la signification d'une proposition syntactique», e a p. 231: «Toutes les règles, quelles qu'elles soient, ont la même nature, la même finalité: elles correspondent toutes, par définition même, au contenu conceptuel de "norme": elles sont des instruments d'évaluation, et, bien sûr, des instruments d'évaluation au service de l'homme au même titre que tous ses autres outils». E a p. 242: «On ne doit pas perdre de vue qu'une norme, juridique ou non, en tant que norme, n'est jamais qu'un instrument d'évaluation». Le norme giuridiche prescrivono un determinato comportamento oppure, come Amselek si esprime, danno al comportamento una determinata direzione: «direction». A p. 242 si dice: «dire que le droit "dirige" les conduites est une tautologie», ma egli aggiunge: «qui ne permet pas de spécifier les normes juridiques: toute règle est une "directive" par définition»; a p. 231: «c'est bien en tant qu'instrument de jugement que la règle joue ce rôle de direction de la conduite humaine»; e a p. 232: «toute norme joue ainsi, ou plutôt peut jouer, un rôle de "direction des conduites" ». A p. 233 Amselek scrive: «je pourrai utiliser une norme éthique pour accomplir une conduite qui soit conforme à cette norme». Ciò si attaglia altrettanto alla norma giuridica; e nella nota 33 alla proposizione citata Amselek rimanda anche alla norma giuridica.

Nonostante Amselek a p. 258, d'accordo con Esmein, sostenga che la norma giuridica non possa venire contraddistinta da alcun criterio contenutistico («que nous ne trouvons pas dans l'objet des règles un critère de la règle de droit. Il n'y a pas de critère matériel»), egli dice tuttavia a p. 274: «le droit se donne à moi essentiellement comme un modèle auquel la réalité doit nécessairement correspondre: c'est cela que l'on veut signifier quand on dit que le droit, les normes juridiques "sont obligatoires"»... «"obligatoires" en ce sens qu'on leur assigne la vocation à être obligatoirement suivies, respectées, "réalisées": telle est la notion fondamentale du juridique» (p. 275). Ma a p. 286 ammonisce Amselek: «il faut se garder d'assimiler les normes juridiques à l'idée vague de "normes obligatoires", ainsi qu'on le fait souvent», e come egli stesso ha fatto precedentemente. Presumibilmente per

nascondere la contraddizione, soggiunge: «comme si toute norme en tant qu'elle est envisagée comme "obligatoire" était, par là-même, "juridique" ». Nessun altro autore se non proprio Amselek, nella frase appena citata, ha visto nell'obbligatorietà l'essenza del diritto. Si assume infatti molto in generale che anche le norme della morale secondo il loro senso sono obbligatorie. Ma per conformarsi allo scopo da lui proclamato della teoria giuridica fenomenologica, separare cioè la morale dal diritto, Amselek è spinto all'assurda tesi per cui le norme della morale non sono obbligatorie. A p. 276 egli dice: «C'est dans ce contenu conceptuel de la juridicité qu'il convient de faire le départ entre les normes juridiques et les normes non juridiques que l'on s'accorde à appeler "normes morales": ces normes morales n'ont pas cette vocation formelle à l'obligatoriété». Ma se ciò che noi chiamiamo «morale» non sono norme obbligatorie allora una morale non esiste; e i giudizi: un comportamento è «morale» o «immorale», non sono giudizi di valore, in cui si esprime un'approvazione o riprovazione, mentre che essi lo siano non può venire negato seriamente. È neppure Amselek nega l'esistenza di una morale, perché altrimenti non potrebbe postulare la sua distinzione dal diritto. Amselek fonda la non obbligatorietà delle norme morali come segue: «elles ne correspondent pas à une certaine institution sociale, à une certaine technique de production d'instruments objectifs de jugements ayant pour fonction de poser de modèles obligatoires, des modèles devant être obligatoirement réalisés par ceux qui en sont justiciables». In rapporto alla «technique de production» il diritto consuetudinario - ed ogni diritto primitivo, non solo questo, è diritto consuetudinario non si distingue in nulla dalla morale sorta in via consuetudinaria. La tesi secondo cui le norme morali non pongono nessun «modèle» contraddice apertamente quanto Amselek dice a p. 67, nella sua caratterizzazione sopra citata del concetto di norma, e cioè che la norma morale ha, come la norma giuridica, «la fonction de modèle». Egli fa anché nuovamente cadere subito l'affermazione secondo cui le norme morali non pongono alcun modello, continuando cosí (p. 267): «Certes, le moraliste peut tenir les modèles qu'il élabore ou dont il se sert. . . pour manifestement souhaitables, doués d'une valeur "objective" . . . il conclura alors qu'ils sont "obligatoires", qu'"on doit les observer", les réaliser». Ma non è il «moralista», è la norma-dellamorale che, proprio come la norma giuridica, pone un modello, se si interpreta la norma giuridica in generale nel senso che essa pone un modello. E non è il moralista che arriva a credere, in via di inferenza, che si deve obbedire alla norma morale; questo, infatti, è il suo senso immanente in quanto «norma». Lo stesso Amselek non sembra creder molto alla forza di convinzione di questo argomento, visto che ritiene necessario addurre ancora un

altro argomento. Egli afferma che l'inferenza del moralista, «qu'on doit les observer, les réaliser», è un dato emozionale, un «donnée émotionelle», e dice: «Cette donnée émotionelle, affective, qui fait juger le modèle morale manifestement bon, doué "objectivement" d'une valeur positive, et par suite amène à voir la réalisation désirable, "nécessaire", n'a rien de commun avec la fonction technique, formelle, assignée aux instruments juridiques (quel que soit leur contenu, quelles que soient les normes réalisés; une telle fonction, dont l'importance dans les rapports intersubjectifs est évidente, s'avère totalement étrangère à la morale». La reazione «emozionale» al «modèle morale» (!) non è essenziale per una descrizione dell'essenza della norma-di-morale. Ed è particolarmente scorretto il fatto che - come Amselek afferma a p. 277 - il «valore affettivo» (la valeur affective) che viene attribuito alle norme morali per il loro contenuto fa apparire come obbligatoria la loro osservanza («qui fait paraître leur réalisation "obligatoire"»). Le norme morali sono vincolanti - secondo il loro senso - sia che le si valuti positivamente sia che le si valuti negativamente. La loro obbligatorietà è del tutto indipendente dal valore affettivo che si attribuisce loro. Perciò non esiste in questo rapporto alcuna differenza tra le norme morali e le norme giuridiche. L'accettazione, da parte di Amselek, di una tale distinzione (p. 277), è infondata. Con la sua affermazione che il valore affettivo del contenuto della norma morale fonda la loro obbligatorietà, Amselek si richiama nella nota 104 a p. 277 ad un passo della mia Théorie Pure du Droit, 1953, dove è detto che la validità delle norme morali si fonda - a differenza dalla validità delle norme giuridiche - sul loro contenuto. A questa visione però io ho rinunciato e nella seconda edizione della mia Reine Rechtslehre (1960, p. 198ss.; traduzione francese 1962, p. 258ss.) ho mostrato, nel capitolo «Il principio statico e il principio dinamico», che il fondamento di validità sia delle norme morali sia di quelle giuridiche alla fin fine si basa su una norma fondamentale, che non determina il contenuto, ma solo la produzione delle norme che costituiscono l'ordinamento morale o giuridico che si basa sulla norma fondamentale, cosicché anche la validità della norme morali non si fonda sul loro contenuto. Amselek ha purtroppo anche in questo caso ignorato di nuovo quanto io dico nella seconda edizione della Reine Rechtslehre. Per quanto riguarda poi la reazione emozionale alle differenti norme di una morale positiva da parte dei diversi uomini, questa è estremamente differente. Il «modello» che l'uno considera «buono», cioè approva, un altro può disapprovarlo. E una siffatta reazione emozionale è del tutto possibile sia nei riguardi delle norme giuridiche sia nei confronti di norme morali, poiché il comportamento conforme al diritto può venire approvato emozionalmente quanto il comportamento conforme a morale, cosí come il comportamento antigiuridico può venire disapprovato quanto il comportamento antimorale, e spesso in effetti viene approvato o disapprovato. Il tentativo di Amselek di separare il diritto dalla morale deve ritenersi fallito.

Amselek concorda, a p. 245, con la mia affermazione secondo cui le norme sociali in generale e le norme giuridiche in particolare si rivolgono a uomini. Egli dice: «Certes, la norme juridique comme toutes les normes, comme tous les outils humains, d'ailleurs, s'"adresse" à l'homme, à l'homo faber, à l'homme-artisan». Se anche la norma morale si «rivolge» a uomini, bisogna che essa sia altrettanto obbligatoria quanto la norma giuridica. Infatti che una norma si rivolge a uomini non significa niente altro se non che essa prescrive il comportamento umano, lo pone come dovuto, e ciò significa che essa secondo il suo senso oggettivo è obbligatoria. Se noi non la consideriamo obbligatoria anche secondo il suo senso oggettivo, non vi è – come osservato – alcuna morale, non vi è alcuna differenza tra il comando rivoltomi da un rapinatore, il cui senso soggettivo è che io gli devo consegnare il mio denaro, e la norma: non devi mentire.

Che la teoria giuridica fenomenologica sia ben lungi dal separare il diritto dalla morale, appare in particolare nel fatto che Amselek afferma l'esistenza di norme giuridiche «etiche». Egli dice, dopo aver enunciato l'affermazione sopra citata, che possono esservi norme giuridiche che regolano il corso degli astri: «Toutes les normes juridiques ne sont donc pas nécéssairement éthiques...». Per «normes juridiques», «dites éthiques», Amselek intende le norme giuridiche che hanno ad oggetto gli uomini, cioè più esattamente il comportamento umano (p. 247). A p. 232 egli dice: «les normes éthiques, c'est-à-dire celles qui ont pour objet l'homme lui-même, la conduite humaine...». A p. 248 Amselek tenta per la verità di modificare di nuovo questa definizione della norma morale. Egli dice: «Le modèle éthique est, si l'on veut, plus large qu'un simple modèle de comportement: il indique que, dans telles circonstances, dans telles conditions, tel individu (ou catégorie d'individus) peut ou doit faire telle chose: en accomplissant cette chose, cette conduite, nécessaire ou possible, l'homme ne réalise pas simplement un modèle de conduite, mais un modèle de situation dans lequel la conduite en question n'est qu'un élément...». Ma il comportamento conforme alla norma è l'unico elemento di una situazione che non consiste in altro che in questo comportamento conforme alla norma (che prescrive niente altro che questo comportamento). Amselek sostiene l'idea già menzionata che accanto alle norme giuridiche, che hanno ad oggetto gli uomini, cioè il comportamento umano, vi sono anche norme giuridiche, il cui oggetto non è il comportamento umano. Perché quest'idea sia insostenibile

l'ho già mostrato sopra (§3). A p. 237 s. Amselek afferma che vi sono in verità norme giuridiche che hanno ad oggetto gli uomini, ma non prescrivono un determinato comportamento. Per esempio: «la norme qui fixe à vingt-et-un ans l'âge de la majorité ou qui détermine les droits de l'enfant simplement conçu». Queste però non sono norme giuridiche, bensì determinazioni di singoli elementi di norme giuridiche. Cosí per esempio la determinazione dell'età vuol dire che in certe norme giuridiche che connettono ad un determinato comportamento di un uomo una determinata conseguenza giuridica, si considera solo il comportamento di un uomo di una determinata età, per esempio di 21 anni. Se tuttavia tutte le norme giuridiche – come pure le norme morali – hanno ad oggetto gli uomini, cioè il comportamento umano, tutte le norme giuridiche sono norme «etiche» nel senso della teoria giuridica fenomenologica, e di una separazione tra diritto e morale – nella misura in cui si prende in considerazione questa teoria – non si può parlare.

22. La parte più significativa - secondo la mia opinione - dell'opera di Amselek è il capitolo «Le logicisme» (p. 181 ss.), in cui Amselek tenta di dimostrare, contro l'applicazione dei principî logici alla norme giuridiche (p. 184), «le sens métajuridique, et donc l'impraticabilité, du logicisme». In riferimento al principio di non contraddizione egli dice (p. 190): «Pour la science du droit, il n'y a, évidemment, que des contradictions logiques: elle ne saurait procéder à une évaluation juridique de son objet et déclarer telle norme juridiquement "non-valable" et donc non avenue. Elle peut seulement dire que telle norme a un contenu logiquement contradictoire par rapport à celui de telle autre norme, sans tirer de cette confrontation objective une invalidation juridique». A questo riguardo è da concordare con lui nella misura in cui il principio di non contraddizione, ma anche la regola di inferenza, non sono applicabili alle norme né direttamente né indirettamente - come del resto viene assunto del tutto in generale; perciò i conflitti di norme, cioè le situazioni in cui vigono due norme che stanno in conflitto l'una con l'altra, non possono essere risolti con l'interpretazione come due asserzioni che stanno in contraddizione l'una con l'altra, delle quali, secondo il principio della logica, soltanto una può essere vera; cosí che solo una delle due norme che stanno in conflitto è da considerarsi valida. E perciò anche la validità di una norma giuridica individuale come per esempio: «Il ladro Schulze deve essere messo in prigione», non può essere dedotta logicamente, cioè tramite un'operazione logica, dalla validità della norma generale: «Tutti i ladri devono essere messi in prigione», come la verità dell'asserzione individuale: «L'uomo Socrate è mortale», consegue logicamente dalla verità dell'asserzione generale: «Tutti gli uomini sono mortali». Infatti se il giudice competente non pone la norma individuale con una decisione di volontà per un qualsivoglia motivo, essa non vige; e questa decisione di volontà non può essere sostituita da nessuna operazione logica.

Gli argomenti addotti da Amselek non sono molto chiari e, soprattutto, non colgono il momento decisivo, che cioè un'applicazione dei due principi logici alle norme sarebbe possibile solo qualora sussistesse un'analogia tra la verità delle asserzioni – cui si riferiscono i due principi logici – e la validità delle norme, e che però una tale analogia non esiste e non esiste proprio perché – anche se non esclusivamente – la verità è una qualità dell'asserzione, mentre la validità è la specifica esistenza di una norma; e ancora che la verità di un'asserzione è indipendente dall'atto di pensiero di cui essa è il senso, mentre la validità di una norma positiva è condizionata dall'atto di volontà di cui essa è il senso.

Amselek mostra in generale di non conoscere l'assai ampia letteratura in cui si è tentato di fondare l'applicazione dei principî logici alle norme nonostante il fatto che questi principì - almeno direttamente - si riferiscano solo a asserzioni, che sono vere o false. Menziono solo Jörgen Jörgensen, Imperatives and Logic («Erkenntnis», Bd. 7, S. 288 ff.); Walter Dubislav, Zur Unbegründbarkeit der Forderungssätze («Theoria», vol. III, 1937, S. 330 ff.); Albert Hofstadter and I. C. C. McKinsey, On the Logic of Imperatives («Philosophy of Science», vol. 6, 1939, S. 446ss.); Alf Ross, Imperatives and Logic («Theoria», vol. VII, 1941, Part I, p. 53 ss.); Gerhard Frey, Idee einer Wissenschaftslogik. Grundzüge einer Logik imperativer Sätze (Philosophia Naturalis, «Archiv für Naturphilosophie und philosophische Grenzgebiete der exakten Wissenschaften und Wissenschaftsgeschichte», Band 4, Heft 4, 1957); Rose Rand, Die Logik der Forderungssätze («Revue Internationale de la Théorie du Droit. Nouvelle Série», vol. 5, 1939, S. 308 ss.). Senza prendere posizione nei confronti di questa letteratura, non si può dare un giudizio ben motivato. Perciò sottolineo particolarmente il saggio sopra citato del filosofo danese Jörgen Jörgensen, che tenta di fondare l'applicabilità dei principî logici agli imperativi - e ciò significa anche alle norme che comandano - nel senso che egli ipotizza che all'imperativo sia immanente un «fattore indicativo», che può venire formulato come enunciato indicativo e che descrive il contenuto dell'imperativo, che perciò sia capace « of being governed by the ordinary rules of logic» (ibidem, p. 296). Faccio presente tutto ciò ad Amselek poiché Edmund Husserl, che Amselek giustamente considera l'autorità decisiva nell'àmbito della filosofia fenomenologica, nella sua opera Logische Untersuchungen (2. ed., 1913, Bd. I) afferma delle norme che esse racchiudono un «contenuto teoretico» (ibidem, p. 40 ss.). Se ciò fosse

giusto, di fatto non vi sarebbe alcun motivo di escludere l'applicazione dei principî logici alle norme. Ma non è giusto. Infatti la supposizione che un imperativo oppure una norma imperativa, che non sono né veri né falsi, racchiudano un fattore indicativo o un contenuto teoretico, che può essere vero o falso, che quindi imperativi o norme siano né veri né falsi e allo stesso tempo veri e falsi, è essa stessa una contraddizione logica e perciò insostenibile.

Per quanto riguarda la polemica di Amselek contro di me, devo rilevare che molto presto dopo la pubblicazione della seconda edizione della mia Reine Rechtslehre ho avuto dei gravi dubbi nei confronti dell'opinione, da me sostenuta fino ad allora, dell'applicazione indiretta dei principì logici alle norme giuridiche; e che in un saggio - evidentemente sconosciuto ad Amselek: Derogation, pubblicato in: Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound, edited by Ralph A. Newman, Bobbs-Merrill Co., Indianapolis 1962, pp. 339-355 - ho escluso esplicitamente l'applicabilità del principio della non contraddizione logica ai conflitti di norme. Il saggio si chiude alla p. 355 con le parole: «i conflitti tra norme restano insoluti, a meno che siano espressamente poste, o tacitamente presupposte, delle norme derogatorie; e la scienza giuridica è affatto incompetente a risolvere per mezzo d'interpretazione i conflitti tra norme esistenti, o meglio è incompetente ad annullare la validità di norme giuridiche positive, cosí come è incompetente a emanare norme giuridiche» (traduzione italiana a cura di Riccardo Guastini in H. Kelsen, La teoria politica del bolscevismo e altri saggi, Milano, Il Saggiatore, 1981, pp. 203-204).

23. Amselek dedica uno speciale capitolo alla critica della teoria sociologica del diritto («Le Sociologisme», pp. 150 ss.). Egli sembra respingere questa teoria, poiché afferma: «La doctrine sociologiste apparaît comme une métaphysique du droit en ce qu'elle prétend connaître le phénomène juridique sans appréhender les normes juridiques elles-mêmes ou sans exiger de celles-ci une apparence phénoménale». Questo vale nella misura in cui una scienza del diritto «sociologica» deve essere necessariamente una parte della sociologia, il cui oggetto è la realtà sociale come parte della realtà naturale, l'effettivo comportamento reciproco degli uomini che accade nello spazio e nel tempo. Perciò oggetto di una scienza sociologica del diritto può essere soltanto un determinato comportamento umano reale, e precisamente gli atti mediante i quali le norme giuridiche vengono create, applicate, osservate o violate. Le norme-di-diritto non sono però tali atti, che hanno luogo nella realtà, ma il senso degli atti, dei quali solo in senso metaforico si dice che essi «producono» norme giuridiche. E questo senso, che la norma giu-

ridica rappresenta, deve essere distinto necessariamente dall'atto, esso non può essere percepito come questo con i sensi, ma può essere solo compreso, cioè còlto con l'intelletto. Allo stesso modo in cui la verità matematica: «2 è la radice quadrata di 4», è il senso di un atto di pensiero che accade nel tempo e nello spazio, ma non questo atto di pensiero. La scienza giuridica può avere ad oggetto gli atti, il cui senso sono le norme giuridiche, solo in quanto essi sono il contenuto di norme giuridiche (o della norma fondamentale), cioè in quanto queste norme autorizzano mediante questi atti la produzione di norme giuridiche. Ho già stabilito che Amselek intende il diritto come «norma». Egli accetta anche la mia definizione di oggetto della scienza giuridica. Egli dice a p. 432: «Kelsen, en effet, nous l'avons vu, a eu l'immense mérite d'apercevoir clairement l'objet de la connaissance juridique, c'est à dire les normes juridiques, et de procéder sur cet objet à une réduction eidétique faisant apparaître ces normes juridiques dans leur structure essentielle et permettant ainsi de les appréhender en tant que telles, en personne, telles qu'elles se donnent elles-mêmes, dans leur originalité spécifique». Ma in riferimento alla specifica «qualità» delle norme giuridiche egli sostiene un'idea completamente diversa dalla mia. Ciò appare evidente già nel fatto che egli è sì d'accordo con il postulato della purezza, e cioè con il postulato di evitare il sincretismo, ma respinge l'esigenza della Dottrina pura del diritto, di affrancare la conoscenza del diritto, in quanto conoscenza delle norme, dalle considerazioni psicologiche, sociologiche e biologiche, e ciò è una manifesta contraddizione. Egli ritiene, a p. 433, che: «une science est "pure" par son objet, mais non par elle-même, en tant que tentative de systématisation de cet objet, en tant qu'explication de ces apparitions historiques. C'est pourquoi la Science du Droit... est amenée à étudier ces normes juridiques dans tout le contexte existentiel (c'est à dire psychologique et sociologique) dans lequel elles se donnent». Se una scienza, come afferma Amselek, non è «pura» in sé stessa ma attraverso il suo oggetto - il che è una contraddizione, poiché essa, anche secondo questa definizione, è ciononostante essa stessa «pura» e non il suo oggetto -, allora la scienza è pura se essa non confonde il suo oggetto specifico con altri oggetti, e cioè con gli oggetti di altre scienze. La scienza giuridica, quindi, è pura se non confonde il suo oggetto specifico, il diritto, con gli oggetti della psicologia e della sociologia. È che queste due scienze abbiano oggetti diversi da quello della scienza giuridica non può seriamente essere negato. Che la scienza giuridica proprio riguardo al suo oggetto sia una scienza diversa dalla psicologia e dalla sociologia, è manifesto. Ma, effettivamente, la teoria giuridica di Amselek si riduce ad una sociologia e psicologia. Egli dice a p. 162: «L'erreur logique du sociologisme, c'est de n'avoir pas bien compris la médiation transcendentale de la norme dans toute expérience normative, et la nécessité irremplaçable pour une science normative de postuler la phénoménalité de cette norme». Ma cosa intende Amselek con questa «phénoménalité» della norma? La sua risposta è «que "toute ordre juridique existant est naturel" au sens précis de "donné dans la réalité" (reale Wirklichkeit)». E a p. 163 s.: «le "déterminisme de la nature" ne peut être valablement invoqué à propos du phénomène juridique que si l'on restitue à la norme juridique sa "naturalité", son existence objective, que si on l'intégre en tant que telle, en tant que norme, dans la nature, dans le "cours naturel des choses"». E cita a questo proposito favorevolmente una frase di Del Vecchio: «Le droit positif est une donnée de l'experience et peut, en tant que tel, se comprendre et s'expliquer comme phénomène, c'est-à-dire être inséré régulièrement dans l'ordre des productions da la nature». Cioè, la norma giuridica è per la scienza giuridica un fatto naturale, esistente nella realtà.

Se si considerano le norme giuridiche come realtà «naturali», allora - dice Amselek - non vi è nulla da obiettare contro una scienza giuridica sociologica: «alors le schéma sociologiste apparaît reposer sur des intuitions exactes (c'est d'ailleurs, pourquoi il opère une séduction facile sur les esprits)» (p. 162). Le norme giuridiche possono essere viste come «realtà naturale» soltanto se si identificano con gli atti, dei quali esse sono senso, se si considerano questi atti come l'oggetto della scienza giuridica. Ciò è proprio quello che fa la sociologia giuridica tradizionale. Amselek non respinge affatto, di conseguenza, una teoria sociologica del diritto. Egli dichiara esplicitamente a p. 427 s.: «La Science du Droit est, elle aussi, psychologique et sociologique. – Sociologique, tout d'abord ...».

È vero che Amselek prova a dare un significato particolare alla sua veduta della «realtà naturale» della norma giuridica, ma questo tentativo va considerato fallito.

Immediatamente dopo la sua definizione (p. 162) del diritto come «naturel», come «donné dans la realité (reale Wirklichkeit)», Amselek rimanda – nel determinare il particolare significato della parola «naturel» – al concetto di «diritto naturale». «L'intuition d'un "droit naturel" n'est pas fausse; il y a bien un problème du droit "naturel". Mais sa véritable formulation doit être celle-ci: est-ce que les hommes n'ont pas certaines tendances "naturelles", c'est à dire des tendances en rapport avec certaines conditions "données" (toutes les autres conditions étant tenues pour "négligeables"), à créer, à formuler les normes juridiques, ou à se comporter de telle manière plus ou moins déterminée avec les normes juridiques existantes...?». Ciò che è «naturale» è anche «créer les normes juridiques», cioè l'atto, il cui senso è la norma giuridica.

Quando Amselek contraddistingue le norma giuridica come realtà «naturale», usa la parola «naturel» - cosí afferma a p. 164 - «dans le sense de "historique"». Ciò è già estremamente problematico, poiché certo la scienza della storia è molto diversa dalla scienza della natura, natura e storia vengono viste come due diversi oggetti della conoscenza scientifica. Amselek afferma, in verità: «cela [l'uso della parola «naturale» nel senso di «storico»] ne devra susciter aucune équivoque par la suite, lorsque qualifiant le droit de phénomène historique, "humaine", nous l'opposerons aux phénomènes historiques "naturels" (c'est-à-dire dans lesquels l'homme n'intervient pas). Le terme "naturel" sera pris là dans un tout autre sens ». Qual è, dunque, il senso, in cui Amselek usa la parola «naturel» come qualificazione del diritto, della norma giuridica? Sotto il titolo: «La Science du Droit, Science Humaine» (p. 422ss.) egli specifica: «L'histoire des instruments juridiques, c'est, en définitive, celle d'une certaine aventure humaine: cette histoire, elle est ce que les hommes font des normes juridiques, elle est l'homme lui-même faisant ces normes juridiques ... La Science du Droit se trouve donc être une science humaine, ayant pour objet un certain fait humain: l'expérience juridique». Questa «expérience juridique» non sono le norme giuridiche - come Amselek precedentemente afferma -, ma il fatto che gli uomini fanno norme giuridiche («faisant ces normes juridiques»); e quindi gli atti, dei quali le norme giuridiche sono senso.

Amselek usa la parola «naturel» secondo la sua asserzione prima citata nel senso di «historique», e «historique» come sinonimo di «humaine». Conseguentemente bisognerebbe che la scienza giuridica fosse una scienza della natura e insieme una scienza della storia e una scienza umana. Egli ammette di non accettare la distinzione consueta di «sciences humaines» e «sciences naturelles». Dice a p. 422ss.: «cette distinction, en tant que telle, ne correspond pas à l'existence objective de deux types de réalités essentiellement différentes: nous voulons dire qu'en tant que les phénomènes naturels constituent l'objet de ma connaissance, ils le constituent au même titre ... les phénomènes naturels et les phénomènes humains ont la même réalité objective, la même historicité». E: «les phénomènes humains comme les phénomènes naturels, constitutifs à mes yeux d'une même objectivité, sont passibles d'un traitement scientifique identique, d'un même type d'élucidation intellectuelle (recherche de leurs "causes", c'est-à-dire de leur raison d'apparaître, à travers la série de leurs apparitions)». Ciò si verifica quando l'oggetto della scienza giuridica è l'atto avente luogo nel tempo e nello spazio, non quando il suo oggetto è il senso di questo atto, la norma.

Particolarmente caratteristica per la visione di Amselek riguardo all'oggetto della scienza giuridica è un'affermazione a p. 422: «Ce n'est qu'à travers l'homme, à travers l'expérience artisanale humaine, que l'on peut saisir

l'être historique de l'outil», cioè della norma giuridica; e a p. 423: «les phénomènes humains» – che sono l'oggetto delle «sciences humaines» – «sont des faits de l'homme dans les cours des choses; leur raison d'apparaître doit donc être recherchée dans l'homme lui-même, et, à travers lui, dans tous les facteurs qui le déterminent à agir ...». «Et c'est dans ce sens que la Science du Droit est une science humaine: l'outil, la technique particulière que représente le droit, ne peut être approché et faire l'objet d'une élucidation correcte qu'en tant qu'on y voit une certaine présence humaine, un certain mode d'être de l'homme ...» (p. 425). Cioè: oggetto della scienza giuridica è l'uomo nel suo comportamento determinato verso il diritto. Questo è il punto di vista della sociologia giuridica tradizionale, dalla quale Amselek tenta invano di prendere le distanze.

Contro questa egli afferma che essa talvolta, come la dottrina del diritto naturale, sostiene le norme giuridiche come immanenti alla natura e che queste norme giuridiche possono venire dedotte dalla natura (p. 154). Di questo aspetto del sociologismo egli afferma a p. 156: «il permet de démonter le mécanisme intellectuel du raisonnement sociologiste. On s'aperçoit alors que celui-ci repose sur une imitation de la science, sur une demarche pseudo-scientifique». Tuttavia, nel prosieguo, specifica: «la "normativisation" (c'est-à-dire la mise en forme de norme) de l'être, sa transformation en un "devoir-être", c'est, au fond, l'attitude de tout savant en présence des phénomènes qu'il observe». Dal che consegue - come già citato nel corso della trattazione (§5) -: «Tout ce qui est, "doit" être: telle est la loi de notre connaissance, son postulat; telle est la catégorie a priori, transcendantale, telle est la forme même de notre entendement, de notre expérience scientifique... Quand le savant édicte une loi (et sous réserve des imperfections de son observation) il ne fait qu'exprimer cette exigence fondamentale de l'esprit selon laquelle "l'être doit être tel qu'il est" (ou plutôt tel qu'il paraît être): dans les mêmes conditions le même être doit se produire». Che la «normativisation» sia una legge o un postulato della nostra conoscenza della realtà, è un'affermazione del tutto infondata. Essa possiede un esplicito carattere teologico. Solo se si presuppone che la realtà percettibile fu creata da un comando di Dio, si può assumere che ciò che è deve essere. Una conoscenza, che non prenda le mosse da questo presupposto religioso, non potrà mai giungere ad intendere l'essere come dovuto. Il fatto che il principio «ce qui est, doit être» è un postulato della nostra conoscenza, - se «doit» significa «deve» (soll) - può soltanto condurre alla giustificazione, non al rifiuto della tradizionale teoria del diritto naturale, il che - ne siano o meno consapevoli i suoi esponenti - riposa su presupposti teologico-religiosi (cfr. il mio saggio Die Grundlage der Naturrechtslehre, «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», Bd. XIII, Heft 1-2, 1963, S. 1 ss.).