

## LE IDEE DEGLI ALTRI

---

**GABRIELE CIVELLO**

**Recensione a MARCELLO GALLO**  
***Stimatissimo Professor Kelsen...***  
**Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, pp. VII-107**

La recensione ha ad oggetto il libro di Marcello Gallo dal titolo “Stimatissimo Professor Kelsen...”, contenente un dialogo ideale fra il Maestro della Scuola Torinese e l'autore della *Dottrina pura del diritto*. All'interno di questa brillante ‘lettera’, l'Autore mette in luce gli aspetti condivisibili del pensiero kelseniano, non mancando tuttavia di evidenziarne alcune criticità.

*Review to Marcello Gallo, Stimatissimo Professor Kelsen..., Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, pp. VII-107*

*The review deals with the book by Marcello Gallo, entitled “Stimatissimo Professor Kelsen...”, concerning an ideal dialogue between the Master of the Turin School and the author of the Pure Theory of Law. Within this brilliant ‘letter’, the Author highlights the shareable aspects of Kelsen’s thought, while not failing to consider some critical issues.*

1. Dopo *La piccola frase di Mortara* (2014), *La regola e il giudizio* (2016), *Le fonti rivisitate* (2017) e *Postille di un penalista ad una Costituzione (fino a quando?) sovrana* (2019), Marcello Gallo affida al giurista contemporaneo un altro importante contributo alla teoria generale del diritto e alla scienza penalistica, dall'evocativo titolo “*Stimatissimo Professor Kelsen...*”.

Si tratta di una densa epistola ideale – inoltrata al fondatore della “teoria pura del diritto” a quarantasette anni dalla sua scomparsa – nella quale il Maestro torinese mette in luce i punti cruciali e, a suo parere, ancora attuali del pensiero kelseniano.

Ciò avviene, in questo volumetto dalla copertina luminosa, non già in modo neutro e asettico, bensì tramite un dialogo davvero franco e, a tratti, persino intimo e accorato con un giurista che, a *latere* di Antolisei (1882-1967), Delitala (1902-1972) e Petrocelli (1892-1976), Marcello Gallo pone tra i maestri che più hanno segnato la sua formazione di giurisperito («Da Petrocelli [ho tratto] quella partenza obbligata che è la norma, struttura e funzione; da Delitala la centralità del fatto condizionante; da Antolisei la ragionevolezza dell'interpretazione»: pag. 106).

Lo spirito dell'epistola non è, dunque, licenziare «un'ennesima disamina dell'opera [di Kelsen], compito al quale tanti studiosi hanno provveduto e provvedono egregiamente, quanto di tracciare una sorta di *giornale di bordo* delle mie reazioni a quello che più mi ha colpito e mi colpisce nei Suoi scritti», raccontando «che cosa le parole [di Kelsen mi] hanno scavato e scavano dentro» (pagg. 66-67).

Lungo questa rotta ideale, la navigazione di *Stimatissimo Professor Kelsen* si snoda attraverso alcune tappe distinte, ma al contempo legate da un chiaris-

simo filo rosso, nelle quali l'Autore intreccia i profili di pieno consenso, o di sommesso dissenso, rispetto al pensiero del giurista praghese, sollevando alcuni interrogativi che sollecitano la riflessione degli interpreti e intendono promuovere una nuova 'fioritura critica' della teoria pura del diritto.

2. Il primo e più grande merito di Hans Kelsen (1881-1973), afferma Marcello Gallo, è quello di avere fondato una *teoria pura* avente ad oggetto la struttura e i concetti fondamentali del fenomeno giuridico, precedenti e indifferenti a ogni forma di concretizzazione storica dei singoli e contingenti ordinamenti politici.

In tal modo, mettendo in chiaro una nozione puramente formale e astratta di 'diritto', Kelsen avrebbe affidato ai giuristi di tutti i luoghi e tutti i tempi una sorta di 'esperanto' o linguaggio universale costituente un 'comun denominatore' costante e condiviso; secondo le parole dell'Autore, «la teoria pura crea un linguaggio, una possibilità di comunicazione, che prescinde dalla contingenza storica e, a questo modo, offre ai ricercatori la possibilità di comprenderli vicendevolmente» (pag. 66), fornendo quasi «cornici adatte ad ogni quadro» (pag. 72).

Dopo aver ammesso, con Kelsen, che la teoria pura del diritto deve escludere dal proprio perimetro tutto ciò che è frutto di opzioni ideologiche, politiche e storiche contingenti, Marcello Gallo conclude che, a questo punto, tale *reine Rechtslehre* esibisce un contenuto piuttosto «smilzo» (pag. 48), ma assolutamente pregnante: si tratta, anzitutto, del concetto generale di 'regola' - primo 'mattoncino formale' di ogni ordinamento giuridico, a prescindere da ogni aspetto contenutistico - che per l'Autore non può coincidere con l'idea imperativistica del comando alle volontà (pagg. 5 e segg.; 24 e segg.), bensì con lo schema primigenio del 'giudizio ipotetico', strutturato secondo la formula '*se X, allora Y*': «questo, mi pare, è l'unico modo per rappresentare la norma, per darle un senso comprensivo di tutta la fenomenologia che ascriviamo al diritto» (pag. 10; cfr. pag. 49).

A tal riguardo, Marcello Gallo manifesta il proprio dissenso rispetto all'istituzionalismo di Santi Romano e della 'scuola di Nancy': infatti, Egli «non riesc[e] a vedere diritto dove non si sia formata la regola» e denuncia negli istituzionalisti «l'equivoco della sovrapposizione, senza un distinguo, della norma legale su quella reale» (pagg. 69-70).

Al contempo, però, come si diceva, nemmeno la teoria imperativistica coglie nel segno: che la regola giuridica *possa essere* (o sia precipuamente) una forma di comando alla volontà, ma *non debba* necessariamente esserlo nella propria essenza, è dimostrato dall'astratta configurabilità giuridica di regole di c.d. "responsabilità oggettiva", destinate ad operare a prescindere da qualsiasi collegamento, *in actu* o *in potentia*, con la rappresentazione e la volontà umane.

Il fatto che, nel nostro attuale sistema penale, in forza dell'art. 27 Cost., non sia più ammessa una tale controversa forma di 'responsabilità senza *culpa*' non vuol dire, afferma Marcello Gallo, che essa debba essere radicalmente bandita dalla teoria pura del diritto, posto che potrebbe astrattamente ammettersi un ordinamento giuridico che, non fondandosi sul principio di personalità della responsabilità penale, tollerasse una tale forma di imputazione. E d'altra parte, potrebbe soggiungersi, il nostro attuale diritto civile conosce pacificamente forme di responsabilità oggettiva e persino di responsabilità per un fatto altrui.

3. In accordo col pensiero kelseniano, l'Autore del testo ritiene che l'ordinamento giuridico sia costituito da una serie di regole e di contestuali doveri (una «catena di doveri»: pag. 11), organizzati secondo la celebre 'piramide rovesciata, in cui il vero fondamento non è rappresentato dalla base, bensì dalla punta estrema, vale a dire la c.d. *Grundnorm* («norma base»).

Qui Marcello Gallo formula la prima importante chiosa al pensiero del 'prof. Kelsen', precisando anzitutto che ciò che tradizionalmente si chiama 'dover essere' andrebbe, in realtà, appellato con la più corretta dizione 'esser dovuto' (pag. 17): è pur vero, dice infatti l'Autore, che *Sein* e *Sollen* presentano due strutture parzialmente difformi ed eterogenee fra loro; ma non va mai dimenticato che anche il *Sollen* - vale a dire la norma e, in definitiva, lo stesso ordinamento giuridico - è comunque un 'fatto', fatto che esibisce senza dubbio quella speciale curvatura deontologica che è tipica del 'giuridico', ma pur sempre un 'fatto' creato da persone fisiche in carne e ossa, destinato a regolare la convivenza tra persone fisiche e a concretarsi in un ordinamento sociale storicamente determinato (cfr. pag. 53); infatti, si conclude, «non è possibile pensare diritto se non pensiamo anche alla sua applicazione» (pag. 58), così che «la teoria pura deve fare [si] astrazione da contenuti storici, ma non può prescindere dalla persona umana», come recita il perentorio titolo del § XVIII del libro (pag. 58).

D'altra parte, «l'osservanza del comando è dovuta, più che alla norma giuridica, a fattori che non hanno nulla a che fare con le regole che chiamiamo 'diritto positivo'» (pag. 23), anche considerato che un comando è davvero osservato non solo quando oggettivamente ottemperato, ma anche quando «la rappresentazione della prescrizione costituisca almeno uno dei motivi che spingono al comportamento» (pag. 59). «Se ciò conduca a considerare diritto quei principi e quelle istanze che chiamiamo diritto naturale», afferma l'Autore, «è questione della quale si debbono occupare sociologia e filosofia del diritto, estranee alla teoria del diritto» (pag. 23).

Proprio in ciò emerge, dunque, che la regola è un 'essere dovuto', «è essa stessa un fatto, per ciò stesso fa parte dell'essere» (*ibidem*); il che richiama i requisiti della *effettività* e della *efficacia*, soppressi totalmente i quali la regola

rimarrebbe solo lettera morta, buona per la letteratura o la storiografia, ma inesorabilmente priva del crisma della 'giuridicità' (pur potendosi dare, in via contingente e accidentale, casi di efficacia senza effettività e di effettività senza efficacia: pag. 22).

4. Un'altra chiosa che Marcello Gallo rivolge al 'prof. Kelsen' riguarda l'idea che il vero giurista 'positivo' debba occuparsi solo dello *ius conditum*, senza invischiarsi in ciò che, essendo puro *ius condendum*, appare come storico, contingente e 'politico'.

Se così fosse, afferma icasticamente l'Autore, della emanazione di nuove leggi e di nuove costituzioni dovrebbero occuparsi... ingegneri, chirurghi o letterati, laddove invece appare chiaro che è pur sempre il giurista il 'protagonista' dello stesso *ius condendum*, come dimostrò personalmente lo stesso Kelsen, collaborando in prima persona alla scrittura della nuova Costituzione dopo la caduta dell'Impero Asburgico («... idee, mi permetta, Professore, cui proprio Lei darà una decisa smentita [...] alla fine della Prima Guerra mondiale»: pag. 18).

Un'altra contraddizione del pensiero kelseniano consiste nel fatto che il giurista praghese, dopo avere postulato un'idea assolutamente pura e quasi 'perenne' del diritto, sganciata dalle attuazioni storiche e contingenti che di essa si danno nell'esperienza mondiale, trattò e incluse all'interno della propria *reine Rechtslehre* una 'teoria generale della imputazione' che Marcello Gallo ritiene tutt'altro che 'pura': infatti, replica il Nostro, i criteri di ascrizione oggettiva e soggettiva dei fatti all'uomo, come gli stessi concetti di 'dolo' e di 'colpa', mutano da ordinamento a ordinamento e, persino, all'interno del medesimo sistema legale in tempi differenti, trattandosi di «criteri storicamente condizionati» (pagg. 47-48).

Ponendo di nuovo mente alla 'norma base', intesa come vertice della piramide rovesciata delle fonti, l'Autore ritiene indispensabile precisare che essa si chiama 'norma' solo per analogia e per il fatto che, da essa, si dipanano la legittimità e il fondamento giuridico di tutte le 'altre' norme dell'ordinamento; in realtà, è evidente a tutti che la *Grundnorm* non è, a sua volta, una vera e propria 'regola giuridica', in quanto essa si regge esclusivamente su «rapporti di forza e [sulla] cultura cui questi rapporti danno luogo» (pag. 44).

In altri termini, l'esistenza e il fondamento di ogni ordinamento ricevono la propria 'energia' dal «complesso di dati economici, politici, culturali che danno vita al clima che impone l'ordinamento in questione. Non è una norma, un comando, che sta alla base del sistema, [bensì] una constatazione effettuale che non comanda, non è imperativo, ma fotografia [o piuttosto un film, si dirà qualche riga dopo: n.d.r.] di un dato reale di oggi e di ieri. Sarà il *quod principi placet, legis habet vigorem*» (pagg. 44-45; nel seguito della disamina, si ammette che la 'norma base' possa persino sorgere e imporsi allorquando «la

massa e il significato dei comportamenti umani è di tale imponenza ed incisività da costituire una nuova chiusura»: pag. 49).

5. Qui si snoda un passaggio argomentativo della ‘epistola’ di Gallo a Kelsen che colpisce senza dubbio il lettore.

Una volta ‘squarciato il velo’ tra l’essere e il dover-essere, quest’ultimo riconosciuto senz’altro come un effettivo e ‘fattuale’ *esser-dovuto*, l’Autore del testo così conclude: «Diciamola pure tutta: se guardiamo a come si svolgono i comportamenti storicamente attuati, dobbiamo concludere che ‘diritto positivo’, cioè diritto al quale ci conformiamo nel quotidiano, è l’insieme di comandi non scritti dettati dalla nostra umanità. Non scandalizzi l’asserto: quello che per antonomasia ci si presenta come diritto positivo, quello costituito dalle norme emanate secondo protocolli precisi, nella realtà si rivela scarsamente efficiente, ‘aspirazione’ e non ‘effettualità’. Non per andare a caccia di paradossi, ma per come stanno veramente le cose, *il diritto formalmente positivo è il ‘diritto naturale’ di un gruppo sociale, quello che, [...] secondo le persone che dirigono questo gruppo, dovrebbe essere modello di ogni fare o non fare*» (pag. 61).

6. Un altro tema nell’ambito del quale Marcello Gallo ritiene di discostarsi dal pensiero di Kelsen riguarda la legittimità del processo di Norimberga e delle sanzioni che ne sono derivate.

Come noto, l’autore della *Dottrina pura del diritto* criticò sì la vicenda ‘Norimberga’, ma non per motivi strettamente giuridici, bensì per pure ragioni storiche, osservando come il processo contro i nazisti fosse stato l’espressione di una discutibile giustizia dei vincitori sui vinti.

A tal proposito, Marcello Gallo si esprime in modo particolarmente *tranchant*: «A questo punto, però, mi permetta di non essere più d’accordo. A Suo avviso il giudizio reso dal tribunale di Norimberga non creò nuovo diritto, non operò pertanto retroattivamente, ma applicò pre-esistenti regole dettate nell’Accordo di Londra. Infatti, [citando testualmente Kelsen: n.d.r.], “*la retroattività della legge applicata può difficilmente essere considerata come assolutamente incompatibile con la giustizia. La giustizia richiede la punizione di questi uomini nonostante che, per il diritto positivo, essi non fossero punibili nel momento in cui avevano posto in essere gli atti resi poi sanzionabili con forza retroattiva*”. E a questo punto [commenta Marcello Gallo: n.d.r.], Prof. Kelsen, le confesso che non mi raccapezzo più» (pagg. 78-79); infatti, per l’Autore del testo i principi di legalità e di irretroattività sono assolutamente insuperabili, e non c’è principio che possa prevalere sugli stessi. Per tale ragione, il Maestro torinese ha da sempre criticato l’art. 7, co. 2, della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, che ammette le deroghe al principio di irretroattività laddove un determinato comportamento «costitui[ss]e un

crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili»: «a leggere tutto questo», commenta l'Autore, «mi vengono i brividi. [...] È come dire: siccome hai commesso un fatto in violazione di principi generali, faccio a meno di due principi fondamentali della civiltà del diritto» (pagg. 80-81), vale a dire la legalità e l'irretroattività.

Il pensiero di Marcello Gallo sul punto è già noto, in quanto espresso chiaramente nelle precedenti sue opere: i crimini del nazionalsocialismo costituiscono veri e propri *atti di guerra*, e come tali avrebbero dovuto essere 'sanzionati', vale a dire con uno speculare 'atto di guerra', come tale sottratto al regime sostanziale e procedurale della sanzione penale; infatti, «contro infamie tanto mostruose *la guerra non finisce mai*» (pag. 82).

7. Dopo avere espresso il proprio plauso verso la teoria kelseniana sul controllo accentrato di costituzionalità delle leggi, vero strumento affinché la gerarchia delle fonti venga sempre preservata e confermata negli ordinamenti costituzionali (pagg. 82-90), Marcello Gallo rivolge sommessamente una nuova critica nei confronti del giurista praghese e, in particolare, della dottrina kelseniana sull'interpretazione del diritto.

Come è noto, Hans Kelsen sosteneva che l'interpretazione del diritto non fosse compito della teoria pura, e nemmeno delle scienze giuridiche (pag. 63): circa la prima affermazione, il Nostro Autore manifesta senz'altro il proprio consenso; la seconda, invece, desta profonde perplessità. Infatti, «interpretare significa leggere ciò che ci vuol dire, ci vuol comunicare, una regola», cercando anzitutto di comprenderne il significato letterale nonché la portata sistematica, alla luce del contesto in cui la proposizione è vigente, della connessione fra le parole e della intenzione del legislatore (pagg. 90 e segg.).

Da tale punto di vista, l'attività ermeneutica è espressione non solo di un atto di *conoscenza*, ma anche in qualche modo di un atto di *volontà*, posto che, tra una pluralità di opzioni interpretative tutte astrattamente percorribili, si tratta invero di 'scegliere' quella più congrua.

«Giunti a questo punto, Prof. Kelsen», commenta Marcello Gallo, «non riesco a seguire, me ne vergogno, il Suo pensiero. Lei ritiene che questa volizione, questa serie di volizioni, non sia affare della dottrina pura, ma semplice fattualità che sfugge alla grammatica della normativa, [...] “un problema politico-giuridico”. Asserto che condivido: mi domando, però, come si possa qualificare politico-giuridico qualcosa che riteniamo estraneo al diritto» (pagg. 97-98); inoltre, appare invero fondamentale tenere distinti i concetti di 'interpretazione' e 'discrezionalità', concetti che invece, nel pensiero kelseniano, tendono a sovrapporsi («Lei, Prof. Kelsen, ne fa un tutt'uno: considera allo stesso modo la lettura, la scelta, della fattispecie condizionante e la lettura, la scelta delle conseguenze condizionate: pag. 99»).

Qui, probabilmente, si potrebbe richiamare quanto più sopra precisato

dall'Autore torinese, vale a dire: non appare possibile sostenere che tutto ciò che esula dalla dottrina pura sia, *eo ipso*, sottratto alla cognizione del giurista; se così fosse, anche la teoria della interpretazione dovrebbe essere affidata – per ricorrere alla provocazione di Marcello Gallo – a letterati, ingegneri o chirurghi, quando in realtà è evidente che essa resta pur sempre appannaggio del giurista in senso stretto.

L'epistola *Stimatissimo Professore Kelsen* costituisce senz'altro un prezioso ausilio per lo studio del pensiero del giurista praghese e consente, nel volgere di un centinaio di pagine, di affrontare temi fondamentali dell'esperienza giuridica contemporanea; al contempo, essa rappresenta l'occasione per la messa a punto di alcuni problemi la cui soluzione kelseniana non sempre appare convincente e che Marcello Gallo affronta con magistrale chiarezza.