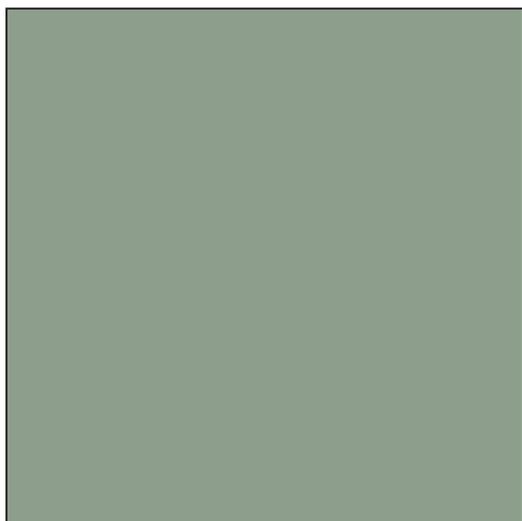


**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

15



EMANUELE CASTRUCCI

**TRA
ORGANICISMO
E "RECHTSIDEE,,**

IL PENSIERO GIURIDICO
DI ERICH KAUFMANN

UNIVERSITA' DI FIRENZE
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA



CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

BIBLIOTECA
promossa e diretta da PAOLO GROSSI

VOLUME QUINDICESIMO

Per la storia del pensiero giuridico moderno

15

EMANUELE CASTRUCCI

TRA ORGANICISMO E “RECHTSIDEE,,

IL PENSIERO GIURIDICO DI ERICH KAUFMANN



Milano - Giuffrè Editore

[ISBN 88-14-00116-2]

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1984) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

a C.S.

PREMESSA

Questo studio costituisce il tentativo di interpretazione del pensiero filosofico-giuridico e filosofico-politico di un giurista (e non già di un filosofo in senso tecnico).

In esso ci si prefigge dunque il compito di approfondire soprattutto una parte della produzione scientifica dell'autore in questione, il quale è conosciuto nel mondo giuridico pratico in primo luogo come fine elaboratore di decisioni e Gutachten che hanno dato una loro impronta al diritto costituzionale tedesco, oltre che a quello internazionale, lungo tutta la prima metà del Novecento.

Nessuna sorpresa, allora, se scarsa attenzione sarà prestata in questa sede ad opere che — pure — hanno assunto un notevole rilievo nel quadro complessivo dell'attività kaufmanniana, ma che risultano più strettamente legate alle vicende storiche del diritto positivo. Questo studio intende invece, con semplicità, valutare criticamente i tentativi di sistemazione teorica forniti da Kaufmann ad alcuni problemi sollevati dalla scienza giuridica del proprio tempo.

Nel concludere la ricerca, mi è caro ringraziare soprattutto gli amici professori Paolo Grossi, che ha voluto inserire questo volume nella collana « Per la storia del pensiero giuridico moderno » da lui diretta, e Luigi Lombardi Vallauri, mio maestro, con affetto.

E. C.

Firenze, novembre 1983.

SOMMARIO

INTRODUZIONE

| | |
|---|-----------|
| Cinque problemi fondamentali nella dottrina dello Stato di Erich Kaufmann: (I) forma politica monarchica e <i>Verfassungsstaat</i> ; (II) diritto internazionale e diritto interno alla luce dell'interpretazione della clausola « <i>rebus sic stantibus</i> »; (III) critica della filosofia del diritto neokantiana; (IV) ripercussioni della « <i>Rechtsidee</i> » sulla teoria costituzionale; (V) giustizia internazionale e « fondamento non scritto » del diritto. Cenni e rinvii | pag. 1 |
|---|-----------|

CAPITOLO I

IL PROBLEMA DELLA « FORMA POLITICA COMPLESSIVA » NELLA DOTTRINA DELLO STATO. L'ANALISI DEL PRINCIPIO MONARCHICO

| | |
|--|---|
| Principio monarchico e <i>Verfassungsstaat</i> nel loro rapporto reciproco. Prima difficoltà interpretative - L'« infruttuosità » delle filosofie classiche dello Stato - Le tre linee di tendenza dello Stato continentale ottocentesco - Posizione storico-intellettuale di Kaufmann . | 7 |
|--|---|

| | |
|---|----|
| Suddivisione del tema: a) La forma - <i>Verfassungsstaat</i> e la sua struttura problematica interna. — « <i>Verfassung</i> » e « <i>Konstitution</i> » - Il problema dell'unità politica complessiva come dialettica tra momento personalistico e momento organicistico - « Sostanza » e « esercizio » del potere sovrano: la questione dell'art. 57 dei <i>Wiener Schlussakte</i> | 20 |
|---|----|

b) Istanza personalistica nel processo di governo e principio monarchico. Loro incidenza sulla realtà costituzionale. — Brevi ragguagli storici sul principio monarchico - Suo carattere ' recessivo ' - Tendenza al compromesso tra principio monarchico e principio democratico: la distinzione tra monarchia costituzionale e monarchia

| | |
|---|------------|
| parlamentare - Il potenziamento della società civile ed i rapporti con lo Stato: la ricerca di una « forma politica generale ». Insufficienze dell'analisi di Kaufmann | pag. 28 |
| c) Dal principio monarchico al 'moderno' concetto di organismo. Con un excursus su Stahl. — La prospettiva gierkiana e Kaufmann - Teoria organicistica dello Stato e teoria del monarca come « organo dello Stato » - Critica a Stahl - 'Antico' e 'moderno' concetto di organismo - La derivazione kantiana (<i>Critica del giudizio</i> , § 65) del 'moderno' organicismo - La classificazione schmittiana dei significati di « organismo » - Le critiche di v. Oertzen a Kaufmann. Conclusione e rinvio | 39 |

CAPITOLO II

IL SIGNIFICATO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E LA CLAUSOLA «REBUS SIC STANTIBUS»

| | |
|--|----|
| I caratteri differenziali della forma - <i>Vertrag</i> nella comunità di diritto interno ed in quella di diritto internazionale: | |
| a) La dichiarazione di volontà negoziale nel diritto interno. — L'individuo come « organo » dell'ordinamento oggettivo nello statualismo organicistico del giovane Kaufmann: la volontà individuale raggiunge un « fine essenziale » (« <i>Wesenszweck</i> ») che non è degli individui, ma dello Stato - Conseguenze per la clausola « <i>r. s. st.</i> »: l'obbligo contrattuale sussiste finché il « fine essenziale » tipico continua ad essere conseguito . | 55 |
| b) La dichiarazione di volontà degli Stati. Definizione della clausola « <i>r. s. st.</i> » nel diritto internazionale. — Dal <i>Subordinationssystem</i> al <i>Koordinationsystem</i> - Concetto della clausola e questioni teoriche connesse - La tesi della clausola come <i>naturale negotii</i> , elemento inerente alla struttura logica del negozio - L'interesse degli Stati all'autoconservazione come <i>ratio</i> della clausola e come criterio valutativo su di essa - Necessaria immanenza della clausola e critica dell'opinione che vede in essa un « fatto pre-giuridico » (B. Schmidt) - Il concetto del diritto e la « totalità sopraindividuale » (<i>überindividuelles Ganze</i>) - Il problema di un ordinamento complessivo . | 63 |
| La ricostruzione kaufmanniana della clausola nel quadro ampliato di una teoria generale del diritto e dello Stato: c) Il « <i>Selbsterhaltungsrecht</i> » tra diritto e poli- | |

| | |
|--|------------|
| tica. — Diritto e 'forza' - Il concetto di 'ideale sociale' nella filosofia della storia hegeliano-rankiana: contraddizioni e 'contaminazioni' - Il diritto di autoconservazione come <i>Grundrecht</i> . Critiche . | pag. 75 |
|--|------------|

CAPITOLO III

UN PRESUPPOSTO TEORETICO NECESSARIO:
LA CRITICA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO
NEOKANTIANA

| | |
|--|----|
| Formalismo filosofico e dogmatica giuridica come responsabili dello svuotamento del significato sostanziale del diritto - Erich Kaufmann e Leonard Nelson: la scienza giuridica « senza il diritto » - Il distacco di Kaufmann dal neokantismo sud-occidentale e la proposta del recupero di una dimensione metafisica del diritto . . . | 87 |
|--|----|

| | |
|--|----|
| a) Il carattere problematico di due tesi fondamentali del neocriticismo marburghese: I) Lo scambio inavvertito tra la sfera dei concetti generali e quella delle forme categoriali - Critica delle teorie di Stammler - 'Forma' giuridica e 'materialità' economica - Eliminazione del fondamento metafisico ('cosa in sé' kantiana) e debolezza dei concetti di « <i>richtiges Recht</i> » e « <i>Sondergemeinschaft</i> » - II) Il preteso passaggio dal concetto di 'sostanza' a quello di 'relazione funzionale' meramente normativa - Sostanza e funzione nella filosofia del diritto - Critica al primo Kelsen 'marburghese' (<i>Hauptprobleme der Staatsrechtslehre</i>): la falsa purezza del logicismo e l'ideale razionalistico di una « <i>Weltrechtsgemeinschaft</i> » - La cd. 'metamorfosi' del fattuale nel normativo | 97 |
|--|----|

| | |
|--|-----|
| b) La critica di Kaufmann alla 'Scuola sud-occidentale': problemi di interpretazione. — La 'cosa in sé' ed il distacco di Kaufmann da Lask - Critica della 'filosofia della validità' laskiana - Rickert e il « minimo etico trascendente » - Valutazione complessiva della 'scuola sud-occidentale' | 111 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| c) I limiti della filosofia del diritto neokantiana alla luce della « <i>Rechtsidee</i> ». — La funzione direttiva concreta svolta dall'idea del diritto e l'oscuramento neokantiano del problema - 'Diritto' e 'potere': risposta a Heller e a Binder - Diritto e 'metafisica': critica del « minimo metafisico » proposto dai neokantiani | 119 |
|---|-----|

CAPITOLO IV

« VOLKSWILLE » E « RECHTSIDEE »
 TRA TEORIA POLITICA
 E DIRITTO COSTITUZIONALE

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| Dalla critica del formalismo allo sviluppo della <i>Rechtsidee</i> - Il realismo metafisico di Kaufmann ed i rapporti con la concezione dell'« <i>idée juridique</i> » di M. Hauriou - Conseguenze della <i>Rechtsidee</i> kaufmanniana sul piano della teoria dell'ordinamento costituzionale . | 127 |
| a) I diritti fondamentali alla luce della « <i>Rechtsidee</i> » ed i « concetti giuridici reali » (« <i>juristische Dingbegriffe</i> »). — I « <i>Grundrechte</i> » nell'elaborazione dottrinale weimariana - La collocazione del principio di « eguaglianza di fronte alla legge » (art. 109 RV) - Principii generali e « istituzioni » - L'« intuizione immediata » dell'ordinamento comunitario ed il suo soggetto - I « <i>juristische Dingbegriffe</i> » come « strutture oggettive di senso » in Kaufmann: critica dell'impostazione psicologica di R. Smend - L'istituto ed il suo « contenuto di giustizia concreto »: M. Hauriou ed il ridimensionamento della funzione svolta dalla « <i>règle de droit</i> » - « Idea » <i>versus</i> « ideologia » in Kaufmann - Excursus critico sulla « <i>Integrationslehre</i> » di Smend | 129 |
| b) Il processo di formazione della volontà popolare (« <i>Volkswille</i> ») nella critica kaufmanniana del diritto costituzionale. — « <i>Kultur</i> » e attività costituente - « <i>Volkegeist</i> », « <i>Volkswille</i> » e struttura elementare del plebiscito - Il carattere personale delle collettività ed il problema della rappresentanza - Il rappresentante come 'organo' del popolo - Critica dell'opinione rousseauiana, secondo cui « la volonté ne se représente pas » - Valutazione positiva della rappresentanza parlamentare: quanto più il <i>Volkswille</i> si esprime in forme pure ed immediate, tanto più esso risulta privo di contenuto, di influenza reale e di potere effettivo | 148 |

CAPITOLO V

IL PROBLEMA DELLA GIUSTIZIA INTERNAZIONALE
 E IL « FONDAMENTO NON SCRITTO »
 DEL DIRITTO

Il fondamento teorico della giustizia e l'idea obbiettiva del giusto nel diritto internazionale - Critica del positivismo socio-

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| logico e delle dottrine di Léon Duguit - Idealismo e realismo come prospettive tendenzialmente coincidenti | 159 |
| <p>a) I principii generali del diritto internazionale non scritto. — Il 'generale' ed il 'particolare', su un piano logico e su un piano giuridico - L'interpretazione di Kaufmann dell'art. 38 dello Statuto della CPGI dell'Aja: i principii generali riconosciuti dalle nazioni civili interpretati come <i>jus cogens</i>, e non come <i>jus dispositivum</i> - L'evidenza come requisito per l'applicazione giurisdizionale, in sede internazionale, del principio generale - Il principio della buona fede - Il principio dell'autodeterminazione dei popoli - I principii generali della convivenza come « <i>bon voisinage</i> » (ad es.: regole in materia di diritto internazionale fluviale) - I tre casi esaminati intesi, sotto il profilo teorico-giuridico, come prototipi di tre categorie distinte tra loro in base alla presenza di un atto di regolamentazione, ed alle modalità di esso - Il principio « <i>pacta sunt servanda</i> » e l'accenno ad un riesame della clausola « <i>rebus sic stantibus</i> »</p> | 163 |
| <p>b) Idea di giustizia e 'ordine istituzionale concreto' tra diritto pubblico interno e diritto internazionale. — Le relazioni reciproche tra giustizia e ordine sociale - <i>Jus naturale</i> e <i>jus gentium</i> - Trattato internazionale e legge interna: critica di Kaufmann all'impostazione monistica (nella duplice versione) ed a quella dualistica - Ancora sui <i>Grundrechte</i>: il diritto fondamentale alla piena realizzazione della personalità umana ed i difetti del <i>Wohlfahrtsstaat</i> - Il problema dell'« immagine dell'uomo » nella società massificata - Il « diritto fondamentale alla solitudine » e la saggezza politica</p> | 178 |

CONCLUSIONE

| | |
|--|-----|
| Portata e limiti dell'analisi kaufmanniana | 187 |
| Indice dei nomi | 197 |

INTRODUZIONE

Erich Kaufmann appartiene al mondo di ieri. Ma sbaglierebbe chi ritenesse di poter eludere per questo i problemi fondamentali che il pensiero di un « uomo di ieri » talora solleva, riducendoli ad oggetto di curiosità erudita o a materia di *divertissement* per lo storico delle idee.

Il pensiero di Kaufmann tocca infatti un'intera area di questioni che possono essere considerate *ratione obiecti* al centro dell'attenzione del teorico del diritto e dello Stato, al di là di ogni contingente occasione storiografica.

La principale di tali questioni — che è poi a mio avviso anche una delle direttrici tematiche per affrontare gli altri filoni connessi — è quella del significato e del valore attuale della *teoria politica organicistica*, in quanto prospettiva d'approccio ai problemi della dottrina costituzionale e dello Stato del nostro secolo ⁽¹⁾.

Risulta chiaro in questo senso che l'organicismo non costituisce, malgrado ciò che in un primo momento si potrebbe pensare, un tema d'indagine divenuto desueto nel quadro teorico-politico dei nostri giorni, segnato dalle più sofisticate problematiche dello Stato democratico e dei regimi rappresentativi che formano il « modello occidentale » a noi ben noto. La prospettiva organicistica continua invece a riemergere in senso larvamente prescrittivo, non priva di inquieta attualità, tra le pieghe degli odierni approcci funzionalistici e delle più complesse teorie dei sistemi, tanto che a chi scrive appare non inopportuno cogliere l'occasione offerta dal-

⁽¹⁾ A questa tematica sarà dedicato soprattutto il capitolo I: *Il problema della « forma politica complessiva » nella dottrina dello Stato. L'analisi del principio monarchico* e, in parte, il cap. IV: « *Volkswille* » e « *Rechtsidee* » tra teoria politica e diritto costituzionale.

l'analisi di un tipico *Staatslehrer* tedesco ad essa legato, per tentare una prima valutazione della sua fortuna ⁽²⁾.

Ciò che meriterebbe valutare — senza preconcetti di sorta, ma anche senza la minima nascosta intenzione apologetica — è soprattutto la fitta trama di elementi filosofico-politici che questa ricorrente immagine-guida, tanto più ricorrente quanto meno palesemente esposta nella forma di una dottrina, non cessa di proporre nel campo classico della teoria costituzionale e dello Stato.

Ma questo è solo il primo dei nodi tematici che l'analisi del « vecchio » Kaufmann consente al lettore avvertito di oggi. Attorno, ed accanto, alla questione dell'organicismo si dispone un'altra area di questioni di particolare interesse per la filosofia politica, che va dal dato di rilievo immediato per la concreta problematica costituzionale fino al presupposto teoretico da esplicitare in sede metodologica ed epistemologica. Per quanto riguarda il primo punto mi limiterò a ricordare il problema tipicamente novecentesco dei modi di formazione e di manifestazione della c.d. « volontà popolare » (« *Volkswille* ») nel quadro degli istituti della democrazia di massa ⁽³⁾. Per quanto riguarda il secondo punto, andrà esaminata con la maggior possibile accuratezza l'indicazione kaufmanniana della critica filosofica ai presupposti teoretici ed epistemologici del neokantismo giuridico — tematica sotto la cui etichetta Kaufmann tende ad accomunare elementi di analisi disparati, la

(2) Obiettivo però che — date le dimensioni e le esigenze tematiche del presente lavoro — potrà essere conseguito ovviamente solo in minima parte in questa sede. Le pagine che seguono intendono costituire soltanto un « lavoro preparatorio » in questo senso.

(3) Ciò particolarmente nel saggio *Zur Problematik des Volkswillens*, in « Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht », 17, hrsg. v. V. BRUNS, Berlin und Leipzig 1931, ora in *Gesammelte Schriften, zum achtzigsten Geburtstag des Verfassers am 21. September 1960*, hrsg. von A.H. VAN SCHERPENBERG, W. STRAUSS, E. KORDT, F.A. FRH. VON DER HEYDTE, H. MOSLER, K.J. PARTSCH, Göttingen 1960 (d'ora in poi = *GS*), Bd. III: *Rechtsidee und Recht - Rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Bemühungen aus fünf Jahrzehnten*, pp. 272-284.

cui complessità è in verità a tutt'oggi ben lontana dall'essere stata risolta⁽⁴⁾.

Ma ancora. Nel campo del diritto internazionale è da sempre stato più che mai visibile il punto d'interferenza tra i problemi politico-fattuali e quelli teoretico-normativi: il « linguaggio della politica » — potremmo dire — contro il « linguaggio del diritto ». Qui è soprattutto l'interrogativo su quello che viene classicamente definito il « potere vincolante del fatto », o meglio la sua « forza normativa », l'autentica *crux* del pensiero giuridico. In che modo dal fatto scaturisca la *vis obligativa* del diritto, e p e r c h é — sulla base della semplice « *Änderung der Umstände* » — si debba accordare questo « premio » in dover essere al mero essere fattuale: abbiamo in ciò uno dei più chiari esempi di come le dispute classiche della dottrina (ritenute spesso e non a torto abusate) riescano ancora a mostrare la loro forza originaria ed a far ritrovare nell'ambito dell'analisi giuridica i termini più convincenti per l'impostazione di problemi di natura teoretica.

Anche se Kaufmann non giunge ad esplicitare pienamente le tematiche che ho appena esposto, si può dire che la clausola « *rebus sic stantibus* » — interessante esempio di istituto di confine, autentica cerniera tra il giuridico ed il metagiuridico — costituisca un oggetto di indagine non irrilevante: qualcosa come il banco di prova dell'effettualità, ma anche dei limiti, della riflessione filosofico-giuridica sulla prassi storica concreta⁽⁵⁾. Il caso della clausola

(4) Mi riferisco essenzialmente alla *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie - eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Tübingen 1921 (GS III, pp. 176-245), l'opera forse più nota di Kaufmann. All'analisi di essa è dedicato il capitolo III: *Un presupposto teoretico necessario: la critica della filosofia del diritto neokantiana*.

(5) E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula « rebus sic stantibus » - Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe*, Tübingen 1911 (rist. Aalen 1964). Nelle GS III compare solo una selezione di brani di questo importante libro, sotto il titolo *Zur Philosophie des Privat- und Strafrechts*, pp. 67-132.

Per la trattazione del problema, cfr. il cap. II: *Il significato del diritto internazionale e la clausola « rebus sic stantibus »*.

in questione, nella sua pregnanza di « caso concreto dell'esperienza »⁽⁶⁾, sembra suggerire al filosofo del diritto che il modo migliore per affrontare i problemi teorici della giurisprudenza continua ad essere l'approfondimento storico-comparativo degli istituti più significativi, ben più forse della minuta vivisezione del linguaggio, attitudine spesso non corroborata dalla ricchezza del reale; e assai distante da esso. Credo che questa sia la prospettiva privilegiata che il diritto internazionale, con maggior evidenza rispetto al diritto interno, specie privato, amministrativo e processuale, consente — come ben mostra Kaufmann⁽⁷⁾ — alla riflessione filosofica che intenda davvero misurarsi con la positività sempre rinnovata dei problemi offerti dall'esperienza.

Così, nel senso di una vera e propria analisi della « positività », e non già di una semplice ricostruzione storico-erudita, vanno lette le pagine sulla *Staatslehre des monarchischen Prinzips*, cui si deve il fortunato esordio scientifico kaufmanniano. In esse il tema conduttore è quello del rapporto tra principio monarchico

(6) Il contenuto della clausola consiste infatti nella risoluzione automatica di un accordo internazionale « per effetto di un mutamento sostanziale delle circostanze di fatto che esistevano al momento della stipulazione » (cfr. R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli 1968/5a, p. 196 e ss.).

(7) Vero è — come Kaufmann stesso tiene a sottolineare nella presentazione del 1960 ai brani del libro sulla clausola r.s.st. antologizzati nelle *Gesammelte Schriften* (GS III, pp. 67-68) — che il libro non intendeva limitarsi alla tematica del diritto internazionale, e che anzi — più del titolo: *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula « rebus sic stantibus »* — andava posto in rilievo il sottotitolo: *Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe*: « Der Verfasser hatte auf den Untertitel besonderen Wert gelegt, um die Deutung der Schrift als einer nur völkerrechtlichen Arbeit auszuschliessen. Trotzdem ist sie als solche angesehen worden, in der man Ausführungen zum Privatrecht nicht vermutete... » (*ibidem*). È in particolare riguardo ai « *Vertragsbegriffe* » che la connessione esistente tra dogmatica del diritto privato e dogmatica del diritto internazionale si rende evidente: « Handelte es sich doch beim Verträge um ein Rechtskategorie, die im Privat- und im Völkerrecht eine entscheidende Rolle spielt. Um das « Wesen des Völkerrechts » zu erhellen, musste die verschiedene Funktion, die der Vertrag in beiden Rechtsdisziplinen zu erfüllen hat, herausgearbeitet werden... » (*ibidem*). — Questo punto sarà sviluppato nel capitolo II: *Il significato del diritto internazionale e la clausola « rebus sic stantibus »*.

e Stato costituzionale, dove — mentre viene mostrata l'insufficienza degli strumenti a disposizione del primo — è anche tracciata una prima indicazione verso quelle che Kaufmann ritiene essere le vie di soluzione del problema dell'unità politica nel quadro del *Verfassungsstaat*: soluzione, come vedremo, gierkiana e organicistica, il cui 'manifesto programmatico' — come lo si potrebbe definire — è consegnato nel breve saggio sul concetto di organismo⁽⁸⁾.

Ma non si comprenderebbe Kaufmann se, nel porre in primo piano questa sua componente di fine analista della realtà costituzionale tedesca direttamente in contatto con la tradizione 'liberale-germanistica', si trascurasse di considerare infine l'aspetto filosofico giusnaturalistico presente nelle sue dottrine, che appare evidente negli studi successivi sulle forme della giustizia nel diritto internazionale e sulla teoria del fondamento non scritto del diritto⁽⁹⁾. Qui Kaufmann si rifà esplicitamente a quelli che considera i suoi « maestri francesi »: Hauriou e Gény, accomunando la dottrina istituzionalistica — ma anche, in qualche misura, 'giusnaturalistica' — da questi ultimi elaborata⁽¹⁰⁾ alla propria concezione, di chiara ascendenza idealistica, della « *Rechtsidee* ».

(8) Sia le *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes* (1906) che *Ueber den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts* (1908) sono ora ricomprese per intero nelle *Gesammelte Schriften*. Per la loro analisi rinvio al cap. I.

(9) Cfr. *Règles générales du droit de la paix*, in « *Recueil des Cours* » - Académie de Droit international, 1935, t. IV, 54 de la Collection, Paris 1936, pp. 309-620. Parte dello scritto è ora riprodotto in *GS III*, pp. 320-364.

(10) Secondo le parole di Kaufmann, « la conception institutionnelle du droit est l'un des principaux objets de tous mes écrits... Les institutions sociales constituent dans leur ensemble l'ordre objectif moral. Chacune d'elles a une substance morale spécifique et est régie par des lois qui lui sont propres et qui sont constitutives pour son existence. Elles ont une 'idée', un τέλος objectif, une έντελεχεια, en vertu desquels toute réalisation individuelle rentre dès le début sous la domination de ces lois: il s'agit d'idées objectives, autour desquelles les volontés individuelles doivent se coordonner; et, bien qu'elles ne puissent s'introduire dans la vie sociale que par l'intermédiaire de nos consciences, de la moralité subjective et des vertus des individus en cause, elles ne sont pas d'ordre subjectif. " La

La posizione kaufmanniana, alla luce di tutto ciò, risulta sufficientemente delineata — contraddistinta, com'essa è, da un fondamentale eclettismo quanto alle fonti del pensiero e da una non meno fondamentale lontananza da ogni *esprit de système* quanto ai modi di esposizione di esso. Non è compito di questo lavoro approfondire in quale senso le varie aporie presenti nelle teorie dell'autore avrebbero potuto essere risolte o eliminate. Si tratta qui invece soltanto di fornire un quadro — il più possibile completo — delle tematiche effettive poste al centro del dibattito dottrinale della *Staatslehre* primo-novecentesca, rispetto alle quali la figura di Kaufmann vuole essere al tempo stesso un punto di riferimento ed un'ipotesi di lavoro 'funzionante'.

société, dit Hauriou, est un tissu dont la trame est formée par des volontés subjectives et la chaîne par des idées objectives. Elle dépasse la psychologie humaine pour prolonger en partie dans le monde des idées qu'il faut considérer comme étant extérieures à la personne humaine, bien que celle-ci soit en communication avec lui par les catégories de la raison ». Et François Gény: " Il existe à la base des institutions sociales un fonds de vérité, étranger et supérieur aux volontés et aux caprices des hommes, qui est bien matière de science ou de croyance, mais qui limite et qui domine toute action dans la sphère du droit ». La conception d'après laquelle le monde moral repose sur les enchaînements, coordinations et correspondances d'un ethos objectif d'ordre institutionnel et d'un ethos subjectif constituant la substance morale des individus, est le fondement de la philosophie du droit de Hegel et de Stahl » (*Règles générales du droit de la paix*, cit., p. 478; GS III, p. 354). Questi temi saranno trattati nel capitolo V: *Il problema della giustizia internazionale e il « fondamento non scritto » del diritto*.

CAPITOLO I
IL PROBLEMA
DELLA « FORMA POLITICA COMPLESSIVA »
NELLA DOTTRINA DELLO STATO.
L'ANALISI DEL PRINCIPIO MONARCHICO

« ... wie man versucht den neuen Inhalt
in den alten Formen zu begreifen, wie sich
das neu erwachsene Leben immer wieder
gegen diese Meisterung aufbäumen muss... ».

(E. KAUFMANN, *Studien zur Staatslehre
des monarchischen Prinzips*, 1906).

Lo scritto *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes* (1906)⁽¹⁾ costituisce per Kaufmann un lungo ed articolato tentativo di dimostrazione della seguente tesi: l'esame di ciò che in sede teoretica è il principio monarchico (*monarchisches Prinzip*) — e di ciò che in sede storico-politica sono le modalità di espressione del suo massimo depotenziamento (*monarchia costituzionale*) e del suo finale esautoramento (*monarchia parlamentare*) — è la premessa necessaria alla comprensione del moderno Stato costituzionale (*Verfassungsstaat*).

⁽¹⁾ Le *Gesammelte Schriften* kaufmanniane, in cui lo scritto è oggi ricompreso, ne suddividono in questo modo la stesura: parte prima, comprendente i paragrafi 1 e 2 (*Einleitung; Die historischen Grundlagen*) nel vol. I: « *Autorität und Freiheit* », pp. 1-49 (corrispondenti alle pp. 1-53 dell'ediz. Leipzig 1906); parte seconda, comprendente il paragrafo 3 (*Friedrich Julius Stahl als Rechtsphilosoph des monarchischen Prinzipes*) nel vol. III: « *Rechtsidee und Recht* », pp. 1-45 (corrispondenti alle pp. 53-101 dell'ediz. originale). Il testo originale costituiva la *Dissertationsschrift* sostenuta da Kaufmann il 10 marzo 1906 nell'Università di Halle.

Non a caso il sottotitolo al primo volume delle *Gesammelte Schriften* segnala come Kaufmann in ogni fase del suo pensiero (le *Gesammelte Schriften* sono del 1960) ravvisasse una profonda continuità tra i due termini storici entro i quali si sviluppa la sua analisi: « Von der konstitutionellen Monarchie bis zur Bonner parlamentarischen Demokratie ». La forma-*Verfassungsstaat* si pone così « a metà strada », quale importante modello storico-concettuale, tra la monarchia del XIX secolo e la democrazia parlamentare contemporanea: Weimar tra Berlino e Bonn. Il senso della periodizzazione kaufmanniana sembrerebbe dunque essere quello secondo cui per comprendere lo Stato costituzionale occorre necessariamente indagare dapprima la struttura della monarchia costituzionale — e soprattutto la struttura del nucleo teorico di emanazione di quest'ultima: la dottrina del « principio monarchico ».

Qui però una prima difficoltà attende il teorico, una difficoltà inerente agli strumenti stessi impiegati nell'indagine: essa consiste nell'insuperabile discrepanza esistente tra dottrina in quanto ricostruzione teorica di fatti storici reali e sviluppo concreto e materiale di tali fatti. Il primo momento non riesce mai — o, se vi riesce, riesce solo tendenzialmente — a cogliere il secondo: esiste insomma una sorta di residuo ineliminabile che fa sì che la dottrina, ben lungi dall'essere rispecchiamento teorico di fatti, innesti considerazioni esterne ed « estranee » — riconducibili all'impostazione filosofica complessiva dell'autore e recanti con sé fastidiosi, ma anche irrinunciabili, elementi di « distorsione interpretativa » dei processi reali che assume come proprio oggetto.

Si badi bene: non si tratta qui della banale osservazione circa l'impossibilità ultima per il teorico della politica di mantenersi, in sede descrittiva, entro i margini di un'auspicabile *Wertfreiheit*. Qui il punto è un altro, ed è che spesso — paradossalmente — la creatività dottrinale si produce a spese dell'effettualità costruttiva, della positività immediata della teoria stessa. In questo senso Kaufmann nota come la dottrina del « principio monarchico », concepita in autori come Friedrich Julius Stahl quale *corpus* teorico strettamente aderente al processo di sviluppo storico-istituzionale, abbia poi di fatto finito per perdere di vista

questo processo, fino a non essere più in grado di cogliere l'evoluzione — reale perché p o s i t i v a — verso il *Verfassungsstaat*.

Osserva Kaufmann: « Lo scopo della moderna dottrina della sovranità era quello di fondare la monarchia assoluta e, in Germania, di eliminare il sistema cetuale degli Stati federati. Non possiamo quindi attenderci che i concetti elaborati da questa dottrina costituiscano lo strumento più appropriato al fine di comprendere costruttivamente lo Stato costituzionale e — ad un tempo — lo Stato federale; così come non possiamo meravigliarci se si stabilisce frequentemente un'inadeguatezza tra gli assetti giuridici da costruire e i concetti a disposizione per farlo. Questo processo estremamente interessante, che consiste nel tentativo di comprendere nuovi contenuti mediante vecchie forme, di capire come la vita che cresce debba sempre nuovamente rivoltarsi contro il giogo di concetti invecchiati — il cui uso è d'altra parte inevitabile e necessario —, rappresenta l'oggetto della mia trattazione » (2).

La verità — sostiene Kaufmann ridimensionando ben presto il proprio punto di vista di partenza, in cui appariva enfatizzato il nesso di continuità tra « principio monarchico » e Stato costituzionale — è che il principio monarchico può spiegare solo in n e g a t i v o l'evoluzione che conduce al *Verfassungsstaat*. La forma-*Verfassungsstaat* in altre parole « fuoriesce » dall'area concettuale espressa dal principio monarchico, e non può essere c o l t a in modo lineare mediante gli strumenti di costruzione giuridica di cui il principio monarchico dispone. « Si tratta di

(2) « Die absolute Monarchie zu begründen und den deutschen Bundesstaat zu sprengen war die Absicht dieser Souveränitätslehre. Wir dürfen daher nicht von ihr verlangen, dass ihre Begriffe das geeignete Werkzeug sind, um den *Verfassungsstaat* und den Bundesstaat konstruktiv zu erfassen, und wir dürfen uns nicht wundern, dass häufig eine Inadaequanz besteht zwischen dem zu konstruierenden Rechtszustand und den zur Verfügung stehenden Begriffen. — Dieser höchst interessante Prozess, wie man versucht den neuen Inhalt in den alten Formen zu begreifen, wie sich das neu erwachsene Leben immer wieder gegen diese Meisterung aufbäumen muss, und wie eine Umbiegung und Umprägung der alten Begriffe notwendig wird, wird den Gegenstand unserer Erörterungen bilden » (*Studien*, in *GS* I, p. 4).

mostrare in che modo la dottrina dello Stato abbia cercato di risolvere, con i concetti ad essa propri, il problema dello Stato costituzionale e delle sue forme, in quale punto tali tentativi abbiano dovuto fare naufragio e a quali nuovi concetti lo sviluppo e le richieste dello Stato costituzionale abbiano infine rinviato » (3).

Per Kaufmann il problema è dunque quello di vedere in alcuni autori — come soprattutto Stahl, ma anche come Rousseau e Hegel — in quale misura le costruzioni di diritto costituzionale soggiacenti alle loro intuizioni filosofiche dello Stato « si siano dimostrate infruttuose ai fini di una trattazione costruttiva dei problemi caratteristici del *Verfassungsstaat* » (4). È insomma proprio da questa « infruttuosità » dei mezzi di comprensione dottrinale usati, — non solo dal razionalismo illuministico ed idealistico, ma anche dalla « filosofia della positività » del principio monarchico stahliano, la quale vede nello Stato la realizzazione del « *sittliches Reich* », — che viene posta in luce l'autentica novità della forma costituzionale borghese dell'Ottocento. Il regime parlamentare dello Stato di diritto rende in altre parole « inefficace » non solo la modellistica filosofica alla Rousseau, ma

(3) « Es wird sich darum handeln, zu zeigen, wie die Staatslehre versucht hat mit ihren Begriffen das Problem des Verfassungsstaates und seiner Formen zu lösen, woram diese Versuche scheitern mussten, und auf welche neuen Begriffe die Entwicklung und die Forderungen des Verfassungsstaatsproblem hinweisen » (*Ibid.*, spaziato mio).

(4) « Wir werden die in Betracht kommenden Autoren einer kritischen Analyse unterwerfen und zu zeigen versuchen, in welchen Beziehungen die von ihnen zugrunde gelegte Staatauffassung unfruchtbar ist zur Konstruktion der für den Verfassungsstaat charakteristischen Probleme » (*Ibid.*).

A Stahl *als Rechtsphilosoph* Kaufmann dedicherà pertanto la parte più propriamente analitica del proprio saggio sul principio monarchico. Stahl, come anche Otto BRUNNER ricorda nel suo saggio magistrale *Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip* (in *Das Königtum. Seine geistigen und rechtlichen Grundlagen*, Konstanz 1956), aveva pubblicato nel 1845 « un libro avente ad oggetto la massima fondamentale che di fatto determinava la nuova costruzione costituzionale: il titolo è *Das monarchische Prinzip* » (trad. it. in O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. SCHIERA, Milano 1970, p. 193).

anche i più adeguati perché « più storicizzati » tentativi di Stahl e di Hegel.

Ma — se queste sono le debolezze dei « filosofi » dello Stato — in che modo sarà possibile situare concettualmente la storia del principio monarchico all'interno dell'effettiva teoria costituzionale? Kaufmann si avvia a rispondere a questo interrogativo centrale sostenendo come il principio monarchico rappresenti — accanto al principio della sovranità popolare e a quello della divisione dei poteri — una delle tre fondamentali linee di tendenza che caratterizzano, ponendosi in un rapporto reciproco estremamente variabile, lo sviluppo dello Stato moderno.

Secondo Kaufmann lo Stato costituzionale moderno « ha di fronte a sé una duplice antitesi: da una parte nei confronti dello Stato dualistico-cetuale del Medioevo, dall'altra nei confronti della monarchia assolutistica. Il processo di costruzione giuridica doveva fare i conti con entrambi questi aspetti »⁽⁵⁾.

La prima linea di tendenza sottolinea quindi l'unitarietà del potere statale rispetto alla scissione medioevale in principi e ceti, imperatore e dieta: « l'unificazione del potere statale complessivo nella figura del sovrano doveva diventare una meta necessaria del processo di costruzione giuridica »⁽⁵⁾. Tale prima linea di tendenza, seguendo l'andamento del pensiero che poneva in discussione lo Stato patrimoniale e cetuale, avrebbe condotto nell'Ottocento — superata la fase dell'assolutismo e del dispotismo illuminato — alla dottrina dello Stato del principio monarchico.

⁽⁵⁾ « Der Verfassungsstaat steht in einem doppelten Gegensatz: einerseits zu dem dualistisch-ständischen Staate des Mittelalters, andererseits zu der absoluten Monarchie der neueren Zeit: die Konstruktion hatte daher seine Eigenart nach beiden Seiten hervortreten zu lassen. Die erste Tendenz musste sein, die Einheitlichkeit der Staatsgewalt gegenüber der mittelalterlichen Spaltung derselben in Fürsten und Stände, Kaiser und Reichstag zu unterstreichen: der Nachweis der Vereinigung der gesamten Staatsgewalt im Souverän musste ein notwendiges Konstruktionsziel werden » (*Studien*, in *GS* I, p. 5).

Quanto alla seconda linea di tendenza, essa — accentuando il ruolo giocato dalla componente popolare nel quadro della compagine statale, — avrebbe condotto dopo il 1848 europeo alla dottrina dello Stato del principio democratico.

Da ultimo, la terza linea di tendenza doveva invece contraddire al disegno di unificazione espresso concordemente, pur sotto segni politici differenti, dalle prime due. Nell'affrontare il principio della divisione dei poteri, essa avrebbe inteso proseguire il punto di vista che, da Locke a Montesquieu, fino a Hegel, aveva avuto lo scopo primario di spiegare lo Stato costituzionale moderno come il frutto di una dialettica borghese-liberale tra poteri contrapposti. Il suo problema essenziale restava perciò quello di mostrare « in che modo una divisione dei poteri correttamente intesa potesse conciliarsi con l'unità del potere statale correttamente intesa » (6).

Già in queste annotazioni è possibile, forse, notare un punto debole dell'impostazione kaufmanniana. Come è stato osservato, Kaufmann nell'analizzare i rapporti tra principii teorici e strutture costituzionali presceglie un metodo di indagine di rilievo esclusivamente storico-intellettuale, privilegiando in maniera unilaterale la modellistica della *Geistesgeschichte* rispetto ai contenuti concreti che soltanto un vero e proprio approfondimento storiografico avrebbe potuto chiarire senza ombra di dubbio (7). Kaufmann fa

(6) « ... wie sich eine richtig verstandene Teilung der Gewalten mit der richtig verstandenen Einheit der Staatsgewalt verträgt » (*Ibid.*, p. 6).

Secondo Kaufmann « das monarchische Prinzip, die Volkssouveränitätslehre und der Grundsatz der Gewaltenteilung sind unverschiedene Grundbegriffe zu prägen, indem hier andere Merkmale unterstrichen sind wie dort, und so verschiedene Begriffe von den Elementen, Organen und Funktionen des Staates entstehen, und indem vor allem die Grundanschauung von der staatlichen Einheit und Herrschaft eine entgegengesetzte ist » (*l.c.*).

(7) L'osservazione, e la critica, sono di P. VON OERTZEN, cui dobbiamo un interessante *excursus* su Kaufmann che rappresenta una delle poche analisi 'ravvicinate' condotte sulle teorie del nostro autore: *Erich Kaufmanns Interpretation der « Staatslehre des monarchischen Prinzipes »*, in *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus - Eine wissenssoziologische*

procedere insomma il suo sforzo interpretativo antiformalistico (vale a dire polemico nei confronti della metodologia e della dottrina dominante, che si rifacevano assai riduttivamente a Gerber e a Laband — autorità giudicate allora indiscusse) su un piano che non disdegna talora di ricorrere a considerazioni di esplicita filosofia idealistica della storia.

Kaufmann individua in altre parole due « idee » fondamentali da sviluppare sul loro stesso piano mediante progressivi accostamenti critici: quella del rapporto complessivo che si instaura tra filosofia — intesa come *Welt- und Lebensanschauung* — e teoria

Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Frankfurt a. M. 1974, pp. 130-153.

Von Oertzen osserva in generale, a proposito dell'approccio kaufmanniano, che in esso « die Frage nach dem 'Welt- und Lebensgefühl', das praktische Politik und Doktrin bestimmen, staatliche Organisation und gedankliche Gesinnung formen soll, gleitet mit Notwendigkeit in die blosse Geistesgeschichte ab, sofern nicht die Analyse des 'Geistes' einer Zeit durch die Analyse ihrer gesellschaftlichen Struktur ergänzt wird. Von einer derartigen kritischen Gesellschaftsanalyse — ja auch nur von dem Blick auf eine solche — kann aber weder in den *Studien* noch in der späteren *Organismus*-schrift irgendeine Rede sein. Kaufmann gelangt niemals weiter als bis zu einer vorläufigen Parallelisierung der Staatstheorie mit der Theologie oder der tatsächlichen Verfassungsform. Unter Voraussetzung nicht eingehend geprüfter Annahmen zieht er dann Entwicklungslinien, die den Stoff höchst geistvoll ordnen, zugleich aber nicht selten vergewaltigen; die gesellschaftlich-geschichtliche Wirklichkeit lässt sich unter einem einzigen, inhaltlich und methodisch beschränkten Gesichtspunkt nicht begreifen » (p. 132).

Anche per Oertzen Kaufmann, malgrado le dure critiche cui può (e deve) essere sottoposto, continua a rappresentare un punto di riferimento estremamente significativo nel quadro della dottrina dello Stato del nostro secolo. (Si ha comunque l'impressione che Oertzen nella sua analisi riproduca, talora ad un livello non sufficientemente critico, le preoccupazioni tipiche dello « storico », diffidente per principio riguardo alle « commistioni » con l'analisi filosofica in generale).

Cfr. comunque sul libro di Oertzen le esatte osservazioni di M. FIORAVANTI, contenute sia nella recensione *Per l'interpretazione della giurpubblicistica tedesca dell'ottocento: problemi e prospettive* (in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno » 5-6, t. II, 1976-77) sia nel volume *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano 1979, p. 263 e *passim*.

dello Stato⁽⁸⁾, e quella del significato del moderno concetto di « organismo » nella teoria politica. Queste « idee », che formano appunto l'oggetto dei due primi saggi kaufmanniani —: oltre alle *Studien* (1906) di cui stiamo trattando, lo scritto *Ueber den Begriff des Organismus* (1908), — sono assunte e decise preliminarmente in sede metafisica, mentre l'analisi storica finisce per avere nei loro confronti una funzione non molto diversa da quella di semplice « supporto ». Come osserva giustamente von Oertzen, l'influenza hegeliana è in Kaufmann — aggiungerei: specie in questo « primo » Kaufmann! — particolarmente visibile proprio nella determinazione delle tesi interpretative di fondo: così ad esempio là dove il confronto sul piano della « razionalità » (*Vernünftigkeit*) tra la forma-*Verfassungsstaat* e la monarchia legittima della restaurazione richiama una scala di valutazioni fondate su un criterio « obiettivo » di verità tipicamente idealistico⁽⁹⁾. Kaufmann — come egli stesso non esita ad ammettere⁽¹⁰⁾ — prende a prestito da

(8) Kaufmann insiste a più riprese, nel corso della sua opera, sulla produttività — relativa sia al piano del metodo, sia a quello dei contenuti puntuali dell'indagine, — dell'analisi filosofica per la teoria e la storia costituzionale. E va considerato che Kaufmann intende per analisi filosofica non già il criticismo kantiano, bensì la metafisica in senso stretto: « Die Philosophie, deren Grundanschauung die notwendige Vereinigung der gesamten Staatsgewalt fordert, ist ... nicht Kritizismus, sondern "Metaphysik" » (*Studien*, cit., in GS I, p. 8).

Kaufmann si richiama su questo punto a HAENEL: « Mit der Metaphysik, welche um der notwendigen Einheitlichkeit und Planmässigkeit aller Staatstätigkeit willen die rechtliche Vereinigung aller staatlichen Funktionen in einem Organe fordert, ist die Mannigfaltigkeit der positivrechtlichen Erscheinungen... vollkommen unverträglich und unerklärlich » (*Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, Leipzig 1888, pp. 149-150). — Cfr. anche GS III, p. XIX.

(9) Per Kaufmann « die verschiedenen Prinzipien sind also in gewissem Sinne geschichtliche Stufen: der Verfassungsstaat ist 'moderner' als die absolute legitime Monarchie; zugleich bedeuten die Prinzipien Stufen der objektiven Wahrheit: die Theorie des vernünftigen Organismus ist wahrer als die Theorien der *volonté générale* oder des sittlichen Reiches » (P. VON OERTZEN, *Die soziale Funktion*, cit., p. 134).

(10) « Was mir an Hegel wesentlich ist, ist zunächst sein Begriff der Wirklichkeit, die etwas anderes ist als das blosse Dasein oder das blosse Existieren. 'Wirklich' ist nur das, was 'eine Idee verwirklicht'; wie es zum Wesen der Idee gehört, 'verwirklicht' zu werden. Diese Deutung

Hegel il proprio concetto di « realtà » (*Wirklichkeit*), che non deve essere confuso con il mero « esserci » (*Dasein*) o « esistere », ma pensato in connessione all'« idea »: « Il richiamo alla 'cosa', che Hegel continuamente compie, e non solo nella *Filosofia del diritto*, è un richiamo all'« idea », soltanto grazie alla quale la cosa diviene realmente tale. Le cose possiedono una 'ragione' che gli uomini devono 'interrogare' — il che vuol dire che essi possono riconoscerla, come pure non riconoscerla » (11).

Così per Kaufmann il richiamo alla natura della cosa » (*Natur der Sache*) che sempre ricompare nella filosofia del diritto non deve essere inteso neo-kantianamente, vale a dire come « forma di pensiero » (*Denkform*) accanto ad altre forme di pensiero, o come « idealtipo » (*Idealtypus*, weberianamente) (12), bensì in riferimento all'« idea », che si realizza e traspare nella « cosa » stessa. Da ciò discende — sostiene conclusivamente Kaufmann — che diritto e morale non devono essere concepite come realtà separate l'una dall'altra, ma entità portatrici di una dimensione etica obiettiva (*das objektiv Sittliche*), che spetta alla filosofia del diritto rendere chiara, al di là della mera critica del diritto positivo (13).

seiner bekannten und viel verkannten Aussage über 'Vernunft' und 'Wirklichkeit' wird durch den Kommentar, den Hegel selbst in § 6 der Einleitung zu seiner "Enzyklopädie" gegeben hat, bestätigt » (GS III, pp. XXXVI-XXXVII).

(11) « Der Ruf zur 'Sache', den Hegel immer wieder, nicht nur in der Rechtsphilosophie, erhebt, ist der Ruf zur 'Idee', durch die eine Sache erst zur Sache wird. Die 'Dinge' haben eine 'Vernunft', die der Mensch 'vernehmen' soll; was bedeutet, dass er sie erkennen, aber auch verkennen kann » (GS III, p. XXXVII).

(12) In questo senso G. RADBRUCH nella *Festschrift für R. Laun*, Hamburg 1948, pp. 157 ss. — Cfr. sull'argomento le lucide osservazioni di H. HELLER, *Staatslehre*, Leiden 1934 (opera postuma), pp. 61-62.

(13) Tuttavia, Kaufmann riconosce che « mein Bekenntnis zum 'objektiven Idealismus', jedenfalls noch, unzeitgemäss ist. Nicht nur in den Augen des von der sogenannten 'Hegelschen Linken' (die keine Fortsetzung von Hegel, sondern die Verkehrung seiner Lehre in ihr Gegenteil ist) zur Geltung gebrachten, und keineswegs überwundenen, Empirismus, der alles Geistige auf einen materiellen, soziologischen oder psychologischen 'Unterbau' reduzieren will, um es dadurch vermeintlich zu 'erklären'. Auch die dialektische Theologie und die Existenzphilosophie stehen diesem

In Kaufmann è dunque presente, ed estremamente 'attiva', questa tensione filosofica verso l'elemento etico-obiettivo, di chiara derivazione hegeliana. Essa si connette — sul piano dell'analisi storico-giuridica e storico-sociale — ad un altro filone culturale, di importanza non minore al fine di delineare la personalità teorica del nostro autore: mi riferisco al pensiero del liberalismo « germanistico » nel suo complesso, che da Beseler fino a Gierke insiste sui dati del « *Volksrecht* » e della c.d. « *Assoziationstheorie* », costituendo assieme a Haenel l'unica opposizione dottrinale solida alla dogmatica gerberiano-labandiana dominante. Nelle parole di Kaufmann: « La situazione scientifica propria della fine del secolo fu per me il punto di partenza. Qui si trovava innanzitutto "la grande figura di Otto von Gierke, il cui pensiero — spesso incompreso — era combattuto da positivisti e relativisti", come osservava appropriatamente Heinrich Mitteis. Gierke, il quale — allievo di Georg von Beseler — apparteneva alla Scuola Storica, estese il proprio raggio di indagine ai fondamenti filosofici dello Stato e del diritto. A lui si contrapponeva, proveniente dalla scuola di Gerber, Paul Laband, la cui dottrina — che si dichiarava puramente 'giuridica' e capace, come tale, di astrarre per intero dal campo del 'non giuridico' — si muoveva nello spazio di una vuota dogmatica. Laband con ciò si condannava a non vedere quanto di propriamente 'giuridico' vi è nel diritto e quanto di propriamente 'statuale' vi è nello Stato. Costituì quindi per me una grande esperienza la lettura che feci, dopo Laband, dei libri di Albert Haenel. Proveniva questi dalla scuola di Robert von Mohl e riconosceva nei lavori di Gierke motivo di forte stimolo. Nella sua interpretazione del diritto pubblico tedesco e nei suoi concetti fondamentali possiamo trovare oggi una sicura dottrina del rapporto Stato-diritto e diritto-società. Anche la prospettiva politica di Haenel è quanto mai interessante, grazie non per ultimo alla più che trentennale esperienza parlamentare dell'autore. Quanto alla ricca produzione di Georg Jellinek, si deve dire che ad essa è attribuibile un'importante analisi comparativa dei fondamenti storici

Idealismus ablehnend gegenüber. Aber ich bin überzeugt, dass es im Flusse der Philosophiegeschichte perennierende Wahrheiten gibt» (GS III, pp. XXXVII-XXXVIII).

ed intellettuali dello Stato moderno. Tuttavia mancava a Jellinek, il quale apparve in ciò influenzato dal neokantismo sudoccidentale, la piena comprensione delle grandi concezioni di Gierke e di Haenel: in quanto filosofo scettico, Jellinek prescindeva deliberatamente dalle opere di questi autori, vedendo in esse esempi di quello che egli stigmatizzava come ' dogmatismo metafisico ' » ⁽¹⁴⁾.

Kaufmann si situa dunque in una posizione risolutamente anti-formalistica, intendendo con questa espressione non soltanto la critica al tecnicismo legal-positivistico, ma anche quella nei confronti della prospettiva filosofica neokantiana. Rifacendosi esplicitamente alla posizione assunta da Gierke nella sua polemica contro il diritto pubblico labandiano ⁽¹⁵⁾, Kaufmann intende mettere in guardia dai pericoli del riduzionismo positivistico nella filosofia in generale e nella metodologia giuridica in particolare.

Nel primo senso, si intravede già quello che sarà il confronto-scontro con le maggiori correnti del neokantismo: marburghese (specie la filosofia del diritto di Stammler) e sudoccidentale (specie la filosofia del diritto di Lask). Convinzione di Kaufmann era infatti che il neocriticismo arrestasse il progredire di una auspicabile *Weltanschauung* filosofica, attenta ai problemi dello Stato e del diritto, in cui fossero ricompresi e rivalorizzati (in modo per la verità alquanto eclettico!) elementi propri dell'ontologia classica platonico-aristotelica, dell'idealismo oggettivo hegeliano, ed anche del « realismo » medioevale ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ GS III, p. XV.

⁽¹⁵⁾ Secondo GIERKE « die Abweisung der philosophischen Vorfragen bedeutet... nur, dass irgendeine Weltanschauung, die durch das philosophische Denken... zu wissenschaftlich geschulter Aufzeigung und Erprobung ihres Gehaltes gezwungen werden würde, in unmethodischer und fragmentarischer Weise zur Geltung gelangt ». Così Gierke contro l'« anti-filosofica » metodologia di Laband (cit. da KAUFMANN in GS I, p. XIV).

⁽¹⁶⁾ Così KAUFMANN ricostruisce il problema in parole proprie: « Da ich selbst als Student von der südwestdeutschen Richtung stark beeindruckt war, entsprach die Auseinandersetzung mit dem Neukantianismus meinem eigenen Bedürfnis. Es wurde mir immer deutlicher, dass der Neukantianismus eine Halt gebende Weltanschauung nicht bieten konnte und daher auch gegenüber den Problemen von Staat und Recht versagen musste, weil er im

Nel secondo senso, invece, occorre sviluppare una « *science du droit* » — nel significato dato a questo concetto da Géný — opponendola alla « *technique du droit* » ed al relativismo-scetticismo dei positivisti (il quale, da parte sua — come Kaufmann non esita ad ammettere —, era capace di produrre esiti raffinati e pregevoli, come nel caso di uno Jellinek o di un Radbruch) (17).

Le *Studien* sul principio monarchico (così come il saggio sull'organicismo) cadono dunque sotto il segno di questo interesse giovanile kaufmanniano per la dimensione « obbiettiva » del filosofare, la quale — dato il periodo storico — non poteva non assumere evidenti valenze idealistiche. Nell'esaminare questi scritti non ci interesserà tanto — va detto fin d'ora — riprodurre fedelmente l'argomentazione del loro autore, e neppure prestare eccessiva attenzione al fervore — indubbiamente talora ingenuo — con cui Kaufmann dipinge quelle che sono a suo giudizio le « linee di tendenza » ideal-tipiche della costruzione giuridica (« *Konstruktions-tendenzen der rechtlichen Staatstheorie* »). Interesserà piuttosto evidenziare, nella loro portata oggettiva, i nuclei tematici che Kaufmann affronta con dottrina ancora filosoficamente incerta — inficiata come si è detto da pesanti ipoteche idealistiche. Non vi è infatti alcun dubbio che tali nuclei riescono a fornire un significativo spaccato di quelli che erano gli interessi caratteristici della teoria dello Stato tedesca del primo decennio del secolo: di una teoria cioè posta a metà strada tra il grande disegno autocratico

Grunde dem Positivismus der Zeit verfallen blieb. Aus einer zunächst überwiegend kritischen Haltung kam ich in der Folge zu ontologischen Fragestellungen und zu einem von Platon und Aristoteles und von Hegel ausgehenden "objektiven Idealismus", der auch Elemente des mittelalterlichen "Realismus" enthielt. Dabei traten die "Institute der moralischen Welt" und eine Analyse der verschiedenen Formen der "Gerechtigkeit" in den Vordergrund» (GS I, p. XIV).

(17) Secondo KAUFMANN, a JELLINEK — influenzato dal neokantismo sudoccidentale — mancava « das Verständnis für die grosse Konzeption von Gierke und Haenel; als philosophischer Skeptiker lehnte er sie als "metaphysischen Dogmatismus" scharf ab » (GS I, p. XIII). Quanto a Gustav RADBRUCH, egli coltivò per Kaufmann « einen feinsinnigen, humanen und ästhetisch gefärbten Relativismus » (GS I, p. XIV).

bismarckiano e l'ascesa della dimensione sociale che, dopo la dura parentesi della guerra, avrebbe dato vita all'esperienza weimariana.

Volendo a questo punto descrivere più da vicino gli elementi teorici che Kaufmann assume nel loro non semplice, e non univoco, interferire, va detto che essi appaiono sostanzialmente legati alle tre linee di tendenza della dottrina dello Stato costituzionale individuate in precedenza. In primo luogo il concetto di principio monarchico, quale caratterizzazione tipicamente ottocentesca (esempio classico rimane la *Charte octroyée* francese del 1814) della visione ancora formalmente monocratica del potere⁽¹⁸⁾; in secondo luogo il significato particolare che acquista, una volta accettata l'opzione monarchica, la dottrina della sovranità popolare nel suo paradigma borghese nazional-parlamentare; infine il problema dell'equilibrio interno tra i poteri (che è poi, in altri termini, il problema della « forma di governo » in senso stretto), considerato da Kaufmann come il vero punto determinante di un'analisi strutturale — quasi

(18) Secondo la celebre frase di THIERS, il passaggio dalla monarchia assoluta a quella costituzionale (e quindi a quella parlamentare) è contraddistinto dal fatto che in quest'ultima « le roi règne mais il ne gouverne pas ». Come nota Max WEBER, « diese letztere, wesentlich negative Funktion, welche an der blossen Existenz eines nach festen Regeln berufenen Königs als solcher klebt, ist vielleicht rein politisch betrachtet, die praktisch wichtigste » (cit. da C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), Berlin 1957, p. 287).

Prosegue Schmitt osservando che « die Stellung des Monarchen beruht dann vor allem darauf, dass er über den Parteien steht. Wenn der Staat durch Parlamentarisierung und Demokratisierung in einen Parteienstaat verwandelt ist, wird das zu einer besondern, bedeutungsvollen Stellung. Der König erhält in der Organisation der verschiedenen "Gewalten", gegenüber Legislative wie Exekutive, eine eigenartige Stellung. Er wird eine neutrale Gewalt, ein *pouvoir neutre*, ein sichtbares, alle Gegensätze und Reibungen zwischen den verschiedenen staatlichen Tätigkeiten und Funktionen ausgleichendes, temperierendes und moderierendes Moment, ein *invisible modérateur*. Diese Konstruktion ist für den rechtsstaatlichen Liberalismus der parlamentarischen Monarchie typisch. Sie stammt von Benjamin CONSTANT. Geschichtlich dürfte das Bürgerkönigtum von Louis Philippe ihrem Ideal am besten entsprechen. Doch ist der ganze Gedenkengang einer neutralen Gewalt auch für die Konstruktion der Stellung eines republikanischen Staatspräsidenten von unmittelbarem Interesse » (*ibid.*).

una « resa anatomica »! — delle forze giuridicamente qualificate e concretamente agenti nel quadro dello Stato contemporaneo ⁽¹⁹⁾.

Come si nota già a prima vista, i tre punti sono tra loro intimamente connessi, ed è solo al prezzo di una indispensabile semplificazione che possiamo tenerli concettualmente distinti. Il loro quadro di riferimento ultimo — non va dimenticato — è quello dato dalla forma-*Verfassungsstaat*, che costituisce l'autentico centro di imputazione delle reali problematiche dello Stato — di ordine vuoi filosofico-ideologico (ad es. problema dei modi di legittimazione e di *Auffassung* generale dello Stato come valore), vuoi pratico-istituzionale (ad es. ricerca del punto concreto di bilanciamento e di « compromesso » tra le forze agenti nel quadro statale).

Anche se la trattazione che segue dovrà limitarsi ad esaminare gli argomenti appena esposti nel loro complesso, cercherò di affrontare dapprima il problema vero e proprio — di portata storica e teorica ad un tempo — della forma-*Verfassungsstaat*, comprensivo delle tematiche indicate sotto i punti secondo e terzo (in particolare: confluenza del principio monarchico e di quello democratico nel regime monarchico-parlamentare e questione dell'equilibrio interno tra i poteri), riservando al primo punto — ed all'esame, che assume per Kaufmann valore paradigmatico, della dottrina di Friedrich J. Stahl — il resto di questo capitolo.

a) *La forma-Verfassungsstaat e la sua struttura problematica interna.*

Quando si parla di « *Verfassungsstaat* » si intende la formazione complessiva —: « regime » politico, ma anche « ordinamento » giuridico — tipica dell'Ottocento europeo. L'uso del termine è comune, ma a rigore deve considerarsi improprio: più che

(19) Su questo punto Kaufmann è in sintonia con le voci principali della dottrina costituzionale weimariana: mi limito a ricordare, fra i tanti esempi possibili, la celebre *Einleitung* di C. SCHMITT al saggio *Legalität und Legitimität* (München-Leipzig 1932; trad. it. di P. SCHIERA in C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna 1972, pp. 211 ss.).

di una *Verfassungsstaat* si dovrebbe parlare di un *Konstitutionsstaat*, con riferimento alla distinzione — centrale nella teoria politica e nella dottrina costituzionale — tra *Konstitution* e *Verfassung*.

La prima è la costituzione « formale », ovvero il testo normativo supremo nel quale il potere sovrano si autolimita e « concede » poteri certi e ben delineati ai sudditi nella forma del diritto soggettivo. Come si comprende, è questa la vera creatura dell'Ottocento liberale, l'oggetto di disputa dei movimenti politici borghesi che caratterizzano la storia del secolo⁽²⁰⁾: in ciò la « costituzione » come *Konstitution* deve essere vista come un prodotto storico determinato, una forma « variabile » dello Stato, nel senso che essa può sussistere così come può anche mancare senza che questo fatto incida sull'esistenza materiale di una compagine politica statale.

La seconda è invece la costituzione in senso « materiale »: il modo in cui le forze interne ad una compagine politica (la quale può essere lo Stato, come può non esserlo) si affrontano tra loro e si bilanciano in una concreta situazione d'insieme, la quale — nelle parole di C. Schmitt — dipende da una « decisione complessiva sul tipo e la forma dell'unità politica »⁽²¹⁾.

La borghesia liberale — come ricorda, tra gli altri, Otto Brunner — ridusse il concetto materiale di *Verfassung* al formalismo della *Konstitution* (così come, aggiungerei, ridusse il principio della legittimità a quello della legalità, vedendo nel secondo la manifestazione fondamentale, se non quella esclusiva, del primo). La borghesia liberale giunse pertanto esplicitamente a contestare « alla monarchia assoluta che il suo Stato avesse una costituzione, ed ammise l'esistenza di una costituzione solo nel caso che venissero adempiute le esigenze della libertà borghese e venisse assicurato alla borghesia influsso politico sullo

⁽²⁰⁾ Cfr., per tutti, G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (1900), Bd. III; trad. it. *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano 1949, pp. 29 ss.

⁽²¹⁾ *Verfassungslehre*, cit., p. 4: « Verfassung in absoluten Sinne ist der konkrete Gesamtzustand politischer Einheit und sozialer Ordnung eines bestimmten Staates... die Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit ».

Stato. In tal modo si contrappose lo Stato ' costituzionale ' allo Stato ' sprovvisto di costituzione ', e si individuarono, come caratteri di una costituzione, la codificazione dei diritti di libertà dell'individuo, la divisione dei poteri e l'esistenza di un documento costituzionale scritto » (22). Per Brunner « questi esempi possono bastare a mostrare con quanta consapevolezza il concetto di costituzione (*Konstitution*) nel senso del XIX secolo venga qui equiparato a quello generale (*Verfassung*). Tali esempi corrispondono esattamente al principio che condiziona la dottrina dello Stato del loro tempo, e che consiste nella formulazione post-rivoluzionaria della sovranità del principe » (23).

Da tutto ciò appare con chiarezza che la costituzione come *Verfassung* indica la vera struttura dello Stato (24), vista essenzialmente come « la relazione esistente tra il sovrano e la cittadinanza, per cui a fondamento di tutto viene posto dapprima il modello dello Stato assoluto e poi quello del XIX secolo, basato sul « principio monarchico », e della sua costituzione (*Konstitution*) » (25). Oltre a ciò, si deve aggiungere che « ci si trova qui di fronte ad una ' popolazione ' ed alla sua ' economia ', in quanto oggetto dell'ordinamento statale, esattamente nel senso del concetto liberale di società, che si contrappone allo Stato » (26).

È solo a questo livello problematico — che coglie il reciproco interferire di molteplici fattori, quali il rapporto tra sovrano e citta-

(22) O. BRUNNER, *Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte*, in *Herrschaft und Staat in Mittelalter*, hrsg. v. H. KAEMPF, « Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung », Ergänzungsband 14, 1939 (trad. it. in *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, cit., p. 7).

(23) *Ivi*, p. 11.

(24) « Der Staat hat nicht eine Verfassung, " der gemäss " ein staatlicher Wille sich bildet und funktioniert, sondern der Staat ist Verfassung, d.h. ein seismässig vorhandener Zustand, ein *status* von Einheit und Ordnung » (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 4). Sul concetto di « costituzione materiale » fondamentale resta, nella nostra letteratura, l'opera di C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Padova 1940. Cfr. sul rapporto tra costituzione « formale » e « materiale », gli scritti di H. MOKRE e HSÜ DAU-LIŦ in « Archiv f. öff. Recht » 21-22 (1932).

(25) O. BRUNNER, *op. cit.*, p. 8.

(26) *Ibid.*

dini, la società, la popolazione e la sua economia, — che si dispiega compiutamente il concetto di *Verfassung*, del quale il *Verfassungsstaat* (o meglio *Konstitutionsstaat*) ottocentesco è solo una delle forme di realizzazione storica, ma anche — come si è visto — di profonda devitalizzazione.

Ebbene, il problema generale della monarchia (« generale » perché precedente, tra l'altro, la distinzione tra monarchia come « forma di Stato » e monarchia come « forma di governo ») appare il seguente: come raggiungere l'unità politica complessiva nel quadro di uno Stato costituzionale, una volta che si sia data l'opzione monocratica? Come conciliare la dialettica tra momento personalistico (dal punto di vista del « governante ») e momento organicistico, di « integrazione effettiva » del *Volk* (dal punto di vista dei « governati »)?

Un primo tentativo di rispondere a questo interrogativo fondamentale può procedere solo da alcune premesse di carattere storico. È qui ancora Kaufmann ad osservare come al fine di comprendere — specie relativamente alla situazione del *Verfassungsstaat* tedesco — il rapporto tra titolarità ('*Zustehen*' o '*Substanz*') del diritto nella persona sovrana ed esercizio ('*Ausüben*') del diritto, con particolare riferimento all'attività di direzione politica effettiva ('*politische Leitung*'), che era rivendicata anche dalle rappresentanze cetuali e popolari, occorra risalire preliminarmente alla situazione venutasi a creare negli *Schlussakte* del Congresso di Vienna, nei quali è riscontrabile la prima definizione giuridico-formale del principio monarchico nel mondo germanico.

I *Wiener Schlussakte* avrebbero in teoria dovuto determinare univocamente il significato del principio monarchico in relazione all'« istanza personalistica del governare ». In pratica, invece, al loro articolo 57 è da attribuire secondo Kaufmann la responsabilità del noto carattere confuso e compromissorio che avrebbe segnato da allora l'intera dottrina. Ecco il dettato dell'art. 57: « Poiché la Confederazione tedesca è composta, fatta eccezione per le città libere, da principati sovrani, in forza di tale principio fondamentale consegue che il potere sovrano complessivo deve risultare concentrato nella figura del Capo dello Stato,

e che il sovrano può essere vincolato da una costituzione regionale alla collaborazione dei ceti soltanto per l'esercizio di determinati diritti »⁽²⁷⁾.

Per Kaufmann la dialettica sostanza-esercizio su cui riposa, in base a tale dichiarazione, l'essenza del principio monarchico appare qui pericolosamente confusa e suscettibile di trasferire la propria debolezza dal piano della costruzione tecnico-giuridica a quello — ben più grave, specie in un periodo di ricerca dell'equilibrio complessivo, — dell'effettualità politica.

Kaufmann ritorna a più riprese, ed in più di una sua opera⁽²⁸⁾, a criticare la formulazione compromissoria dell'art. 57, che nel concetto di « sostanza » del diritto richiama le concezioni dell'antico organicismo tedesco —: il movimento del potere statale da un « centro » geometrico ad una diramazione di punti periferici, che dovrebbero disporsi in modo 'organico' attorno al centro⁽²⁹⁾;

(27) « Da der Deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souveränen Fürsten besteht, so muss, dem hierdurch gegebenen Grundbegriff zufolge, die gesamte Staatsgewalt in dem Oberhaupte des Staates vereinigt bleiben, und der Souverän kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden » (cit. da KAUFMANN in *GS* I, p. 35).

(28) Oltre che nelle *Studien* già citate, con particolare attenzione nel saggio *Ueber den Begriff des Organismus*, in cui la critica di Kaufmann si fa più serrata: « Der Formulierung dieses Kompromissprinzipes, eben weil es versuchte Unvereinbares zu vereinen, ist es zuzuschreiben, dass die Staatslehre des 19. Jahrhunderts in ein Netz scholastischer Begriffskunststücke verstrickt worden ist, aus dem sie sich noch heute nicht völlig befreit hat. Für die Substanz der Staatsgewalt wird an dem alten Organismusbegriff und an dem alten Staatsbegriff festgehalten: alles soll nach wie vor von der einen Feder des Monarchen aus bewegt, alles von ihm geleitet und dirigiert werden. Für die Ausübung der Staatsgewalt dagegen soll die Einheit des Staates nicht mehr jene alte mechanische sei, sondern sie soll durch das Zusammenwirken zweier unabhängig von einander stehender Faktoren zustande kommen. — Was aber die "Substanz" der Staatsgewalt im Gegensatz zu deren "Ausübung" bedeuten kann, hat jenes Kompromissprinzip zu sagen wohlweislich unterlassen. Ein solcher Gegensatz lässt sich in alle Wege nicht aufzeigen: Die Substanz, das Wesen der Staatsgewalt besteht einzig und allein in deren Ausübung und Betätigung! » (*GS* III, p. 51).

(29) L'immagine guida di quello che Kaufmann definisce l'« antico organicismo » è la *Zentralmonade* di LEIBNIZ: « In dem Leibniz'schen

mentre in quello di « esercizio » (*Ausübung*) — quale vero e proprio ‘ momento autonomo » — fornisce un chiaro riconoscimento alle nuove forze parlamentari, che si dimostreranno sempre di più quali « il secondo polo » della sovranità. (Degno di nota, a questo proposito, il passo kaufmanniano in cui si mostra più dettagliatamente come i teorici tedeschi sostenitori di una moderna visione della statualità nella prima metà del secolo XIX avessero visto enormemente limitata e distorta, in seguito a tutto ciò, la loro capacità di operare una ricostruzione scientifica complessiva)⁽³⁰⁾.

Nelle *Studien* Kaufmann sviluppa poi, sul tema dell'art. 57 (che già un personaggio dell'autorità di Treitschke aveva definito « Hauptsatz des neuen deutschen konstitutionellen Staatsrecht »)⁽³¹⁾, alcune considerazioni di carattere storico-giuridico che merita senz'altro considerare più da vicino. Eccone i punti salienti: « La confusione risiede soprattutto nel fatto che in tale articolo si prescinde volutamente dalla realtà delle città libere, che viene ridotta al rango di ‘ eccezione ’, e che nel contempo si operano deduzioni a partire dal concetto fondamentale di ‘ principe sovrano ’. È facile vedere come in ciò l'intera storia costituzionale tedesca ap-

Organismusbegriffe besteht in der Tat eine “ Zentralmonade ”, die die andern umschliesst und so zu einer Einheit verknüpft » (*GS* III, p. 49).

⁽³⁰⁾ Così Kaufmann sintetizza la panoramica interna alle dottrine dello Stato del *Vormärz* tedesco (e l'unilateralità del discorso appare evidente): « Der feinsinnige Karl Salomon ZACHARIAE fand keine Nachfolge, und ebenso blieb SCHMITTHENNER eine vereinzelte Erscheinung. Sonst haben die Autoren dieser Richtung nur als politische Schriftsteller eine Rolle spielen können. — Die Art der letzten Publizisten des alten Reichs, PÜTTER, LEIST, HÄBERLIN, hatte sich überlebt; KLÜBER war der letzte grosse Repräsentant dieser Gattung. Der einzig originellere, GÖNNER, geriet in seiner letzten Periode ganz in das Fahrwasser der absolutistisch-romantischen Staatslehre. Von bleibendem Einfluss blieben bloss STAHL und die Autoren der historischen Rechtsschule » (*ivi*, pp. 51-2).

⁽³¹⁾ H. v. TREITSCHKE, *Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert*, Bd. III, p. 20 ss.

Cfr. anche, nella letteratura ‘ classica ’ del diritto pubblico tedesco, le considerazioni critiche sui *Wiener Schlussakte*, e specialmente sull'art. 57, contenute in H.A. ZACHARIAE, *Deutsches Staats- und Bundesrecht*, Göttingen 1842, Bd. I (3. Aufl. 1865: p. 51, n. 7; pp. 324 ss.; p. 599), e in O. MEJER, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, Rostock 1861, pp. 219 ss.

paia capovolta: sono infatti proprio le città libere le entità primarie che danno vita alla teoria dello Stato tedesco »⁽³²⁾.

L'antitesi tra sostanza ed esercizio del diritto, che è alla base del moderno concetto di sovranità⁽³³⁾, non è insomma creazione tedesca, ma costituisce una dottrina importata dal pensiero francese, attraverso il diritto naturale del secolo XVIII e Napoleone. Secondo Kaufmann non può restare alcun dubbio in proposito, se solo si pensa a confrontare l'art. 57 con il preambolo della *Charte* emanata da Luigi XVIII il 4 giugno 1814, in cui troviamo questa espressione: « Bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à en modifier l'exercice ». La concordanza di dizione sui punti decisivi (« autorité tout entière » e « Vereinigung der gesamten Staatsgewalt »; « modification de l'exercice » e « Beschränkung der Ausübung ») salta agli occhi e consente di pervenire, per Kaufmann, alla seguente conclusione: « la *Charte* del 1814 è l'atto formale che diede luogo per la prima volta all'antitesi tra teoria della divisione dei poteri e teoria dell'unitarietà ed indissociabilità del potere statale; tra dottrina delle origini della costitu-

⁽³²⁾ E. KAUFMANN, *Studien*, cit., in *GS* I, pp. 35-36.

⁽³³⁾ Come ricorda polemicamente C. SCHMITT, « chi nella distinzione tra esercizio e sostanza della sovranità non vede altro che un cavillo scolastico di poco conto, ha indubbiamente smarrito il senso del problema giuridico fondamentale della dottrina dello Stato, e cioè l'opposizione fra diritto e attuazione del diritto (*Rechtsverwirklichung*). Se realmente la sovranità è pienezza di potere statale — e lo è per ogni costituzione che non contempli una completa divisione, cioè limitazione dei poteri — la disciplina giuridica non regolerà che il contenuto prevedibile dell'esercizio, senza minimamente esaurire la pienezza sostanziale del potere stesso. Il problema di chi decide di questo potere, di chi decide cioè del caso non regolato dal diritto, diventa il problema stesso della sovranità. A questa sovranità, in quanto facoltà per principio illimitata di compiere ciò che le circostanze fanno ritenere necessario per la sicurezza dello Stato, si richiama appunto la monarchia della restaurazione » (*Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* (1921); trad. it. Bari 1975, p. 204). Cfr. anche R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform* (1923), ora in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Göttingen 1955, p. 83 (spec. nota 57)

zione dalla volontà delle nazioni e dottrina delle origini della stessa costituzione mediante autolimitazione da parte di un monarca in sé non limitato » (34).

In verità, le ricerche nel campo della storia costituzionale e del diritto pubblico sviluppatasi fino ad oggi sull'argomento permettono di valutare con chiarezza ben maggiore di quanto non fosse consentito nel 1906 a Kaufmann il significato teorico-politico generale del « principio monarchico » e, più in generale, della forma monocratica di governo nei suoi rapporti con il *Verfassungsstaat*, — il quale va senza dubbio al di là dell'esegesi dell'articolo 57 dei *Wiener Schlussakten*. Soprattutto le ricerche storiche di autori come Otto Brunner e Otto Hintze da una parte, e quelle teoriche di Carl Schmitt e Rudolf Smend dall'altra, ci consentono di tornare con un bagaglio di cognizioni critiche ben più affinato sull'argomento che il giovane Kaufmann ebbe il merito di segnalare. E vale la pena di ricordare qui *en passant* che l'indirizzo razionalistico-formalistico prevalso nella teoria dello Stato della prima metà del nostro secolo — secondo la linea maestra Jellinek-Kelsen, quale prolungamento del tecnicismo positivista labandiano, — non ebbe comprensibilmente alcun interesse ad approfondire le tematiche in questione. Queste ultime venivano anzi interpretate — non di rado unidimensionalmente — nel quadro di una generale « demagizzazione » (*Entzauberung, Entmythisierung*) del mondo, che prendeva in prestito le categorie interpretative weberiane per legittimare la progressiva eliminazione dei contenuti culturali giudicati regressivi e « residuali » — primo fra tutti la *personificazione*, ritenuta « non necessaria », del concetto di autorità politica (35).

(34) E. KAUFMANN, *Studien*, cit., p. 36.

(35) Cfr. invece quanto osserva in proposito R. SMEND in *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), spec. parte I, cap. 5: *Persönliche Integration* (in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., pp. 142 ss.). Su questi punti si tornerà più avanti. — Nella letteratura costituzionalistica italiana evidenzia il progressivo distacco della teoria giuridica dai contenuti del diritto naturale e la « depersonificazione » dell'autorità come istanza del razionalismo etico G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova 1964/2a. (Cfr. anche la mia recensione al libro di G. CONTRI in « Riv. internaz. di filosofia del diritto », 2/1978).

b) *Istanza personalistica nel processo di governo e principio monarchico. Loro incidenza sulla realtà costituzionale.*

Indubbiamente, ai fini di un chiarimento del significato proprio della disputa attorno alla *depersonalizzazione del potere* (che ha come rovescio — cosa assai importante per la filosofia del diritto — il problema del residuo ineliminabile di *forza* concreta che consente l'efficacia dell'ordinamento giuridico), l'analisi storico-comparativa delle strutture monarchiche di potere costituisce un contributo di primaria importanza. Se è vero che il « principio monarchico » è una delle ultime apparizioni storiche, nel quadro dell'Europa ottocentesca, del problema dell'unità politica a partire dall'opzione monarchica, è importante soffermarsi sul modo in cui tale teoria si è potuta formare nei suoi tratti caratteristici. A questo fine ci saranno particolarmente utili i brevi ma chiarissimi ragguagli storiografici — veri e propri *flashes* — di Otto Brunner.

Brunner fa coincidere con il « tramonto della *fides* » — ovvero del criterio etico distintivo dell'universalismo cristiano — il momento iniziale in cui appare in Europa il processo di secolarizzazione-desacralizzazione della vita pubblica. Se si intende dunque ricostruire le motivazioni originarie del « principio monarchico » (principio che avrebbe costituito, non dimentichiamolo, un autentico tentativo di reazione politica, in piena età moderna, al processo di secolarizzazione), occorre per Brunner risalire molto indietro.

È al quadro del primo Medioevo che occorre fare un primo riferimento, ad un quadro cioè in cui « Chiesa e mondo appaiono strettamente legati l'uno all'altro...: la *fides* in senso ecclesiastico e mondano, come fede e come fedeltà, è il principio unitario che regge questo mondo ». Pertanto, « con la rigida separazione di Chiesa e mondo, di Chiesa-istituto e Stato, venne colpita anche l'unità della *fides*; in entrambe le sfere si compì una contrapposizione degli elementi magico-mitici con quelli religiosi, e ciò non poté non aver influsso sulla concezione della grazia divina (*Gottesgnadentum*) dei re »⁽³⁶⁾.

(36) O. BRUNNER, *Vom Gottesgnadentum zum monarchischen Prinzip*,

L'antica teoria « di Dio e del diritto » continuò però a svilupparsi nelle elaborazioni dottrinali del Sei-Settecento francese, in cui « la monarchia di diritto divino risultò semplicemente assimilata all'antica investitura per grazia di Dio ». Come nota lo storico dell'arte Sedlmayr, alla cui opera Brunner rinvia, « in questo mondo moderno che inizia dopo il 1760, a partire dall'Illuminismo, l'investitura per grazia divina del re appare come un mito, che non è più creduto nelle sue linee di fondo, ma che però costituisce ancora in gran misura un simbolo. Nei tempi antichi esso era invece stato, senza dubbio, realtà, vera e propria 'fede nel re' »⁽³⁷⁾. È interessante notare che ora « la sovranità divina trova la sua massima espressione non più nell'azione statale pubblica, ma nella festa di corte, alla quale si riallaccia il teatro, la tragedia, l'opera. Compare la 'diva', la cantante divina ... »⁽³⁸⁾.

Il principio monarchico ottocentesco, reintrodotta dalla filosofia della restaurazione, non viene esplicitamente smentito —

trad. it. cit., p. 176. Cfr. G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Bd. III; trad. it. cit., pp. 215 ss.

⁽³⁷⁾ *Ivi*, p. 184 (spaziato mio). Cfr. anche K. LÖWENSTEIN, *Die Monarchie im modernen Staat*, Frankfurt a. M. 1952, e T. ELLWEIN, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staatskrise. Zur Geschichte des Verfassungsstaates in Deutschland*, München 1954.

⁽³⁸⁾ Così continua BRUNNER: « Il grande significato di ciò può essere misurato *a contrariis* dal fatto che l'attore apparteneva a quel tempo al mondo inferiore, bandito come magico, degli erranti, ai quali ancora nel XVIII secolo veniva negata la sepoltura religiosa. In questo mondo degli antichi mitologhemi, del teatro, delle feste, si verifica l'incontro fra la diva, dal basso, e il sovrano divino, dall'alto » (*ibid.*, p. 184).

Il contrasto sacro/profano che sta dietro al simbolismo della sovranità e che pervade il principio monarchico, nelle sue forme più 'esteriori', è tipicamente francese: troviamo tracce della sua 'moderna' dissoluzione, a partire dallo splendore ancora settecentesco di Versailles, attraverso la 'monarchia borghese' e Grandville, nel mondo di Baudelaire e nella Parigi del Secondo Impero, descritta magistralmente da Walter Benjamin. — All'opposto si situa il mondo pietistico tedesco criticato, nello stesso scorcio di secolo, da Kierkegaard — in cui il contrasto sacro/profano si esplica ben lontano dal simbolismo 'solare' della sovranità.

(Si tratta qui, come si vede, di concetti storico-culturali quanto mai significativi, oltre che nel campo della sociologia della conoscenza, in quello della dottrina dello Stato, che a noi in questa sede interessa).

è interessante notarlo — dall'affermazione borghese della società separata dallo Stato. La sua forma di governo si riproduce anzi per tutto l'arco dell'Ottocento europeo, dalla Francia alla Germania, fino a poter essere considerato, in quanto « monarchia costituzionale », come il sistema tipico dello Stato prussiano-tedesco⁽³⁹⁾ Ma i tratti essenziali della situazione tedesca sono naturalmente — specie sotto il profilo sociologico — assai differenti dalla situazione-modello francese, la quale — come osserva polemicamente Kaufmann — non fa altro che esplicitare il « nucleo » bodiniano della sovranità⁽⁴⁰⁾.

(39) O. HINTZE, *Das monarchische Prinzip und die konstitutionelle Verfassung*, in *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, hrsg. V. G. OESTREICH, 2. erw. Aufl., Göttingen 1962, p. 359.

(40) Cfr. il paragrafo 2: « *Die absolute Monarchie als Vorgänger des Verfassungsstaates* » delle *Studien* cit., in *GS* I, pp. 9 ss. Kaufmann polemizza con il punto di vista teorico-statale che trae le sue origini dalla dottrina bodiniana della sovranità, secondo cui « *das monarchische Prinzip gilt als der alleinige Schöpfer, Träger und Förderer des modernen Staatsgedankens* ». Per Kaufmann, al contrario, « *die Geschichte des 13. und sodann des 14. bis 16. Jahrhunderts lehrt, dass es grosse nationale Bewegungen des gesamten Volkes waren, die unser modernes Staatensystem geschaffen haben, dass keineswegs nur die Erneuerung der römischen Imperium-Idee, sondern vor allem auch die Wiederbelebung des aristotelischen demokratischen Staatsgedankens wirksam gewesen ist, ja dass die Souveräne nur dadurch Führer und Förderer des modernen Staatsbewusstseins werden konnten, dass sie sich zu Organen dieser grossen nationalen Bewegung machten* » (pp. 10-11).

E nella nota 10 KAUFMANN prosegue così la sua polemica « germanistica »: « *Jene Geschichtsauffassung des "monarchischen Prinzipes" falsch verfährt, wenn sie einseitig die Bedeutung der Fürsten und der absoluten Monarchie für die Entstehung des modernen Staates und der öffentlich-rechtlichen Grundbegriffe hervorhebt. Der Grund für das Vorwiegen dieser Geschichtsdarstellung scheint mir darin zu liegen, dass die erste historische Rückbesinnung im 19. Jahrhundert von einer Zeit und von Männern ausging, die in schroffem Gegensatz zu der Revolution und dem Naturrecht standen, denen alles, was an Volkssouveränität, Gewaltenteilung, oder Parlamentarismus erinnerte, verdächtig war, und die sich, ihren Restaurationstendenzen entsprechend, vorwiegend an der absoluten Monarchie orientieren. Unterstützt wird diese Neigung durch die akademische Trennung der deutschen Rechtsgeschichte und des Staatsrechts. Die Darstellung des*

Kaufmann in ciò conferma il carattere « liberale-germanistico » e fundamentalmente gierkiano della sua critica, la quale è più attenta a cogliere *geistesgeschichtlich* la realtà ideale del *Volk* nel suo divenire immanente ed « organico », che non ad interpretare l'essenza borghese-industriale della società, i cui movimenti venivano analizzati — in quegli stessi anni — dalla nascente sociologia mediante l'ausilio delle ben più affinate categorie weberiane. Ma va detto che l'insistenza di Kaufmann sul piano storico-ideale contiene in sé anche embrioni di sviluppo teorico su fenomeni che — come quello dell'« organicismo » — il razionalismo formalistico della sociologia tendeva a sottovalutare, interpretandoli come del tutto subordinati al mondo borghese-industriale, la cui logica tendeva a farsi prevalente anche in Germania. (Si pensi a figure-chiave come quella di Rathenau!).

Ma queste notazioni — che non possono essere qui sviluppate e che verranno pertanto riprese più oltre ⁽⁴¹⁾, — rischiano di fuorviare il nostro discorso, il quale deve invece ritornare al suo nucleo tematico iniziale, che è quello dello sviluppo otto-novecentesco della forma-*Verfassungsstaat* in rapporto con l'opzione « personalistica » e « monarchica » di governo.

Dovendo fare il punto su quanto si è detto fin qui, due sono i dati salienti che emergono dall'analisi degli scritti kaufmanniani: a) il carattere per sua natura « recessivo » del principio monarchico, nel senso che quest'ultimo tende *necessariamente* — vuoi per sua debolezza politica, ma vuoi anche per l'inadeguatezza della sua elaborazione concettuale — a venire a com-

Staatsrechts beginnt mit der Zeit des Rheinbundes und der Gründung des Deutschen Bundes, also mit der Zeit, wo die deutsche Landeshoheit zu einer wirklich öffentlich-rechtlichen — absoluten — Staatsgewalt geworden ist. Und von diesem Staatsgewaltbegriffe pflegt man auch für die Konstruktion auszugehen, unter Vernachlässigung anderer, nicht minder öffentlich-rechtlicher Begriffe, die in der deutschen Rechtsgeschichte nach Existenz ringen. Bodinus wird der Apostel der modernen Staatsrechtswissenschaft, und ein Mann wie Marsilius von Padua wird dem Mittelalter zugerechnet! » (*ibid.*).

⁽⁴¹⁾ Cfr. specialmente il cap. VI: « *Volkswille* » e « *Rechtsidee* » tra teoria politica e diritto costituzionale, pp. 144 ss.

promessi con i principii antagonistici della democrazia e del parlamentarismo in quella che sarà la sequenza obbligata « monarchia costituzionale - monarchia parlamentare - regime democratico » tipica dell'Europa tra Otto e Novecento; *b*) l'ascesa inarrestabile della società civile rispetto allo Stato, dove appare chiaro che la società civile costituisce il vero e proprio elemento dinamico del processo politico complessivo. Ma vediamo partitamente questi dati.

Per quanto riguarda il primo dato, è evidente che la storia ottocentesca del principio monarchico è fin dall'inizio la storia del suo declinare, ovvero della progressiva limitazione giuridica dell'autorità politica centralizzata nelle forme della monarchia costituzionale dapprima, e del regime parlamentare poi. Gli stessi teorici della Restaurazione — almeno quelli più avvertiti, come Talleyrand — ne sono consapevoli.

La dottrina costituzionale deve ben presto adattarsi ad affrontare, con i propri strumenti concettuali, un quadro in cui gli istituti fondamentali del principio monarchico, pur non formalmente abrogati, vengono posti in seria crisi. Istituti classici (ad es. successione al trono, rinuncia, posizione del reggente, dei giudici, dei ministri, ecc.) subiscono la critica — e la censura — di quella che senza esitazione potrebbe essere definita la « dittatura ideologica » della borghesia. Ecco una ricostruzione tipica di tale quadro problematico: « Rapidamente compaiono tendenze che conducono al principio parlamentare. Contro la *Charte* sorge la richiesta di una costituzione (*Konstitution*) riposante sul principio della sovranità popolare. In Francia la dottrina del « *pouvoir constituant* » del popolo e del « *pouvoir neutre* » del re — sviluppata da Benjamin Constant ed affermata a partire dal 1830 — doveva condurre ad una repubblica basata sul principio della sovranità popolare (...). Nell'Europa centrale il principio monarchico continua a sussistere, in modo più o meno manifesto, fino al XX secolo. Ma anche qui, alla fine, il dato di fatto reale della *vita parlamentare* scaturisce da principii di fondo che non sono conciliabili con il principio monarchico e che possono stabilire con esso soltanto dei compromessi. Dove si affermò un diritto di voto generale,

che implicitamente recava con sé l'idea della sovranità popolare, venne compromesso il principio monarchico stesso » (42).

La verità è che « il principio monarchico ... non è più la genuina investitura per grazia divina » (43): ora esso è diventato invece « una formula di diritto statale (*staatsrechtliche Formel*), al di là della quale non è possibile risalire ulteriormente. Il sovrano

(42) O. BRUNNER, *Vom Gottesgnadentum*, tr. it. cit., p. 194 (spaziati miei). Cfr. su quest'ultimo punto C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München-Leipzig 1923.

Come osserva equilibratamente il « vecchio » von Martitz, la questione vera non è tanto quella di costituzioni « libere » o « non libere », di « primato della legge » o della « volontà sovrana », bensì quella del raggiungimento dell'unità politica: dell'« *organisatorisches Prinzip* », ovvero lo strumento concreto da predisporre a tal fine: « In der That, die Gegenüberstellung von freien und unfreien Verfassungen, von absoluten und konstitutionellen Staaten reicht nicht aus, um feste Anhaltspunkte für eine Einteilung der Staatsformen zu gewinnen. Der Gegensatz ist durchaus relativ, lediglich aus den spezifischen Einrichtungen des modernen Staatslebens abgezogen. Soll die Staatsgewalt sich als einheitliche Willensmacht auch thatsächlich darstellen, so kann sie nicht auf das Gegengewicht rivalisierenden Institutionen gestellt werden. Die grosse und einfache Wahrheit, die das konstitutionelle System der Welt verkündet hat, der Gedanke, dass die Regierung nach Gesetzen die Grundlage alles Staatsrechts ist, hat auch den konstitutionellen Staat nicht der Notwendigkeit überhoben, sich einem organisatorischen Prinzip unterzuordnen, welches das einheitliche Zusammenwirken der staatlichen Gewalten bei Lösung der öffentlichen Aufgaben gewährleistet und sicherstellt. Um dieses Prinzip handelt es sich an erster Stelle, wenn wir uns über die Struktur einer konkreten Staatsverfassung Aufschluss verschaffen wollen. Erst in dem Nachweis des organisatorischen Prinzips, nach welchem der Gesamtplan des staatlichen Lebens angelegt ist, kommt die Form des Staates zum Ausdruck » (F. VON MARTITZ, *Monarchie als Staatsform*, Berlin 1903, p. 19, spaziati miei). V. anche E. BERNATZIK, *Republik und Monarchie*, Freiburg i. Br. 1892 (su cui la recens. di O. HINTZE, in « *Schmollers Jahrbuch* », 21, 1897). O. MAYER, *Republikanischer und monarchischer Bundesstaat*, in « *Archiv für öff. Recht* » Bd. 18, 1903, pp. 37 ss.; H.O. MEISNER, *Die Lehre vom monarchischen Prinzip im Zeitalter der Restauration des Deutschen Bundes*, Breslau 1913.

(43) Sulla differenza tra « monarchia di diritto divino » ed altre dottrine analoghe, quali ad es. quella della « sacralità » del potere, chiare distinzioni sono fatte da A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e d'interpretazione*, Torino 1962, pp. 258 ss.

è organo dello Stato, e quest'ultimo viene pensato come istituto, come persona reale, come persona giuridica »⁽⁴⁴⁾. La caratteristica della monarchia costituzionale sta proprio nel fatto che il monarca è inquadrato nell'ordinamento giuridico quale organo supremo dell'esecutivo e rappresentante dell'unità politica, mentre una forza a base elettiva — il parlamento — si contrappone a lui quale « secondo rappresentante ». In ciò si attua senza dubbio il principio organizzativo che è proprio dello Stato borghese di diritto, fondato sulla divisione o sul bilanciamento tra i poteri, ma si deve riconoscere che la questione fondamentale della sovranità (sia sotto l'aspetto della titolarità che sotto quello dell'esercizio) resta aperta ed irrisolta.

Kaufmann, riguardo a questi aspetti problematici, si mostra ancora una volta molto vicino alle tesi di Gierke. Come egli si esprime nella prefazione al primo volume dei propri scritti, *Autorität und Freiheit*⁽⁴⁵⁾, « lo scopo dei miei scritti era quello di mostrare che se grande era stata l'importanza della monarchia assoluta nella genesi europeo-continentale dello Stato moderno, ai fini della formazione specifica della coscienza statale tedesca avevano influito due principii fondamentali di organizzazione: il principio del ' dominio ' (*Herrschaft*) proprio dell'assolutismo monarchico, ed anche — soprattutto — il principio delle antiche ' comunità ' germaniche (*Genossenschaften*). Pertanto — come le mie *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes* cercarono di mostrare — la monarchia costituzionale, che si era proposta di operare un collegamento tra i due suddetti principii di organizzazione, doveva essere pensata anche in rapporto alla storia dell'evoluzione statale tedesca, rispetto alla quale non costituiva alcunché di ' estraneo ' »⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ O. BRUNNER, *op. cit.*, p. 195 (anche la nota precedente). Cfr. F. VON MARTITZ *op. cit.*, pp. 26-27, che vede nella Corona « ein unmittelbares Staatsorgan ». Il diritto della Corona secondo Martitz « ist kein verliehenes, sondern gründet sich unabgeleitet auf die Rechtsordnung, die ihn auf seine erhabene Stelle beruft, ist eigenes Recht schlechtin, von Gottes Gnaden. Er ist endlich das souveräne Organ... ».

⁽⁴⁵⁾ In *Gesammelte Schriften*, I, p. XVI.

⁽⁴⁶⁾ *Ibid.*, pp. XVI-XVII.

In particolare, secondo Kaufmann, per comprendere il difficile rapporto, nel quadro del *Verfassungsstaat*, tra forma monarchica di governo e rappresentanze popolari (*Volksvertretungen*), non era possibile trascurare il fenomeno — tipicamente germanico — delle « *landständische Verfassungen* », ovvero le costituzioni emanate da quelle forme di rappresentanza cetuale locale che si ponevano accanto al monarca ed al parlamento in una sorta di rapporto di « divisione dei poteri ». Come osserva Kaufmann, il quale condivide a questo proposito il programma gierkiano di sintesi tra *Herrschaft* e *Genossenschaft*, tra *Anstalt* e *Verein* ⁽⁴⁷⁾, « la questione se il dualismo di potere tra le rappresentanze elettive — quella centrale e le locali —, che caratterizzava il diritto pubblico della monarchia costituzionale, fosse destinato a mantenersi nel tempo, o se invece dovesse essere riassorbito nel sistema di governo parlamentare, era allora una questione di dinamica politica la cui risoluzione dipendeva dal modo di vedere i numerosi fattori che entravano in gioco nella concreta vita costituzionale » ⁽⁴⁸⁾.

La distinzione generale più chiara, valida non solo per la Germania, ma per l'intero paradigma costituzionale europeo, è quella che C. Schmitt sintetizza nel passaggio dalla monarchia costituzionale in quanto « pura forma di Stato, non già mera forma di governo od elemento di organizzazione dell'esecutivo » (« *echte Staatsform, nicht nur Regierungsform und Organisations-element der Exekutive* ») alla monarchia parlamentare (tipico il caso della « monarchia borghese » nella Francia di Luigi Filippo e della costituzione belga del 1831), in cui il monarca resta il capo dell'esecutivo, ma la funzione di direzione politica viene a dipendere da un accordo con la maggioranza parlamentare. In quest'ultimo caso « la forma di Stato non risulta più essere

⁽⁴⁷⁾ Cfr., specie sui primi due volumi del *Deutsches Genossenschaftsrecht* (1868 e 1873; rist. Graz 1954), E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, Berlin 1961; trad. it. di P. SCHIERA, Milano 1970, pp. 182 ss.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 319 ss.

⁽⁴⁸⁾ E. KAUFMANN, *op. cit.*, p. XVII. Tracce di questo problema anche nei due saggi « storico-politici » fondamentali di Kaufmann: *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung* (1917), in *GS I*, pp. 143 ss., e *Über die konservative Partei und ihre Geschichte* (1922), in *GS III*, pp. 133 ss.

quella monarchica, divenendo la monarchia piuttosto un elemento di organizzazione funzionale al quadro di bilanciamento dei poteri caratteristico dello Stato di diritto liberale »⁽⁴⁹⁾.

Schmitt assume questa distinzione — di particolare interesse, ai fini di un approfondimento analitico, — da Stahl, teorico della monarchia prussiana. In base a tale distinzione « l'essenza della monarchia costituzionale consiste nel fatto che in essa il monarca possiede ancora un potere reale: la sua *v o l o n t à p e r s o n a l e* ha ancora valore e non si dissolve affatto nel parlamento. Al monarca vengono insomma « assicurati i suoi poteri ed egli resta un fattore a sé stante nel quadro dello Stato » (F. J. Stahl, *Die Revolution und die konstitutionelle Monarchie*, 2^a ediz., 1849, p. 33, 76 ss., 93 ss.). Si può chiamare tale quadro « monarchia costituzionale » e si può anche contrapporlo a quello della « monarchia parlamentare » (...). Non si può comunque disconoscere che la vera contrapposizione politica era, sul piano dei principii, quella tra monarchia e democrazia. La monarchia costituzionale non è tanto una forma di Stato particolare, ma piuttosto una forma di collegamento tra i principii dello Stato borghese di diritto ed il principio monarchico, che si rivela — specie nei periodi di conflitto e di crisi — nel mantenimento della sovranità da parte del monarca »⁽⁵⁰⁾.

La debolezza ed il carattere che abbiamo denito « recessivo » propri del principio monarchico appaiono a questo punto in tutta chiarezza, di fronte al « destino » del compromesso con il regime parlamentare — il quale può essere a sua volta considerato quale emanazione, del tutto funzionale al dominio della borghesia, del principio della sovranità popolare.

È possibile a questo punto chiarire meglio anche quanto abbiamo poco sopra ricordato⁽⁵¹⁾ relativamente all'ascesa della società civile — e dell'intera sfera dei rapporti economici ed indu-

⁽⁴⁹⁾ *Verfassungslehre*, cit., p. 289.

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.* (il primo spaziatto è mio). — Rinvio, per maggior chiarezza concettuale sui termini usati nel testo, alla limpida trattazione di C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova 1973, spec. capitoli I e II.

⁽⁵¹⁾ Cfr. p. 19 e ss.

striali 'borghesi' — nei confronti dello Stato e del 'politico'. È ovviamente lo sviluppo della società borghese nel suo complesso che recide i legami « organici » esistenti ed anche al livello della forma generale del politico programma un bilanciamento tra le due istanze fondamentali: « monocratico-personalistica » e « democratico-rappresentativa ». Ciò che appare sicuro è comunque che già nella monarchia borghese parlamentare il principio monarchico è di fatto abbandonato. La categoria del « costituzionale » (« *das Konstitutionelle* ») ovvero la categoria del « borghese-*rechtsstaatlich* », « giunge allora ad informare, quale componente autonoma, entrambi i principii della forma politica (« *politische Formprinzipien* »), tendendo ad utilizzarli ed a bilanciarli e ponendosi ad ogni livello in relazione diretta con essi »⁽⁵²⁾.

L'ideologia « organicistica » tipica dei « germanisti » liberal-nazionali » alla Beseler o alla Gierke sembrerebbe a questo stadio dello sviluppo sociale e dell'evoluzione dottrinale definitivamente tramontata — e tramontata per ragioni quanto mai sostanziali. Assistiamo tuttavia nella dottrina dello Stato dei primi decenni del nostro secolo, in Germania, ad una sorta di « *gierkische Renaissance* »⁽⁵³⁾, al cui dialogo a più voci partecipano teorici che

(52) C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 289 (spaziati miei). Così continua SCHMITT: « La monarchia parlamentare di tipo belga è talora anche una monarchia costituzionale, ma prevede comunque l'abbandono del principio monarchico, vale a dire comporta il passaggio dalla monarchia come forma di Stato alla monarchia come forma di organizzazione dell'esecutivo (governo). Il nome "monarchia" è qui mantenuto per motivi storici — e ciò a ragione, almeno nella misura in cui perde sì ogni *potestas*, ma perdura come *auctoritas* e continua quindi a svolgere con efficienza le funzioni proprie di un "potere neutrale". La funzione di direzione politica è posta nelle mani dei suoi ministri, i quali sono responsabili di fronte alla rappresentanza popolare e dipendono dalla fiducia di quest'ultima. La celebre formula suona pertanto: "le roi règne, mais il ne gouverne pas". L'interrogativo posto da un grande teorico del diritto pubblico tedesco, Max von SEYDEL —: che cosa resti del "régner" se manca il "gouverner" — ci permette di rispondere che occorre distinguere tra *potestas* e *auctoritas*, e che ciò mostra con chiarezza l'importanza del concetto di autorità nei confronti del potere politico » (*op. cit.*, p. 290).

(53) E ciò — si badi — ancora in pieno ambiente weimariano, se non addirittura pre-weimariano, in una sfera culturale cioè precedente, e

riconoscono validità ed attribuiscono urgenza ad un'indagine avente per oggetto la prospettiva organicistica, intendendo con questo termine un'area di problemi estremamente specifici, ma tutti culminanti nell'interrogativo sulla *c o e s i o n e* di una società borghese sviluppata, ovvero nell'interrogativo sui modi concreti di attuazione di questa coesione e della funzione svolta a questo fine dalla forma-Stato.

Non si tratta affatto, come si può comprendere, di « residui o sopravvivenze » culturali — come qualche critico 'formalista' potrebbe eccepire — e meno che mai di questione meramente ideologiche. I problemi del « moderno organicismo », come lo definisce Kaufmann⁽⁵⁴⁾, semplicemente « fuoriescono » dalla dimensione formal-positivistica della dottrina dello Stato, più attenta — in quegli stessi anni — a problemi di natura logico-giuridica ed epistemologica⁽⁵⁵⁾. Tra i nomi più significativi di questa indagine — che definiremo per ora molto impropriamente 'neo-organicistica' — mi limiterò a ricordare Hugo Preuss, Rudolf Smend, oltre allo stesso Kaufmann. Il tema della persistenza della tematica organicistica, della sua *c o n t i n u i t à* al di là del mondo contingente delle ideologie, è denso di possibili svolgimenti, anche in ragione dello scarsissimo interesse che la teoria politica gli ha fino ad oggi

del tutto 'esterna', a quella cui fa riferimento C. LAVAGNA in *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano 1938, che dedica alla « *gierkische Renaissance* » in autori come Merk e Koellreutter il cap. III della seconda parte del libro. (V. anche la bella recensione al libro di Lavagna pubblicata da D. CANTIMORI in « Studi germanici », 1938, pp. 215 ss.).

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *Ueber den Begriff des Organismus*, cit., pp. 49 ss.

⁽⁵⁵⁾ Lo stesso KELSEN, alla cui finissima prospettiva di indagine si devono, negli anni tra il 1911 ed il 1925, opere come gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e la *Allgemeine Staatslehre*, mostra di non intendere la dimensione teorica di Smend, la cui *Integrationslehre* egli stronca senza mezzi termini (cfr. *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, Wien 1930). Indubbiamente i 'tipi intellettuali' Smend e Kelsen (oltre che, naturalmente, i loro progetti politici) erano quanto mai distanti tra loro, ma — per una volta — credo vada riconosciuto che la raffinatezza analitica del secondo non abbia colto l'importanza oggettiva dei temi — certamente più intuiti che non svolti! — del primo. Sulla questione, interessante non solo *geistesgeschichtlich*, manca tuttora un'indagine specifica approfondita.

rivolto⁽⁵⁶⁾. In questa sede potrò soltanto affrontare alcune considerazioni relative al pensiero di Kaufmann e rinviare quindi al capitolo IV.

c) *Dal principio monarchico al « moderno » concetto di organismo. Con un excursus su Stahl.*

Il principio monarchico affronta in consapevolmente la questione dell'organismo sociale: la dottrina del principio monarchico pone le premesse ma, ovviamente, non riesce a sviluppare una teoria. Se di « organicismo » in Stahl si può parlare — e ciò è alquanto dubbio, dato l'accento preponderante sulla dimensione dell'*Obrigkeits* rinvenibile in tutta quanta l'opera stahlina⁽⁵⁷⁾ — si tratta per Kaufmann di una sorta di 'vecchio' organicismo, di visione cioè dello Stato e del mondo (*Staats- und Weltanschauung*) che si pone ad un livello problematico sostanzialmente precedente alla fondamentale « svolta » kantiano-hegeliana⁽⁵⁸⁾.

Ad essa Kaufmann contrappone la « nuova concezione organicistica » dello Stato, che ha nel Gierke del *Deutsches Genossenschaftsrecht* il principale esponente teorico, e in Hugo Preuss il critico più aggiornato rispetto alla situazione tedesca dei primi decenni del secolo⁽⁵⁹⁾. Kaufmann non tralascia alcuna occasione per

⁽⁵⁶⁾ Qualche indicazione interessante può tuttavia trovarsi in P. von OERTZEN, *op. cit.*, pp. 150 ss.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. soprattutto il saggio *Das monarchische Prinzip* (Heidelberg 1845), contenuto in *Die Philosophie des Rechts*, Tübingen 1878, 5. Aufl. (rist. Darmstadt 1963), Bd. II/2, pp. 372-423; cfr. anche, relativamente a questo punto, Absch. II: *Die allgemeinen Lehren vom Staate*, pp. 131-210.

⁽⁵⁸⁾ « Die Vorstellungen über Eigenart und Wesen des Organischen sind aber keineswegs immer die gleichen gewesen. Wir haben uns daher wohl davor zu hüten, in den allgemein gemachten Fehler zu verfallen, die organische Staatsauffassung als eine konstante Grösse anzusehen... » (E. KAUFMANN, *Ueber den Begriff des Organismus*, cit., p. 46). « Der moderne Begriff des Organismus ist entstanden. Hegel hat ihn nicht selbst geschaffen, sondern bereits vorgefunden; nur jene Anwendung auf die Welttotalität stammt aus dem Schelling-Hegel-Hölderlin'schen Kreise. Der Schöpfer des modernen Organismusbegriffes ist Kant... » (*ibid.*, p. 49).

⁽⁵⁹⁾ L'apprezzamento di Kaufmann per l'opera teorica e per la con-

ricordare la propria appartenenza alla scuola gierkiana, come la celebre 'chiusa' del saggio sull'organismo sta a dimostrare⁽⁶⁰⁾. Ma questa 'scelta di campo', che verrà confermata anche dal Kaufmann più maturo — la cui dottrina, si deve far notare, sarà giudicata sempre estremamente autorevole nell'ambiente del diritto pubblico tedesco⁽⁶¹⁾ — non deve far dimenticare quello che è

creta elaborazione costituzionale di Preuss è testimoniato nel saggio *Grundfragen der künftigen Reichsverfassung* (1919), in *GS I*, pp. 253-296; spec. pp. 255 ss.; 265 ss. Per una valutazione critica complessiva della figura di Preuss, è ancora insostituibile lo scritto di C. SCHMITT, *Hugo Preuss, sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Tübingen 1930. — Quanto a Gierke, è significativo il passo in cui Kaufmann, nelle *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes*, sottolinea la concreta rilevanza delle categorie interpretative gierkiane per la comprensione di testi giuridici fondamentali, quali ad es. i paragrafi 1-4, II 13 dell'ALR: « ... denn der Souverän ist nur 'Herrscher', weil und insofern er 'genossenschaftliche' Pflichten hat, ja als das geeignetste Organ genossenschaftlicher Betätigung erscheint. Man darf also, wenn man heute den obrigkeitlichen Staat charakterisieren will, nicht vergessen, dass auch in ihm eine Synthese herrschaftlicher und genossenschaftlicher Ideen liegt, auf die sein Zeitalter mit vollem Recht nach dem Fiasko des ständischen Staates stolz sein konnte » (*GS I*, p. 31).

⁽⁶⁰⁾ « Um aus allen diesen (*scil.* le teorie di Bluntschli e di Gerber riguardo alla nozione di « organismo ») Unvollkommenheiten herauszukommen, bedurfte es einer neuen und vertieften Auffassung der Rechtsidee, die sich nicht in sozialer Schrankenziehung erschöpft, sondern die positive Aufgabe hat, aufzubauen, zusammenzuordnen und einen gerechten Zustand des gesellschaftlichen Lebens zu konstituieren. Es musste ferner der moderne Gedanke der organischen Einheit in die juristische Konstruktion selbst aufgenommen werden, wie Stahl und Held mit dem alten Organismusbegriff getan hatten. Denn gerade die moderne organische Idee ist fähig und dazu bestimmt, das Ausleseprinzip zu bilden, nach dem die staatsrechtlichen Begriffe aus der bunten Fülle des Lebens zu bilden sind.

Diesen grossen Schritt ha Otto Gierke getan. Und seine bedeutsamen Werke dürften gezeigt haben, welche gesunde Kraft dem modernen organischen Gedanken innewohnt, der zwar eine Zeitlang durch die Spielereien mancher Organologen kompromittiert war, aber seine werbende Kraft gewiss nicht verlieren wird, so oft es gilt, Verflachungen, Verdunkelungen und Rückbildungen des modernen Staatsgedankens abzuwehren » (*GS III*, p. 66).

⁽⁶¹⁾ Erich Kaufmann, nel 1912 professore di diritto pubblico a Kiel, nel 1913 a Königsberg, nel 1917 a Berlino, dal 1946 a Monaco, fu dagli

in realtà il carattere 'subordinato' della posizione gierkiana nel dibattito scientifico della giurisprudenza del nostro secolo.

Come oggi sintetizza efficacemente la questione M. S. Giannini, la concezione organicistica gierkiana dello Stato ha avuto l'indubbio merito di proporre all'attenzione dei teorici un problema di particolare rilievo scientifico: quello del concetto giuridico di « organo ». La nozione di « organo » è divenuta così — grazie non per ultimo a Gierke — « di uso universale nelle scienze giuridiche di ogni paese, ed è impiegata dalle scienze politologiche, sociologiche, economiche, ecc., che la recepiscono dalla scienza giuridica senza apporvi caratterizzazioni proprie »⁽⁶²⁾. Malgrado

anni '20 in poi a contatto con la vita giuridica concreta nella sua funzione di Consigliere dell'Ufficio Esteri tedesco per le questioni di diritto internazionale. La sua dottrina, specie nel periodo tra le due guerre, ma anche negli anni '50, fu consegnata in importanti *Gutachten* che, come quello del 1925, *Die ausgleichende Gerechtigkeit im Verwaltungsrecht - ein Gutachten über den Ersatzanspruch eines Trägers der Sozialversicherung* e quelli del 1952-53, *Rechtsgutachten zum Verträge über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und zum Deutschlandsverträge* (rispettivamente in GS I, 412 ss. e 529 ss.), ebbero un particolare seguito, non solo su un piano meramente teorico. — Cfr. anche R. GRUNER, sub voce *Erich Kaufmann*, in « *Soziologen-Lexikon* », Stuttgart 1959, pp. 254-255.

⁽⁶²⁾ M.S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, in « *Enc. Dir.* », vol. XXXI, p. 38. Cfr., in generale, su Gierke: H. WOLFF, *Organschaft und juristische Person*, 2 Bde, Berlin 1934. — Ecco come Giannini riassume i momenti genetici di quella che egli delinea come « teoria generale dell'organo » — quella parte cioè a tutt'oggi valida scientificamente della prospettiva *lato sensu* organicistica: « Il concetto di organo appare tardi: nell'ultimo quarto del secolo passato, nella giuspubblicistica di lingua germanica. Si diffuse rapidissimamente, ma in un modo che si direbbe babilonico, tanto che Otto Mayer ancora nel 1895 annotava: « vi è un altro modo di esprimersi ordinato al medesimo risultato (*id est* il problema dell'ufficio) con un'immagine presa dalle scienze della natura, in cui si vuol chiamare l'ufficio o l'autorità un 'organo' dell'ente collettivo, e tale organo viene poi, mediante il 'titolare dell'organo', il funzionario, dotato della necessaria 'volontà dell'organo'. Anche questo può rendere il suo servizio, fintanto che lo si lasci nella semi-oscurità di un paragone poetico » (O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., München-Leipzig 1924, II, p. 143) (...) La nozione fu receptata nelle letterature inglesi e scandinave, e in tutti i paesi dell'Europa, compresa la Francia: in generale può dirsi che è accolta più come nozione indicativa di un tratto morfologico delle organizzazioni, di solito pubbliche, che come concetto di teoria generale... » (*ibid.*, pp. 37-38).

ciò, osserva Giannini, la concezione organicistica originaria, « che tante polemiche ebbe a suscitare in filosofia del diritto e nelle scienze giurpubblicistiche, se nella concezione di Gierke era una prosecuzione della teoria dell'organo, non fu intesa per tale dalla dottrina successiva, che mantenne la teoria e lasciò cadere la concezione » (63).

Ora, va invece considerato che Kaufmann intende dimostrare il valore teorico e l'efficacia pratica del « moderno » organicismo, e che lo fa prescegliendo, ai fini della propria argomentazione, il campo della storia delle idee: descrivendo come il moderno concetto di organicismo si sia storicamente emancipato dal tradizionale principio monarchico, rispetto al quale rappresenta un notevole affinamento teorico — valutabile innanzitutto in termini di tecnica giuridica e di teoria della costruzione nei vari settori specifici del diritto positivo (diritto amministrativo, costituzionale, ecc.).

È così che la *Geistesgeschichte* kaufmanniana incontra la figura-chiave di Stahl, « *Rechtsphilosoph des monarchischen Prinzips* », che ripropone — dopo Kant e dopo Hegel, vale a dire dopo le correnti razionalistiche del criticismo e dell'idealismo oggettivo — una sorta di filosofia dell'autorità positiva, vista nel suo legame con la fonte dell'autorità religiosa.

Kaufmann parla, a proposito di Stahl, di « *theistischer Emanatismus* ». Eccone i caratteri fondamentali, agenti sul piano della costruzione giuridica positiva: « Per Stahl il diritto ha la sua essenza in un ordine, un comando che dall'autorità personale si dirige verso i consociati. Possiamo considerare questa accentuazione del momento del comando come una caratteristica della dottrina generale del principio monarchico. Come può essere fondata filosoficamente? — Solo mediante la seguente argomentazione: ogni dovere ed ogni validità presuppongono una limitazione degli impulsi naturali, i quali non tutti vengono

(63) M.S. GIANNINI, *art. cit.*, p. 38, nota 2. — Cfr. anche in questo contesto, la voce *Verwaltung, Verwaltungsrecht* scritta da KAUFMANN per il « *Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrecht* », 2. Aufl., Tübingen 1914, Bd. III, pp. 688-718 (riprodotto in *GS I*, pp. 75-142).

visti come permessi: una sorta di recinzione delle tendenze naturali, altrimenti possibili»⁽⁶⁴⁾. Il mio solo « pensiero » — sostiene Kaufmann interpretando il concetto di diritto di Stahl — « non potrebbe detenere su di me alcun potere reale. È il diritto in quanto limitazione della volontà naturale che deve intervenire per porre una volontà positiva: la volontà emanata da un potere più alto, capace di comandare »⁽⁶⁵⁾.

Ma nel far ciò Stahl procede nient'altro che ad una 'personalizzazione' dei tipici concetti giusnaturalistici. Kaufmann insiste su questo punto, sostenendo inoltre che la debolezza della filosofia dello Stato come « autorità positiva » in Stahl e, più in generale, la debolezza dell'intera costruzione teorico-costituzionale del principio monarchico risiede nell'incapacità di fondare una concezione giuridica dello Stato come organismo⁽⁶⁶⁾. Stahl, secondo Kauf-

(64) E. KAUFMANN, *Friedrich Julius Stahl als Rechtsphilosoph*, in *Studien*, cit. (GS III, p. 42). — Per Stahl l'autorità politica personale avrebbe potuto essere giudicata superflua solo a patto che gli uomini fossero riusciti davvero a fondare una regola etica più alta, ed a seguirla. Ma « jener Auffassung widerspricht der Charakter des Staates geradezu. Ihr würde nur ein Zustand entsprechen, in welchem keine konzentrierte handelnde Macht (*imperium*) bestände, sondern die sämtlichen Menschen von selbst eine höhere Regel befolgten. Die ganze Gestalt der sittlichen Welt in der Wirklichkeit bestätigt die Persönlichkeits-Anschauung und widerlegt die pantheistische Anschauung » (Fr. J. STAHL, *Philosophie des Rechts*, Bd. II/2, cit., p. 20). Cfr. anche VON OERTZEN, *op. cit.*, pp. 78-79.

(65) E. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 42. Su questi principii, come fa notare lo stesso Kaufmann, il diritto pubblico non solo ottocentesco, ma anche quello del primo Novecento, è concorde. Per v. STENDEL « nessuno può obbligarsi nei confronti di se stesso, tantomeno mediante prescrizioni che ci si forma da sé » (*Staatenbund und Bundesstaat*, in « Schmollers Jahrbuch », p. 773). Per H. PREUSS invece, se qualcuno « deve autolimitarsi », non lo può fare da sé, ma mediante il ricorso ad un potere più alto, che è compresente in ogni 'dovere' (*Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin 1889, p. 135).

(66) Infatti, « non può essere sufficiente dire che Stahl riconosce un 'ethos obiettivo' in contrapposizione al diritto naturale; poiché qui inizia propriamente il problema. Come è giunto Stahl a pensare ciò? — e qui appare la risposta: non come 'spirito oggettivo' o 'organismo

mann, vede nello Stato non un organismo, ma un « regno etico », e questo è il suo limite⁽⁶⁷⁾. In lui vi è una incerta commistione di elementi organicistici e di « antico » legittimismo politico, che non permettono di giungere ad una visione giuridica unitaria dello Stato, e ciò malgrado i richiami all' « unicità » dell'ordine metafisico. Gli elementi vengono insomma giustapposti, imponendo al teorico di rinunciare al tentativo di raggiungere un quadro omogeneo di spiegazione razionale⁽⁶⁸⁾.

Nel sistema stahliano vi è quindi necessità di un « centro » che « sussista in se stesso », che « possieda in sé un'esistenza autonoma »⁽⁶⁹⁾, e questo al di là e al di sopra dei singoli membri — o « parti » — che devono stringersi in un'unità. « Noi lo vediamo — osserva Kaufmann —: si tratta qui della « monade centrale » di Leibniz, in mancanza della quale tutto è « periferia », poiché le relazioni con il tutto risultano essere nella forma di un ammasso di aggregati, e non di un'unità « vivente », « interiore », la quale sarebbe invece necessaria allo Stato »⁽⁷⁰⁾.

etico », ma come « regno etico », come sottomissione comune, da parte di persone libere, nei confronti di un'autorità personale » (E. KAUFMANN, *op. ult. cit.*, p. 25, nota 69).

⁽⁶⁷⁾ In Stahl « der Staat ist nicht ein Organismus, er ist nur als ein « sittliches Reich » möglich » (*ibid.*, p. 25).

⁽⁶⁸⁾ « Der feinsinnige Kenner der Geschichte der Philosophie hat den modernen Begriffe des Organismus; aber der legitimistische Politiker lebt ganz in der alten Staatsauffassung und in dem alten Einheitsgefühl. Bei Stahl finden wir daher die erste Kombination zwischen den Organismus- und den Staatsbegriffen: der moderne Begriff des Organismus wird für den Staat abgelehnt. — Die Einheit des modernen Organismusbegriffes kann für Stahl nicht die Einheitlichkeit des Staates verbürgen. Er traut dem Ineinandergreifen und Zusammenwirken der Teile aus eigener Kraft nicht die Fähigkeit zu, die geschlossene Einheit des Staates zu bilden » (E. KAUFMANN, *Ueber den Begriff des Organismus*, cit., p. 52).

⁽⁶⁹⁾ « Hierfür bedarf es eines « Zentrums, das etwas in ihm selber wäre », einer « selbständigen Existenz für sich » (*ibidem*).

⁽⁷⁰⁾ *Ueber den Begriff des Organismus*, p. 52. — Nello stesso senso nelle *Studien*: « Im natürlichen Organismus mögen wohl die einzelnen Glieder und Organe durch Naturgesetze zur Einheit zusammengehalten werden; aber wo Willen zu einen sind, da ist einem Ineinandergreifen und Zusammenwirken der Teile aus eigener Kraft nicht zu trauen, da bedarf es eines « Zentrums », das etwas in sich selbst ist, welches verhütet,

Ne consegue che l'unità dello Stato nel (difettoso) sistema di Stahl può essere garantita solo dalla « personalità » della volontà sovrana, in una parola dall' a u t o r i t à p o s i t i v a : « per ricondurre all'unità una moltitudine di volontà disparate, occorre un potere personale situato ' prima ' e ' sopra ' la moltitudine: un' ' autorità ' (*Autorität*) che non debba la propria legittimazione alla moltitudine stessa, ma che sia riconosciuta nella storia come ' autorità data ' (*gegebene Obrigkeit*) » (71). Il romanticismo politico di Stahl è qui più che mai evidente, nella sua contrapposizione alle dottrine del razionalismo giusnaturalistico: al fondamento contrattuale viene radicalmente sostituito quello volontaristico-personalistico, ed ai principii razionalmente ' evidenti ' l'autorità storico-politica dell'esistente, rafforzata ideologicamente da un legame con il ' religioso » che fa scadere quest'ultimo a strumento di legittimazione, a *pietas* indistinta nei confronti di quei nuclei di potere sacrale — perennemente minacciati dalla potenza del disordine — sui quali sarebbe invece perfino blasfemo indagare (72).

dass alles in ' Peripherie ' zerfällt: es bedarf einer machtvollen autoritativen Persönlichkeit, die Gehorsam heischt und die ' natürlichen Willen ' bändigt. Gemeinsame Unterwerfung und gemeinsamer Gehorsam sind das allein mögliche Band zwischen einer Vielheit von Willen; die einende Persönlichkeit darf nicht aus der Vielheit hervorgehen, denn nur eine vor und über ihr stehende, ' gegebene ' Obrigkeit kann eine Willensvielheit zusammenbinden und einheitlichen Zielen zuführen. — Es bedarf eines festen substantielle Kernpunktes, an den alles im Staate angeknüpft ist; fehlt dieser, zerfällt der Staat in seine einzelnen Atome » (*Fr. J. Stahl als Rechtsphilosoph*, cit., in *GS III*, p. 43).

(71) « Um eine Vielheit zur Einheit zu verknüpfen, bedarf es einer vor und über der Vielheit stehenden persönlichen Macht, einer ' Autorität ', die ihre Legitimation nicht der Vielheit verdankt, sondern durch die Geschichte beglaubigt ist, einen ' gegebenen Obrigkeit ' » (*Ueber den Begriff des Organismus*, cit., p. 53).

(72) « Du sollst Pietät haben vor dem, was durch Gottes Fügung oder Zulassung geworden ist...; Du sollst der in der Geschichte wurzelnden Dynastie Treue und Anhänglichkeit zollen » (*Fr. J. STAHL*, cit. in *KAUFMANN*, *GS III*, p. 53). Ma si consideri anche questo significativo passo di STAHL: « Die Nemesis in der Geschichte unterbricht nun die Legitimität und straft so das Unrecht durch Unrecht, damit das Menschliche und Zeitliche nicht für eigenkräftig und unendlich gehalten werde. Dann wird auch die illegitim entstandene Dynastie im Laufe der Zeit, wenn die

« *Sittliches Reich* » è qui dunque per Kaufmann il contrario di « *moderner Organismusbegriff* ». Ma per comprendere meglio questo punto devono essere poste due domande. La prima: che cosa intende Kaufmann per « moderna prospettiva organicistica »? La seconda: quali sono le debolezze — perché debolezze vi sono, ed incontestabili, — dell'interpretazione kaufmanniana?

Riguardo al primo punto, è importante esaminare più dettagliatamente la rivendicazione kaufmanniana della origini kantiane del « moderno concetto di organismo ». Occorre rifarsi anzitutto alla *Critica del giudizio*, e specialmente a quelle parti in cui la visione organicistica viene connessa alla dottrina del giudizio teleo-

Generationen darüber hingegangen, zur legitimen. Denn was Gott zugelassen und durch die Zeiten erhalten hat, das ziemt der jetzigen Generation, die es ohne ihr Zuthun überkommen hat, nicht vor ihr Gericht zu ziehen, den Gang der Begebenheiten auszutilgen und noch einmal die Entscheidung zu beginnen. Wann diese heiligende Kraft der Zeit eintrete, darüber gibt es keine Regel, ebenso wenig darüber, inwiefern der unrechtmässigen aber bereits sicher geordneten Herrschaft Gehorsam gebühre, oder der Abfall von ihr zu Gunsten des rechtmässigen vertriebenen Königs geboten sey. Das hängt von den besonderen Lage der Dinge und von den besonderen Aufforderungen der Individuen je nach ihrer Stellung ab. Es ist diess kein Widerspruch im Princip der Legitimität selbst, so wenig als die Kollision der Pflichten ein Widerspruch im sittlichen Gebot ist. Alle jene Kasuistik, bei welcher sich die Unmöglichkeit, ein Princip folgerichtig durchzuführen, ergibt, beweist nicht die Unrichtigkeit des Princip, sondern nur die Unvollkommenheit der irdischen Zustände. Das Princip der Legitimität selbst aber bezeichnet nichts Anderes als das Recht göttlicher Fügung im Gegensatze menschlicher That, die gegebene Autorität gegenüber der gemachten » (*Die Philosophie des Rechts*, cit., III parte: *Die Verfassung des Staates*, Cap. 3: *Das Königtum*, pp. 253-254). Sul romanticismo politico, rimane fondamentale il libro di C. SCHMITT, *Politische Romantik*, München-Leipzig 1925/2a; trad. it. a cura di C. GALLI, Milano 1980.

Ma il tema dei rapporti tra principio di legittimità e organismo politico procede ben oltre queste indicazioni. Per G. FERRERO « lo spirito rivoluzionario ha ragione quando sostiene che i principii di legittimità sono limitati, convenzionali, fluttuanti, facilmente vulnerabili dalla ragione: anche noi lo ammettiamo. E neppur è in errore quando afferma che essi sembrano giusti e veri solo perché gli uomini, nel discuterli, non vanno mai oltre un certo punto: al di là del quale si rivelerebbe la loro debolezza. Ma s'in-

logico⁽⁷³⁾. Kant, ricorda Kaufmann, pone essenzialmente due criteri necessari all'integrazione del concetto di organismo: in primo luogo « che le parti (relativamente alla loro essenza ed alla loro forma) siano possibili soltanto mediante la loro relazione col tutto »; in secondo luogo « che esse si leghino a formare l'unità del tutto in modo da essere reciprocamente causa ed effetto della loro forma ». Occorre insomma che le parti « tutte insieme si producano reciprocamente, circa la loro forma e il loro legame, e producano così, in forza della propria causalità, un tutto »⁽⁷⁴⁾.

Per Kaufmann è riconoscibile, in questi passi kantiani, la prima espressione del moderno pensiero organicistico. Qui si tratta infatti dell'unità delle parti con l'intero, e non — come avveniva nell'antico concetto di organismo — del problema dei rapporti con un punto centrale situato al di fuori delle parti. Una « essenza organica », sostiene Kant in un altro punto, « possiede in sé una sua forza costruttiva ». Sarà proprio questo elemento che, dopo

ganna e mostra di non conoscere il mondo che esso manda periodicamente in rovina, quando confonde questi principii con tutte le altre fragili convenzioni di cui è piena la vita sociale. Questi principii, sì, per quanto fragili, si distinguono dagli altri perché sono dotati d'una virtù magica: appena gli uomini si lasciano persuadere dal Maligno a violarli, son presi dalla paura; la paura sacra della regola violata » (*Potere*, Milano 1947, p. 34). — « Circolo vizioso: la legittimità è la sola forza che assicuri la durata di un governo; ma perché un governo diventi legittimo bisogna che esso duri già da tempo » (...) « Nella legittimità si intrecciano le due operazioni fondamentali che si compiono nella mente: l' analogia e la convenzione, rami che si biforcano da un solo tronco: la sostituzione. Per l'analogia, la legittimità unica è quella dell'investitura sacra, che discende per risonanze e simpatie lungo tutti i gradini dell'essere. Dove quella risonanza si estingue, nessuna legittimità è ammissibile. Per la convenzione, la legittimità è il primo esempio di quell'accordo arbitrario che permette di far funzionare ogni sorta di meccanismi, dal linguaggio fino alla società. Come sempre, la convenzione non si preoccupa in questo caso né di essenze né di sostanze, ma di funzionamenti — ed è pronta a barattare (essa, che è l'anima stessa della sostituzione) una forma con l'altra » (R. CALASSO, *La rovina di Kasch*, Milano 1983, p. 77; 31).

⁽⁷³⁾ E. KAUFMANN, *Ueber den Begriff des Organismus*, cit., pp. 49 ss.

⁽⁷⁴⁾ Si cita dalla traduzione italiana di A. GARGIULO: *Critica del giudizio*, Bari 1970, § 65: « *Le cose, in quanto fini della natura, sono esseri organizzati* », pp. 240 ss.

Kant, distinguerà l'organismo dal 'meccanismo', ovvero dal « prodotto artificiale » (*Kunstprodukt*), la semplice « macchina ».

Ebbene, l'uso di questo 'nuovo' concetto di organismo può essere esteso anche allo Stato. Già in Kant, sottolinea Kaufmann, è gettata luce sullo Stato mediante una analogia con quanto accade con i cd. « fini naturali » (« *Naturzwecke* »; così nella *Critica del giudizio* sono designati gli organismi naturali)⁽⁷⁵⁾. Ma deve dirsi che questa fondamentale distinzione tra visione 'organicistica' e 'meccanicistica' avrebbe faticato ad essere riconosciuta e ad assumere rilievo paradigmatico nel campo della filosofia del diritto e della sociologia generale otto-novecentesca, e ciò malgrado l'esistenza di contributi fondamentali nello stesso senso, come — basti ricordare — il celebre libro di Toennies *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887). La ragione di questo fatto è dovuta al carattere malgrado Kant forse più 'intuitivo' che 'analitico' della distinzione in questione, se si ha riguardo perlomeno agli svolgimenti tipici del romanticismo sociologico ottocentesco.

Per comprendere la posizione di Kaufmann in proposito, è bene ricordare ancora una volta il legame tra questo e le tradizioni storiografiche treitschkiane e gierkiane, e tener conto del fatto che la vera funzione di concetti come quello di « organo », e dei suoi numerosi derivati — primo fra tutti il sostantivo « organicismo » e l'utilizzatissimo aggettivo « organico » — « era quello di supe-

⁽⁷⁵⁾ « Denn jedes Glied soll in einem solchen Ganzen nicht bloss Mittel, sondern Zweck, und indem es zu der Möglichkeit des Ganzen mitwirkt, durch die Idee des Ganzen wiederum seiner Stelle und Funktion nach bestimmt sein » (cit. in KAUFMANN, *Ueber den Begriff des Organismus*, cit., p. 50).

Così prosegue KAUFMANN: « Auf die Gestaltung der kantischen Rechtsphilosophie hat diese neue Staatsauffassung nicht mehr entscheidend einwirken können. Aber der Grundgedanke mit der Forderung des jungen Hegel springt in die Augen. Der Staat soll nicht mehr die von einer einzigen Feder bewegte Maschine sein; jedes Glied soll 'nicht bloss Mittel, sondern Zweck', es soll nicht mehr bloss von aussen zur *salus publica* dirigiert werden, sondern soll 'Freiheit' haben » (*ibid.*). Va detto che è difficile condividere la facilità con cui Kaufmann — non solo in questo luogo, ma un po' in tutta la sua opera — procede ad immediati accostamenti tra i sistemi di pensiero kantiano e hegeliano. (Gli esempio in questo senso potrebbero essere numerosi).

rare la contrapposizione tra Stato e società, che non si voleva riconoscere valida per la Germania » ⁽⁷⁶⁾.

Kaufmann, ovviamente, non si richiama direttamente a Treitschke, ed è chiaro che ai suoi occhi la sociologia contemporanea ha ormai acquisito uno spazio disciplinare incontestabilmente autonomo. Resta tuttavia celato, nell'uso semantico dei suoi concetti, un marcato intento 'conciliativo', che può essere interpretato in riferimento alla nota classificazione di Carl Schmitt, secondo la quale « il termine 'organico' può avere i seguenti significati:

1) *non meccanico*: poiché il termine si rivolge contro tutte le rappresentazioni strumentali dello Stato, contro l'immagine della macchina statale e contro la nozione di Stato come apparato amministrativo, contro la burocrazia centralizzata e contro l'identificazione di Stato e burocrazia;

2) *non proveniente dall'esterno*: poiché il monarca viene tolto dalla sua posizione di trascendenza ed inserito invece nel contesto dello Stato; egli diviene organo statale. In questo senso il termine viene assunto nella storia delle idee a spiegare — secondo la dizione dominante nel corso del XIX secolo — lo Stato ed il mondo nella loro 'immanenza';

3) *non proveniente dall'alto*: lo Stato non si rende visibile nel comando del sovrano, ma nella volontà comune a tutti; esso non è dominio (*Herrschaft*), ma comunità (*Genossenschaft*); non

⁽⁷⁶⁾ « La tesi fondamentale dell'importante opera di Heinrich von Treitschke *Die Gesellschaftswissenschaft* (1859) era quella secondo cui in periodi fondamentali della storia, come ad esempio nell'antica Roma, il conflitto tra le classi sociali non raggiungeva l'unità politica dell'intero e quindi la contrapposizione tra Stato e società non doveva risultare eccessiva. La conclusione di Treitschke era che nella Germania del proprio tempo non si doveva concedere alla sociologia lo spazio di disciplina autonoma, ma che era invece possibile ricondurre i temi e le questioni sociali nell'ambito della dottrina dello Stato o della storia » (C. SCHMITT, *Der Gegensatz von Gemeinschaft und Gesellschaft als Beispiel einer zweigliedrigen Unterscheidung. Betrachtungen zur Struktur und zum Schicksal solcher Antithesen*, in *Estudios juridico-sociales. Homenaje al Professor Luis Legaz y Lacambra*, a cura dell'Università di Santiago de Compostela, vol. I, p. 168.

Stato autoritario (*Obrigkeitsstaat*), ma Stato popolare (*Volksstaat*) costruito dal basso, dunque democrazia —: un'indicazione questa sviluppata particolarmente da autori come Hugo Preuss e Kurt Wolzendorff;

4) *non violento*: poiché il termine indica esso stesso la contrapposizione alla lotta ed alla decisione, accompagnata dalla tendenza al compromesso, alla comprensione reciproca, alla discussione, all'evoluzione come antitesi della rivoluzione; si può qui far riferimento alle dottrine liberali;

5) *non atomistico e non individualistico*: poiché il termine si scinde dalle dottrine liberali e viene usato in senso collettivistico, ma nega tuttavia anche il governo personalistico del monarca; esso può rivolgersi contro la concezione privatistica della burocrazia e fare del funzionario non già un servitore, ma un organo utile alla stabilizzazione dello Stato stesso;

6) *non particolaristico*: bensì relativo all'unità dell'intero, il che significa nella situazione politica concreta: unitarismo in contrapposizione a federalismo, ma anche possibile negazione dello Stato democratico dei partiti;

7) infine 'organico' può essere usato in opposizione a tutto ciò che è attivo e cosciente, essere subordinato ad ogni sorta di storicismo, governamentalismo (*Gouvernementalismus*) e quietismo, e finire in un completo agnosticismo »⁽⁷⁷⁾.

Al centro della nozione kaufmanniana di 'organismo' sono particolarmente i primi tre punti di questa classificazione: si tratta infatti di designare mediante quella nozione un modello concettuale « non meccanico », in cui il potere non provenga « dall'alto » e neppure « dall'esterno ». È quanto Kaufmann mostra di intendere nella propria contrapposizione tra monarchia costituzionale prussiana e principio monarchico: « Situare la figura del re com-

⁽⁷⁷⁾ *Op. ult. cit.*, pp. 169-170. — Lo stesso Schmitt nel suo scritto su *Hugo Preuss*, cit., sottopone a critica radicale (giudicata « spietata » da von OERTZEN: *Die soziale Funktion*, p. 151, nota 144) la prospettiva teorica dell'organicismo ingenuo.

pletamente 'all'interno' dello Stato e della costituzione, esprimendo quindi con ciò la sua qualifica di organo, era il significato del *Landrecht*; situare il re 'prima' e 'sopra' la costituzione, era invece quello del principio monarchico »⁽⁷⁸⁾.

Ma questa rigida contrapposizione kaufmanniana tra i modelli dell'organicismo, da una parte, e del 'personalismo' — caratteristico del principio monarchico — dall'altra, è esteriore e non corrispondente alla realtà della monarchia costituzionale prussiana, la cui dottrina presenta nel complesso entrambi gli elementi, combinati tra loro. Non esiste in altre parole, se non nell'ideologia, un *modernes Staatsgefühl* organicistico da opporre — come Kaufmann vorrebbe — al 'vecchio' principio monarchico: appare infatti chiaro che impostare la questione in questi termini equivale a bloccare l'indagine sul piano dei concetti astratti della *Geistesgeschichte*. Ha ragione su questo punto von Oertzen nel rilevare che « è del tutto incomprensibile come Kaufmann possa esprimersi in modo così rigido sulla dottrina del principio monarchico, quando poi — come egli stesso ammette — la propria teoria discende come conseguenza pratica dalla realtà monarchica »⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ « Den König ganz 'in' den Staat und die Verfassung zu stellen, seine Organstellung zum Ausdruck zu bringen war der Sinn des Landrechts; ihn 'vor' und 'über' die Verfassung zu erheben, der des monarchischen Prinzips » (*Studien*, cit., in *GS* I, p. 46). Kaufmann trova questa tematica già impostata in termini a suo giudizio di 'moderno' organicismo in J. HELD cui egli dedica — assieme a Gerber — la parte finale del suo saggio *Ueber den Begriff des Organismus* (paragrafi X e XI). Di HELD v. su questo punto il *System des Verfassungsrechts* (1856-57), Bd. I, pp. 112 ss.

È il caso qui di notare come le figure dei vari teorici del diritto pubblico che Kaufmann esamina (soprattutto ZÖPFL, H.A. ZACHARIAE, BLUNTSCHLI) siano tutte delineate in conformità alla tesi organicistica di fondo, ed alla forzata distinzione tra un 'antico' ed un 'moderno' concetto di organismo. In questo senso Kaufmann, nell'imporre il proprio schema interpretativo, corre grossi rischi di travisamento: in particolare — come fa osservare v. OERTZEN, *op. cit.*, p. 143, n. 129 — riguardo alle posizioni del teorico 'liberale' del *Rechtsstaat* v. MOHL nei confronti di SAVIGNY da una parte, e della *Gesellschaftstheorie* hegeliana in L. v. STEIN dall'altra. (Su STEIN cfr., recentemente, F. DE SANCTIS, *Crisi e scienza. Lorenz von Stein. Alle origini della scienza sociale*, Napoli 1974).

⁽⁷⁹⁾ *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, cit., p. 139.

La verità, ritiene Oertzen, è che Kaufmann, « nel concepire il rapporto tra principio monarchico e organicismo in chiave di mera antitesi, non riconosce l'unità interna che caratterizzava l'antica dottrina dello Stato costituzionale tedesco, ed allontana quindi la chiarezza delle distinzioni che era ancora in Gerber »⁽⁸⁰⁾.

È insomma — si deve concludere — di fronte al problema effettivo, che si è posto poco sopra in tutta la sua portata teorica, dell'unità politica, ovvero della forma complessiva dell'ordine politico, che la *Geistesgeschichte* kaufmanniana risulta essere conoscitivamente debole. Qui la critica di von Oertzen (che pure accentua in modo troppo unilaterale il valore ideologico dei movimenti democratici e 'sociali' nel quadro dello Stato contemporaneo) può essere condivisa nelle sue linee fondamentali. È vero infatti, come già era stato fatto notare⁽⁸¹⁾, che le rappresentazioni teoriche e dottrinali del principio organicistico risentono di una loro costitutiva indeterminatezza, che le rende adattabili ad una grande varietà di ordinamenti politici concreti, anche tra loro antitetici sul piano dei principii. « Il momento decisivo in cui appare con chiarezza come la linea teorica dei Gierke e dei Kaufmann, malgrado la sua indiscutibile funzione 'progressiva', si separi in ultima analisi dalla tendenza reale dello Stato contemporaneo è il suo carattere statico ed idealistico. In Kaufmann trova infatti compimento quel dato giusnaturalistico ed ontologico-sostanziale che era presente nel pensiero di Gierke. Kaufmann crede di vedere nella caratterizzazione organica dell'autorità il criterio fondamentale dello Stato moderno, fondato sui rapporti di dominio (*Herrschaft*) e di comunità (*Genossenschaft*), senza minimamente menzionare il suo concreto ordinamento volontaristico. Questa convinzione kaufmanniana ha senso soltanto se si presuppone che l'autorità (*Obrigkeit*) sia 'organicamente' legata ad una visione sostanziale, etico-razionale, dell'ordine statale, senza neces-

⁽⁸⁰⁾ *Ibid.*, p. 140.

⁽⁸¹⁾ C. SCHMITT, *Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, cit., p. 15. — Cfr. anche, più recentemente, sul tema della « forma politica » come principio unificante, J. FREUND, *L'essence du politique*, Paris 1965, § 76.

sità di alcun intervento volontaristico da parte dei consociati. Non la rappresentazione dello Stato come unità di più volontà (*Willensverband*), ma quella di un ordine complessivo, armonico, situato sopra gli individui volenti ed agenti, presiede al concetto di organicismo » (82).

La fusione (e la 'confusione') operata da Kaufmann già in questa prima fase di scritti (1906-1908) tra gli elementi di un aconfittuale istituzionalismo organicistico (nel senso gierkiano di una *Assoziationstheorie*) ed una concezione complessiva dell'ordine etico obiettivo, realizzantesi attraverso una hegeliana *Rechts-idee*, rappresenta dunque, come già fu notato da Carl Schmitt con polemica spietatezza (83), il tentativo di pervenire ad una « conciliazione » dei vecchi conflitti nel quadro provvidenziale di uno Stato in cui le parti si ricomponessero omogeneamente in un « tutto ». Ma non già nel realizzarsi di una spontanea aggregazione delle parti nel tutto organico dello Stato consiste il problema dell'unità politica (che questa prima indagine kaufmanniana sulle forme storiche del principio monarchico ha tuttavia il merito di segnalare), bensì nel concreto attuarsi della decisione politica quale forma, ovvero intervento formante sulla realtà complessiva dell'essere sociale. (È questa la direzione nella quale andranno, negli anni successivi, gli studi schmittiani — sorretti dall'intuizione di un *konkretes Ordnungsdenken*).

(82) P. v. OERTZEN, *op. cit.*, pp. 151-152. — Ho qualche dubbio sul significato concettuale dell'espressione « funzione progressiva » che Oertzen usa, con qualche ingenuità, in riferimento alla linea teorica gierkiana. (Dubbi non minori potrebbero essere formulati a proposito degli aggettivi « giusnaturalistico » e « ontologico-sostanziale » usati nel medesimo contesto da Oertzen).

Anche R. SMEND critica, abbastanza recentemente, il carattere « ontologico-istituzionalistico » e « statico » delle costruzioni kaufmanniane. Poco convincente mi sembra, per la verità, la sua ulteriore — ma non perciò meglio precisata — riproposizione della *Integrationslehre*. (Cfr. *Zu Erich Kaufmanns wissenschaftlichem Werk*, in *Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann*, Stuttgart 1950, pp. 391-400).

(83) In *Hugo Preuss*, cit., nota 11. Riprende il concetto OERTZEN alle pp. 151 e 153 di *Die soziale Funktion*, cit.

Quanto a Kaufmann, il programma del superamento — mediante una forma-Stato fondata sui valori etico-razionali dello spirito tedesco — dei problemi costituzionali propri di una moderna società capitalistico-industriale, apparirà di lì a dieci anni, con Versailles e con Weimar, nient'altro che il sogno impraticabile di un'anima bella ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁴⁾ Rinvio su questi punti al capitolo IV: « *Volkswille* » e « *Rech idee* » tra teoria politica e diritto costituzionale.

CAPITOLO II

IL SIGNIFICATO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE E LA CLAUSOLA « REBUS SIC STANTIBUS »

« ... so sind wir wieder vor die Frage gestellt, was das Spezifikum der völkerrechtlichen Verträge ausmacht... ».

(E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula « rebus sic stantibus »*, 1911).

« Entscheidend ist vielmehr der objektive Vertragszweck, der die Vermutung eines ihm entsprechenden Parteiwillens so lange rechtfertigt, bis das Gegenteil nachgewiesen ist ».

(P. OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrs-sitte*, 1914).

Il libro *Das Wesen des Völkerrechts und die clausula « rebus sic stantibus »* ⁽¹⁾ segna una tappa di indubbia portata nel percorso scientifico di Kaufmann: si tratta ora di trasferire nell'ambito della dottrina generale del diritto i principii teorici 'organicistici' e 'statualistici' sviluppati nelle due fondamentali opere precedenti — le *Studien* e l'*Organismusbegriff* —, saggiando così la validità di queste ultime sul piano della vera e propria dogmatica degli istituti.

Il tema emergente ⁽²⁾ è quello dell'individuazione dei caratteri differenziali che assume la forma-con-tratto (« Ver-

(1) Tübingen 1911. (Si cita dalla ristampa anast. Aalen 1964).

(2) O meglio, quello che dovremmo definire 'uno' tra i temi emergenti: è del resto impossibile fissare in uno schema concettuale ben definito

tragsform», «*Vertragstypus*») rispettivamente nella comunità di diritto internazionale ed in quella di diritto interno: tema che consente a Kaufmann di misurarsi costruttivamente su problemi dotati di immediata positività e concretezza ⁽³⁾.

le svariate problematiche affrontate da Kaufmann in questa sua opera, nella quale — va detto fin d'ora — egli non segue un ordine sistematico, ma tende invece ad esporre le proprie argomentazioni in maniera direi quasi 'impressionistica'. Cfr. del resto la *Vorbemerkung* del 1960 ai brani del libro antologizzati nelle *Gesammelte Schriften* sotto il titolo *Zur Philosophie des Privat- und Strafrechts*. In essa l'autore, a distanza di quasi un cinquantennio, sente il dovere di criticare il carattere «*fremdartig*» del linguaggio impiegato nel libro — carattere che allora aveva causato, a suo giudizio, l'incomprensione, e quindi l'aperto disinteresse, dei giusprivatisti (cfr. *GS* III, p. 67).

In un altro luogo (*Vorwort zum Bande «Recht und Rechtsidee»*, *ibid.*, p. XX) KAUFMANN aggiunge sull'argomento queste interessanti considerazioni: «[Das Thema des Buches] war die Strukturverwandtschaft und Strukturverschiedenheit des Völkerrechts und des Privatrechts, die beide in gewissem Sinne Individualrechte sind. Sie führt den mir wesentlichen Untertitel "*Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats-, und Vertragsbegriffe*". Die Schrift ist vor etwa 50 Jahren geschrieben. Ich bin mir der Schwachen dieser Erstlingsarbeit voll bewusst, der mangelhaften Straffheit der Gedankenführung und einer jugendlichen Freude an paradoxen Formulierungen, zu denen die Antinomien der Probleme verführten. Aber diese viel angefochtene und missverstandene Schrift, die freilich jetzt von der Bayerischen Akademie der Wissenschaften als 'erregende' Schrift bezeichnet wird, enthält wichtige Keime für meine späteren Arbeiten. So konnte Freiherr VON DER HEYDTE bei seiner Würdigung meiner rechtsphilosophischen Arbeiten die Kontinuität meiner Gedanken von 1911 bis zu den Vorträgen über die "*Règles générales du droit de la paix*" im Jahre 1935 unter Beiseitelassung der Zwischenglieder zur Darstellung bringen». (Ma cfr. invece, circa quest'ultima dichiarazione di Kaufmann, la nota 11 successiva).

⁽³⁾ Abbiamo già precedentemente definito la prospettiva teoretica di Kaufmann «organico-gierkiana» in sede teorico-giuridica e «kantiano-idealista» in sede filosofica. Circa quest'ultimo carattere si può osservare che Kaufmann è ben più attento — come si è visto — al Kant della teleologia (*Kritik der Urteilskraft*) e del valore metafisico delle idee regolative (*Sittenlehre*) che non a quello riscoperto in quegli anni dai neokantiani, i quali — specie nella corrente marburghese, ma con Emil LASK anche in quella «sud-occidentale», — privilegiavano l'analisi condotta nei campi della logica e della metodologia della scienza, in aperta polemica con la possibilità di svolgimenti «metafisici».

Quali sono, ci si deve chiedere in primo luogo, i risultati essenziali del raffronto tra i modelli della dichiarazione di volontà negoziale nei due ambiti comunitari-tipo — statuale ed internazionale? Da tale questione occorrerà iniziare, poiché essa è da Kaufmann ritenuta premessa logica necessaria all'impostazione del problema della clausola.

a) *La dichiarazione di volontà negoziale nel diritto interno.*

Lo Stato — definito come entità sociale complessiva, in cui le parti si connettono tra loro fino a formare un « tutto vivente », — è per Kaufmann l'autentico garante dell'obbligatorietà e dell'esecutività dei negozi di diritto interno nel quadro del cd. « *Subordinationssystem* ». I contraenti si riferiscono ad esso riconoscendo che, nel momento dell'« unificazione delle volontà » (*Willenseinigung*), ad agire non sono soltanto gli interessi soggettivi « arbitrarii » e « sciolti da ogni forma », quanto interessi mediati da schemi di qualificazione preesistenti, ovvero da « cerchi già ben tracciati nell'ordinamento esistenziale della comunità » (« *in der Ordnung des Gemeinlebens bereits gezeichnete Kreise* »), secondo la felice espressione di Stahl⁽⁴⁾.

(4) Perché un contratto sia giuridicamente vincolante, sostiene STAHL, « muss er einen rechtlichen Zweck dienen, d.i. ein Verhältnis zum Inhalte haben, das einen notwendigen Bestandteil des Gemeinlebens, sohin der Rechtsordnung bildet, z.B. Ehe, Forderung nach ihren verschiedenen Spezies, Kauf, Tausch, Miete. Die Willenseinigung ist demnach zwar das eigentlich bindende Moment; aber sie ist doch nur bindend unter Voraussetzung jenes Inhalt. So sind auch die Forderungen insbesondere keineswegs das blosse Produkt menschlicher Freiheit und Willenseinigung, sondern sie sind in der Ordnung des Gemeinlebens bereits gezeichnete Kreise, die Willenseinigung ist nur das Mittel für die bestimmten Personen, in denselben einzutreten, und zwar — da sie als Vermögensverhältnisse der Sphäre der Freiheit angehören — sie auch ihrem Inhalte nach erst näher zu determinieren ». Ed ancora: « Dass die Willenseinigung für sich allein die rechtliche Verbindlichkeit nicht begründet, wird dadurch bestätigt, dass ein Vertrag, der nicht ein solches Verhältnis zum Gegenstande hat, auch nicht rechtlich bindet, und umgekehrt Forderungen auch ohne Vertrag entstehen lediglich nach der Notwendigkeit des Vermögensverkehrs,

Si può ammettere, in altre parole, che « anche la pretesa soggettiva, che siamo abituati a considerare come il criterio ultimo di riferimento del diritto privato, debba essere piegata alla realizzazione di un diritto posto e voluto obiettivamente. (...) L'individuo che, sostenendo il 'proprio' diritto, dà luogo ad una pretesa privatistica, è in ciò organo dell'ordinamento oggettivo: l'interesse che gli individui possiedono a valorizzare le proprie pretese avrà allora come effetto quello di dar attuazione a tale ordinamento »⁽⁵⁾.

Nel negozio giuridico, ed in tutto quanto il diritto interno, la giuridicità della volontà umana può essere, insomma, determinata solo da questo punto di riferimento statale, così che l'atto divenga giuridico quando il fine dei soggetti di essa coincida con il fine statale, in quanto cioè la volontà esternata costituisca parte organica della vita giuridica dello Stato. Stando all'immagine creata

wo die Personen für dieselben auf andere Weise bezeichnet sind, z.B. *condictio indebiti, negotiorum gestio* » (F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, cit., Bd. II/1, pp. 415-416).

⁽⁵⁾ « ... Darf aber natürlich nicht übersehen werden, dass auch der 'Privatanspruch', den wir als letztes Kriterium des Privatrechtes kennen gelernt haben, im Grunde der Verwirklichung des objektiven staatlich gesetzten und gewollten Rechtes dienen soll. (...) Das einen Privatanspruch geltendmachende, um 'sein' Recht kämpfende Individuum ist daher Organ der objektiven Rechtsordnung: es wird das Interesse, das die Individuen an der Geltendmachung ihrer Ansprüche haben, dazu benutzt, der Verwirklichung jener Ordnung zu dienen » (*Das Wesen des Völkerrechts*, cit., p. 177).

È questo della completa subordinazione dell'individuo allo Stato (e del diritto privato al diritto pubblico) un punto di vista comune alle metafisica statalistica imperante nella dottrina, specialmente tedesca, degli ultimi decenni dell'Ottocento, fino alla prima guerra mondiale. Si noti che tale punto di vista si estende oltre l'ambito dottrinale che a rigore può essere definito 'positivistico', e coinvolge la metafisica idealistica dello Stato, non senza interferenze giusnaturalistiche. Emblematica l'opera di C. SCHMITT, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen 1914, precedente alla nota svolta 'decisionistica' dell'autore e posta sotto il segno di un kantismo cattoliceggiante, nella quale si ricerca un rapporto positivo tra diritto e Stato nell'orizzonte di un rinnovato razionalismo metafisico. Significativa l'epigrafe al libro: « Zuerst ist das Gebot, die Menschen kommen später » (verso di Th. DÄUBLER, *Das Nordlicht*, II, 542).

da Stahl e ripresa da Kaufmann nel corso di tutta quanta la propria analisi del *Vertragsbegriff* ⁽⁶⁾, si può dire che nell'ordinamento statale vi sono tanti « cerchi chiusi » fissi, prestabiliti, all'interno dei quali le persone entrano mediante un atto di volontà: in quel momento la volontà individuale diventa e rimane organo di un ordinamento obiettivo sopraindividuale, perché essa mira a raggiungere un *τέλος* che non è degli individui, ma dello Stato.

Così, se si giudicasse la concezione di questi « cerchi ben tracciati », di questi modelli obiettivi della dinamica contrattuale, come fondata su principii economici ancora legati a preconcetti religiosi, e si eccepisse quindi che i diritti di obbligazione non sono, per loro stessa natura, sottoposti ad alcuna limitazione — e tantomeno ad un preteso *numerus clausus* dei « tipi » —, si rischierebbe di non comprendere il senso che la fenomenologia negoziale acquista nel quadro di un ordinamento giuridico segnato da una fondamentale impronta organicistica.

In tale ordinamento, la grande ricchezza e varietà nei « tipi » oggettivi e nelle forme giuridiche ricalca la varietà dei rapporti economici che si sviluppano nella struttura sociale, — rapporti il cui andamento è subordinato ai dettami provenienti da un'autorità effettivamente 'sovrana' (« *Subordinationsrecht* ») ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Si consideri il duplice significato, nella lingua tedesca, del sostantivo « *Vertrag* »: « contratto » di diritto interno e « trattato » di diritto internazionale. Sulla differenza tra « *rechtsgeschäftliche Verträge* » e « *rechtssetzende Verträge* » o « *Vereinbarungen* » nel diritto internazionale, produttivo di meri diritti soggettivi il primo, di vero e proprio diritto oggettivo il secondo, v. il classico di H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899, ripreso da D. ANZILLOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma 1928/2a; cfr. anche A. v. VERDROSS, *Völkerrecht*, Wien 3^a ediz., pp. 121 ss.; 134 ss.

⁽⁷⁾ Il « *Subordinationsrecht* » risulta pertanto contrapposto polarmente al « *Koordinationsrecht* », tipico del rapporto internazionale, in cui manca un'autorità superstatale realmente 'sovrana': « Haben wir als oberste und allgemeinste Grundkategorien die der Subordination oder Koordination: für die vorzunehmenden Normierungen kann entweder ein Wille der durchgreifende sein, oder es können mehrere maßgeblich bleiben. Darum ist alles Recht entweder Subordinationsrecht oder Koordinationsrecht, Sozialrecht oder Individualrecht » (E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts*, cit., p. 128). (Cfr. oltre, punto *b*).

L'insieme di tutti questi caratteri non può che mancare, necessariamente, al diritto internazionale in quanto « diritto individuale »: proveniente cioè dall'accordo volontario tra autorità supreme paritetiche. Secondo la tesi di Kaufmann, nessun τέλος sarebbe pensabile nel diritto internazionale, se non quello risultante dagli interessi di ognuno dei singoli soggetti statuali, il cui volere — considerato come criterio di misurazione esclusivo — non ammette la preesistenza di « modi » o « tipi » obiettivi di esplicazione.

Si spiega così, secondo Kaufmann, il fallimento che è destinato ad incontrare ogni tentativo di introdurre nell'analisi dei sistemi di diritto internazionale schemi di interpretazione contrattuale corrispondenti o analoghi a quelli elaborati nell'ambito del diritto privato. Mentre infatti il trattato internazionale, in quanto puro « *Vertrag* », costituisce un autentico modello di unificazione del volere e ritrova il proprio fondamento di validità soltanto nell'intenzione dei soggetti contraenti, il negozio di diritto privato rappresenta invece unicamente « la forma che è apprestata dal diritto statale, secondo la propria discrezionalità »⁽⁸⁾. Si può dire quindi che in questo senso la volontà individuale risulta essere l'organo effettivo di un ordinamento la cui essenza ultima è sopra-individuale o — nei termini di Radbruch — 'trans-personale'⁽⁹⁾.

(8) « ... nur die Rechtsform, die das staatliche übergeordnete Recht nach seinem Ermessen und nach von ihm beliebten Begrenzungen für den individuellen Willen bereitstellt ... » (*Wesen des Völkerrechts*, cit., p. 175).

(9) « Der Rechtsgeschäftswille der Individuen ist nicht wie im Völkerrecht das Entscheidende, sondern er tritt erst in Funktion auf Grund einer nach überindividuellen Gesichtspunkten entworfenen Kompetenzordnung und er wird nur berücksichtigt, soweit er überindividuellen Gesichtspunkten nicht widerstreit » (*Wesen des Völkerrechts*, p. 173).

Così, riguardo all'elemento 'transpersonale', Kaufmann nota — criticando RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, pp. 13 ss.) — che in ultima analisi « die Abstellung auf den Gegensatz von individuell und überindividuell falsch ist: das berechnigte Ueberindividuelle sind ja keine unvereinbaren Gegensätze mehr, und der Begriff des Rechtes ist nicht in die unlösliche Antinomie Radbruchs verstrickt » (*Wesen*, p. 141).

È evidente, da quanto si è detto finora, che la teoria organicistica, la quale vede nella fitta trama dei negozi e degli istituti giuridici l'entità vivente in cui si realizzano le volontà negoziali individuali — solo apparentemente staccate ed arbitrarie —, si connette in Kaufmann alla concezione statualistico-positivistica (assolutamente dominante, pur nelle sue diverse declinazioni, nella dottrina del diritto pubblico del tempo) secondo la quale la volontà statale rappresenta l'unico punto di riferimento, la *massgebende Zentralstelle*, dei valori giuridici concretamente esistenti. Ogni contratto costituisce cioè un tipo già prefissato dallo Stato, con fini da questo stabiliti in modo da farli coincidere con i propri: gli elementi di diversità tra le varie fattispecie contrattuali sarebbero così dovuti alla varietà del contenuto materiale, non della forma⁽¹⁰⁾.

Ne consegue che il vincolo posto in essere nel diritto interno da parte dei contraenti incontrerà come limite il cd. « fine essenziale », immanente in ogni determinato tipo contrattuale (« *Wesenszweck eines bestimmten Vertragstypus* »). Questo fine, posto nello « Stato organico » come un apriori dettato dalla logica stessa degli istituti, costituirà uno schema operante su ogni futura attività negoziale, e farà sì che il vincolo tra i contraenti possa persistere finché il fine essenziale del contratto continui effettivamente ad essere conseguito.

Quanto detto per ultimo introduce la questione della clausola « *rebus sic stantibus* », che andrà ora definita. Il punto che merita sottolineare è che per Kaufmann la clausola in questione,

(10) « Meine Analyse des Vertragsbegriffes in Auseinandersetzung mit den damals herrschenden Lehren des Privatrechts... führte zu dem Ergebnis, dass es nicht die empirischen Vertragspartner sind, auf deren Willen die bindende Kraft der Verträge beruht, dass nicht sie es sind, welche die objektiven Lebensverhältnisse, die sie regeln wollen, schaffen, sondern dass es sich um den Parteien 'vorgegebene', in der Ordnung des Gemeinschaftslebens bereits ideell vorgeschriebene Kreise handelt, in die sie durch den Vertragsschluss eintreten und deren objektives τέλος die Parteien unabhängig von ihrem Willen bindet » (E. KAUFMANN, *Vorwort* del 1960 al volume *Rechtsidee und Recht*, cit., in GS III, pp. XXII-XXIII).

nel diritto privato così come in tutto quanto il diritto interno, può scattare allorché « circostanze di fatto successive alla stipulazione » rendano impossibile il conseguimento del *Wesenszweck* immanente all'istituto negoziale-tipo. Risulta chiaro, d'altra parte, che sarà lo Stato stesso, mediante i propri organi (e non quindi i privati contraenti), l'ente dotato di competenza a giudicare « se » le circostanze di fatto cui si è accennato si diano nella realtà⁽¹¹⁾. Secondo Kaufmann si manifesta qui un problema centrale della giurisprudenza in quanto costruzione scientifica: un problema che coincide in gran parte con quello dell'interpretazione dell'atto negoziale in quanto espressione di una volontà dichiarata (« *Auslegung der Rechtsgeschäften als Ausdrücke eines erklärten Wil-*

(11) Questo radicale statualismo — sia pure non 'positivisticamente', ma piuttosto 'organicisticamente' inteso, — rappresenta il dato di fondo, l'orizzonte ideologico e valutativo in cui si situa l'opera del 1911 *Das Wesen des Völkerrechts*. In seguito Kaufmann, nelle opere di diritto internazionale successive, come le *Règles générales du droit de la paix* (1935), rivedrà in modo sostanziale questa sua posizione, la quale risentiva visibilmente delle tensioni presenti nell'ambiente intellettuale tedesco ed europeo anteriore alla prima guerra mondiale, fino ad approdare infine ad un giusnaturalismo 'sociale' — sorretto dal valore obiettivo della giustizia come « *Rechts-idee* » — che ribalterà le tesi 'giovanili' del *Wesen*. Esemplari, in questo senso, le opere di diritto costituzionale del secondo dopoguerra: specialmente gli articoli *Autorität und Freiheit* (1947), *Grundrechte und Wohlfahrtsstaat* (1953), *Traité international et loi interne* (1958). Questo punto sarà trattato più ampiamente nel capitolo V.

Riconsiderando nel 1960 l'analisi del concetto di *Vertrag* svolta nel lavoro sulla clausola, Kaufmann osserva che « daher sind Verträge, die keinen berechtigten Platz in der Ordnung des Gemeinschaftslebens haben, nicht bindend, wie auch die bindende Kraft der Verträge aufhört, wenn infolge veränderter und nicht vorhergesehener Umstände dem Schuldner die Erfüllung auf Grund der besonderen Gesetzlichkeit der betreffenden Lebensverhältnisse nicht zugemutet werden kann. Es ging mir bei dieser Analyse darum, die Begrenztheit der menschlichen Schaffenskraft und deren Gebundenheit an überpositive Ordnungen auf einem Gebiete aufzuweisen, das der Selbstgestaltung der Lebensverhältnisse durch das Mittel des Vertrages einen weiten Spielraum zuweist » (*ibidem*, spaziatomio). In queste ultime osservazioni Kaufmann indica esplicitamente, già nell'uso linguistico — si pensi al riferimento alle « überpositive Ordnungen » — quelli che sono i contenuti giusnaturalistici tipici della seconda fase della sua produzione scientifica).

lens »)⁽¹²⁾. Appare comunque evidente che nel diritto privato la volontà delle parti di porre in atto la clausola risolutiva « *rebus sic stantibus* » non può essere in via di principio, per quanto si è detto, illimitata. La logica stessa del « *Subordinationsrecht* » da un lato, nonché dall'altro lato il principio generale dello « *stare pactis* » ed i criteri di equità, buona fede, attendibilità nel comportamento tra le parti, impedirebbero già di per sé ogni ricorso indiscriminato alla clausola.

b) *La dichiarazione di volontà degli Stati. Definizione della clausola « rebus sic stantibus » nel diritto internazionale.*

Ben diversamente dal diritto interno, la dichiarazione di volontà nel diritto internazionale è emessa — come la dottrina, specie quella di ascendenza positivista, non si stanca di ricordare, — da entità giuridicamente sovrane, gli Stati, le quali per definizione non possono piegarsi ad un sistema di subordinazione (« *Subordinationssystem* »), ma debbono invece sostituire a questo un sistema di coordinazione complessiva delle volontà (« *Koordinationssystem* ») nel quadro della comunità internazionale.

In questo sistema le norme vengono poste da coloro che sono al tempo stesso i soggetti destinatari. Non è questo ovviamente il luogo adatto per richiamare la dibattutissima problematica sorta nell'ambito della dottrina internazionalistica circa questi punti — relativamente cioè al grado e al tipo particolare di o b b l i g a t o r i e t à che caratterizza tali norme di coordinazione. È più utile invece tentare di ricondurre di qui il discorso alla clausola « *rebus sic stantibus* », vedendo in che modo un sistema giuridico di coordinazione influisca concretamente sul potere che hanno le parti — gli Stati — di far valere la variazione delle circostanze fattuali onde liberarsi dagli obblighi giuridici assunti.

In che cosa consiste propriamente il problema della clausola? Risponde Kaufmann che ad ogni trattato si deve pensare immanente, in maniera tacita, la seguente specificazione, la quale risulta come annessa alla dichiarazione di volontà delle parti: l'obbligo

(12) *Das Wesen des Völkerrechts*, cit., p. 86.

sussiste fintanto che le condizioni generali rimangono immutate (« *solange die Verhältnisse so bleiben, wie sie jetzt sind* »)⁽¹³⁾. La dottrina è sostanzialmente omogenea sulla definizione. Kaufmann riporta numerosi esempi di classici della letteratura internazionalistica del proprio tempo, in cui la clausola viene posta in luce sostanzialmente nei medesimi termini. Tra questi:

BLUNTSCHLI (*Das Völkerrecht der zivilisierten Staaten*, 1878/3^a ed., p. 255): « Zustände, welche die ausdrückliche oder stillschweigende Voraussetzung und Grundlage der übernommenen Vertragspflicht gewesen sind ... sich so ändern, dass die Erfüllung der Vertragsverbindlichkeit unnatürlich oder sinnlos geworden ist ».

HEFFTER-GEFFCKEN (*Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 1888/8^a ed., p. 214 ss.): « ... Umstände, welche zur Zeit des geschlossenen Vertrages schon vorhanden oder vorherzusehen und nach der erkennbaren Absicht des Verpflichteten die stillschweigend Bedingung des Vertrages waren ».

VON LISZT (*Das Völkerrecht*, 1910/6^a ed., p. 167): « Verträge, die im Hinblick auf einen bestimmten tatsächlichen Zustand und unter Voraussetzung seiner Fortdauer geschlossen sind ».

VON MARTITZ (*Völkerrecht*, in *H. Kult. Gegenwart*, parte II, cap. VIII, p. 437): « ... wenn die Umstände, unter denen er zustande kam, und die nach der erweislichen Absicht der versprechenden Teiles seine Voraussetzung waren, sich gänzlich geändert haben ».

BONFILS-FAUCHILLE (*Manuel de droit international public*, 1899/4^a ed., p. 507): « La fin d'un traité doit inévitablement suivre la disparition des causes qui l'avaient occasionné... ».

PIÉDELIÈVRE (*Précis de droit international public ou droit des gens*, 1894, vol. I, p. 311): « S'il devient évident que la convention n'eût pas été signée dans la prévision des événements survenus depuis sa conclusion... ».

OPPENHEIM (*International Law*, 1905, p. 556): « The consent of a State to a treaty presupposes the condition that such a treaty is not franged with danger to its existence and development, and implies that, by unforeseen change of circumstances the obligations stipulated in the treaty should imperil the said States's existence and necessary development, the treaty, although by its nature unnotifiable, should nevertheless be notifiable ».

(¹³) *Ibidem*, p. 80.

WESTLAKE (*International Law*, 1904, p. 284 ss.): « They were concluded in and by reason of special circumstances, and when those circumstances disappear, there arises a right to have them rescinded. If then it is argued the party for whose advantage such a treaty was concluded is inequitably obdurate, the party burdened by it, will be justified in treating it as obsolete ».

TAYLOR (*Treatise on International Public Law*, 1902, p. 401): « A treaty which was not intended to be a menace to the life or independence of a State at the time of its execution, becomes voidable the moment subsequent events invest it with this character ».

PRADIER-FODÉRE (*Traité de droit international public européen et américain*, 1895, vol. II, p. 927): « Les traités cessent d'être obligatoires lors du changement essentiel de telle ou telle circonstance dont l'existence était supposée nécessaire par les deux parties, soit que cette condition ait été stipulée expressément, soit qu'elle résulte de la nature même du traité »;

(p. 928): « ... sont toujours signés sous la réserve tacite qu'ils demeureront en vigueur tant que les circonstances dans lesquelles ils ont été conclus ne seront pas modifiées ».

Ma se sostanziale è l'accordo sulla definizione generica della clausola, diversi sono invece i problemi di ordine teorico-generale, inerenti alla concreta applicazione della clausola medesima, che già a prima vista si presentano di non facile soluzione. Ci si deve chiedere infatti: a cosa far risalire l'obbligo di risoluzione contrattuale che costituisce insieme l'oggetto e la *ratio* della clausola? A chi riconoscere la competenza sulla clausola stessa? Ovvero: a chi conferire il potere di decidere concretamente se sussistano gli estremi onde dar attuazione alla clausola? Infine, quest'ultima attività di decisione (con la relativa dichiarazione di competenza) potrà ancora essere qualificata come giuridica, o dovrà invece essere riconosciuta di rilevanza esclusivamente politico-fattuale?

Il problema teorico-generale della clausola è, a ben vedere, il problema stesso dell'obbligatorietà della norma giuridica, sia essa interna o internazionale. Quali sono infatti le ragioni obiettive, nel quadro di un dato ordinamento, per riconoscere ad un fatto sopravvenuto la capacità di risolvere un accordo negoziale giuridicamente valido e vigente, al di là delle nor-

mali procedure di revisione ⁽¹⁴⁾? Ovviamente n e s s u n a ragione obiettiva, ma solo il libero apprezzamento del giudice può, nel diritto interno, interpretare quale sia il senso da attribuire allo « spazio vuoto » — alla « lacuna » — che la clausola rende visibile nell'ordinamento. Qui, come è dato osservare, Kaufmann si avvicina alla tematica dibattuta con grande vigore in quegli stessi anni nell'ambito della *Freirechtsbewegung*, di cui — pur in assenza di espliciti riferimenti — le pagine del lungo capitolo kaufmanniano dedicato a *Das Problem der Auslegung* appaiono in più d'una occasione tributarie ⁽¹⁵⁾. Così, ad esempio, a proposito del richiamo al principio dell'e q u i t à — richiamo che la dottrina positivista tende a ricondurre, e a malincuore, ai soli contratti ad esecu-

⁽¹⁴⁾ Sulla distinzione tra il caso della clausola e quello della revisione nei trattati di diritto internazionale insiste particolarmente R. QUADRI, denunciando la confusione — frequente nella dottrina — tra le due ipotesi (cfr. *Diritto internazionale pubblico*, cit., pp. 199-200).

⁽¹⁵⁾ *Das Wesen des Völkerrechts*, cit., pp. 80 ss. — Tra gli autori considerati, ZITELMANN, RÜMELIN, OERTMANN, RADBRUCH, ed il LAUN di *Das freie Ermessen und seine Grenzen*, Leipzig und Wien 1910. Fondamentale, sul tema, L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, spec. pp. 209 ss.

Il problema della clausola « *rebus sic stantibus* » sembrerebbe rientrare nella (o perlomeno avere molte affinità con la) ipotesi tipica giusliberistica delle « lacune della legge d i n a m i c a m e n t e considerata », con particolare riguardo al delicato problema di quelle che L. LOMBARDI definisce le « incognite del divenire » (*Saggio*, cit., spec. pp. 260 ss.): quel tipo cioè di lacuna che si verifica nella posizione della norma nel tempo. (Ciò è particolarmente evidente, ad es., nel caso dei contratti ad esecuzione continuata del diritto privato e di quelli stipulati à *perpetuité* del diritto internazionale). Va osservato tuttavia che l'argomentazione giusliberistica verteva innanzitutto sulla struttura reale dei giudizi di decisione, sostenendone apertamente l'immancabile 'politicità' (cfr. per tutti G. RÜMELIN, *Werturteile und Willensentscheidungen*, 1891), e non certo sull'opportunità del ricorso a finzioni dogmatiche, come quella appunto di supporre l'immanenza di una clausola risolutiva tacita in ogni norma negoziale, quasi che ciò potesse costituire una sorta di 'autorizzazione formale' per l'interprete ad intervenire liberamente... — Si potrebbe dire, insomma, che già il fatto di porre il problema nei termini dogmatici della presenza o meno di una clausola « *rebus sic stantibus* » implica la fuoriuscita dalla logica giusliberista. (Né mi risulta che i giusliberisti abbiano mai dato rilievo nelle loro svariate trattazioni, *et pour cause*, alla questione).

zione continuata (es., contratti di somministrazione a lungo termine)⁽¹⁶⁾ — ma così anche, ed in maniera forse ancor più evidente, nel caso del diritto internazionale, in cui la ovvia mancanza di un'autorità soprastale comune finisce per attribuire uno spazio ed un rilievo ben maggiore all'attività interpretativa giurisprudenziale⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Per R. DE RUGGIERO, che cito quale esempio paradigmatico degli orientamenti della dottrina giusprivatistica del tempo, tutta la difficoltà nel caso della clausola « *rebus sic stantibus* » « sta nel fissare i limiti entro i quali può dirsi che v'abbia squilibrio o sproporzionato oneramento di uno dei contraenti e che questo derivi da circostanze sopraggiunte e da mutamenti non prevedibili » (*Istituzioni di diritto civile*, 2^a ediz. 1915, vol. III, p. 289). Per DE RUGGIERO l'esercizio del diritto di risoluzione in forza della clausola può diventare un modo « per rendere vana » la buona fede, e spetta in ogni caso al magistrato appurare, con piena discrezione e facendo ricorso al criterio dell'equità, lo stato reale della questione.

Cfr. anche E. BARSANTI, *Risolubilità dei contratti a lungo termine per il successivo mutamento dello stato di fatto*, in « Arch. giur. », n.s. IV, 1899, pp. 3-35, il quale dà un'interpretazione estremamente estensiva della clausola, concludendo che « nei contratti che hanno dipendenza dal futuro e tratto successivo, la clausola « *rebus sic stantibus* » è sempre implicita. Essa nasce *ex substantia rei*, e rappresenta una premessa di logica, un postulato di ragione che se la legge esplicitamente non ricorda, sempre necessariamente sottintende » (*ivi*, p. 35); O. FRITZE, *Die cl. rebus sic stantibus*, in « Archiv für bürg. Recht », XVII, 1900, pp. 20 ss.; L. STAHL, *Die sog. cl. rebus sic stantibus im BGB*, Neustadt 1909; G. OSTI, *La cl. clausola r.s.st. nel suo sviluppo storico*, in « Riv. dir. civ. », IV, 1912, pp. 1 ss.; *Id.*, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, *ibid.*, V, 1913, pp. 471 ss.; 647 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. E. KAUFMANN, *Das Wesen des Völkerrechts*, cit., pp. 83 ss.: « In der Tat ist hiermit ein zentrales Problem der Jurisprudenz, als Wissenschaft sowohl als 'Kunst' bezeichnet. Es ist dem Gesetze gegenüber ein völlig analoges wie gegenüber den unter dem Gesetze stehenden 'Rechtsgeschäften', die Frage wie eine menschliche Willenserklärung 'gemeint' ist, die Frage nach ihrem 'Sinn'. Die Erörterung dieser Frage ist unabhängig von einer Stellungnahme in dem privatrechtlichen Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie: es handelt sich... um die Auslegung des 'erklärten Willens'. « Jede Willensäußerung mehr 'bedeutet', einen weiter gehenden 'Sinn' und 'Gehalt' hat, als sie, rein faktisch und psychologisch genommen, enthält... Diese Ausführungen zeigen deutlich den Zusammenhang des Auslegungsproblems mit dem Klauselinstitut: die Grenze der Bindung, die mit einem Vertrage gewollt war, lässt sich zunächst nur durch eine Auslegung des Vertragswillens feststellen » (*ibid.*, pp. 86-88).

Volendo comunque rispondere — relativamente all'ambito del diritto internazionale — ai tre fondamentali interrogativi posti in precedenza, relativi rispettivamente: 1) all'elemento materiale, o contenutistico, cui far risalire l'obbligo di risoluzione del trattato in base alla clausola « *rebus sic stantibus* »; 2) all'autorità investita del potere di dar concreta attuazione alla clausola; 3) alla ricomprensione, o meno, di quest'ultima attività nell'area del 'giuridico', occorrerà procedere come segue:

L'elemento obiettivo da cui far dipendere la decisione sull'esistenza o meno dell'obbligo di risoluzione è l'interesse dello Stato — primario e incondizionato — all'autoconservazione (*Selbsterhaltung*). Secondo Kaufmann, a differenza del « sistema di subordinazione » tipico del diritto interno statale, nel diritto internazionale — in cui vige il « sistema di coordinazione » — non vi è altro elemento valutativo, da cui far dipendere il giudizio sulla clausola, oltre a quello dell'interesse obiettivo proprio di ognuno dei soggetti di diritto. La prospettiva fondamentale capace di qualificare ogni sistema di diritto internazionale positivo viene affermata, per Kaufmann, nel principio seguente: lo Stato nazionale — e con ciò si risponde esplicitamente anche al secondo interrogativo — è l'autorità che decide concretamente sulla clausola. E va notato che tale clausola deve essere pensata come immanente ad ogni trattato, in quanto *naturale negotii* dovuto al diritto imprescrittibile — appartenente allo Stato come tale — di esaminare ogni volta se dall'accordo possano sorgere pericoli per la propria stessa esistenza⁽¹⁸⁾.

(18) Max HUBER sintetizza chiaramente questo punto nella sua recensione al libro di Kaufmann (« *Archiv für öff. Recht* », 28, 1912), osservando che « *Diese Voraussetzungen erfüllt nur der Staat, eigentlich nur der nationale Staat, wenn auch zeitweise durch eine Abschwächung der Staatsorganisation andere Grössen (Kirche, Territorien usw.) eine quasi-kordinationsrechtliche Stellung erlangt haben. Der nationale Staat aber, mit dem das moderne Völkerrecht erst beginnt, hat im Verhältnis zu andern Staaten — ungleich dem Einzelnen im Staate — ein unbedingtes Selbsterhaltungsrecht. Dies ist der Angelpunkt alles Völkerrecht. Und darum ist jedem internationalem Verträge die Klausel immanent: denn wegen des Selbsterhaltungsrecht kann keinem Staate dann noch Vertragstreue zugemutet werden, wenn diese mit seiner Existenz in Kollision kommt. Jeder Staat*

Il trattato risulta quindi, in definitiva, stipulato necessariamente « *rebus sic stantibus* ».

Che cosa significa propriamente tutto ciò? Essenzialmente questo: che Kaufmann esclude per il diritto internazionale l'opportunità — tipica del diritto interno — di ricostruire, mediante apposita attività interpretativa, la volontà delle parti al fine di stabilire se esistano o meno, nel caso specifico del singolo accordo, gli estremi per l'applicazione della clausola: in ogni trattato — sostiene Kaufmann — deve considerarsi immanente la clausola di risoluzione *rebus sic stantibus* per le ipotesi di violazione del *Selbsterhaltungsrecht* statale (19).

entscheidet selbständig, ob seine Existenz auf dem Spiele steht und die daraus entstehenden Gegensätze können letzten Endes nur durch den Krieg erledigt werden » (ivi, p. 552, spaziatimi).

(19) Kaufmann con ciò elimina consapevolmente l'intera area di questioni relative alla previsione dell'evento modificatore delle circostanze contrattuali da parte degli Stati contraenti e — più in generale — alla ricostruzione delle singole volontà. Come descrive esattamente il problema la dottrina internazionalistica più recente, « quando ci si è domandati come e perché la clausola operi, non si è fatto sempre riferimento alla volontà effettivamente manifestata dalle parti, e spesso si sono adottati argomenti che si riferiscono alla struttura logica del negozio. Invero, le due maniere di impostazione non differiscono tanto profondamente come a prima vista si potrebbe ritenere, giacché la volontà di cui si parla non è, nella normalità dei casi, effettivamente manifestata, ma solo una volontà presunta. E la presunzione è, a sua volta, fondata su puri argomenti di logica, sul normale meccanismo del volere di un contraente medio. Si slitta così, quasi insensibilmente, dal terreno della volontà (che dovrebbe essere volontà realmente esistente nella fattispecie) a quello di una volontà logicamente necessaria.

Ogni manifestazione di volontà trova un limite naturale nello stato di fatto, cosicché un radicale mutamento di questo deve avere influenza sul negozio, anche se impreveduto o, meglio, perché impreveduto ed imprevedibile. Si giunge anzi nella dottrina del diritto internazionale a far richiamo al valore logico dell'accordo e ad affermare che *cessante ratione legis, cessat et lex ipsa*. Con il che si fa un ulteriore slittamento, in quanto non si fa più riposare la caducazione delle obbligazioni sulla volontà negoziale, sia pure presunta, ma addirittura su norme e su congegni istituzionali dell'ordinamento » (G. BISCOTTINI, *Il problema della sopravvenienza nel diritto internazionale*, « Annali di diritto internazionale », 1951, pp. 30-31, il quale si richiama in nota alla dottrina di Kaufmann).

Quanto alla questione del carattere 'giuridico' o 'metagiuridico' da attribuire all'attività di applicazione concreta della clausola, Kaufmann sostiene risolutamente la prima delle due ipotesi, specie nei confronti di dottrine che — come quella di Bruno Schmidt⁽²⁰⁾ — si rifanno in maniera più esplicita al positivismo giuridico, conferendo al concetto di diritto una minore estensione, nel costante tentativo di mantenere ben chiaro il nesso esistente tra 'giuridico' e 'legale'. Ma qui, come è evidente, Kaufmann si trova a dover affrontare anche problemi di natura teorica più generale, che culminano nella definizione stessa dei concetti di diritto e di Stato.

Secondo Kaufmann — il quale nel corso di tutta quanta la sua opera non cessa di polemizzare su questi punti con le dottrine sostenute con successo, nell'ambito del diritto internazionale, dai vari Triepel e Anzilotti⁽²¹⁾ — il diritto consiste essenzialmente in

(20) Schmidt, nel suo studio sulla clausola (*Ueber die völkerrechtliche clausula rebus sic stantibus, sowie einige verwandte Völkerrechtsnormen. Zugleich ein Beitrag zu grundsätzlichen Problemen der Rechtslehre*, in «Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen», hrsg. v. G. JELLINEK, MEYER, ANSCHÜTZ, Bd. VI, 1, Leipzig 1907) nega che quest'ultima agisca all'interno della sfera del diritto: che costituisca cioè un istituto giuridico. La clausola andrebbe piuttosto considerata come espressiva di una realtà fattuale, di un 'confine' tra il giuridico ed il meta-giuridico, non già come una 'norma'. Schmidt inoltre «geht von der 'eminenten Gefährlichkeit' aus, mit der die Anerkennung der Klausel als Rechtsinstitut die Gültigkeit völkerrechtlicher Verträge bedroht, selbst in den Abschwächungen und Umbildungen, die sie von einigen Theoretikern erfahren hat» (KAUFMANN, *Wesen*, cit., p. 45). Tutto ciò per Schmidt porterebbe a concludere a favore dell'ipotesi della «pre-giuridicità» della clausola. Kaufmann controbatte in vari punti questa opinione, notando tra l'altro che sono proprio le diverse contraddizioni presenti in essa a consigliare la ricomprensione della clausola nell'area del giuridico: «Es ist charakteristisch, dass Schmidt selbst in gelegentlichen Formulierungen nicht umhin kann, das Verhältnis der Klausel und des Rechtssatzes *pacta sunt servanda* als das 'Verhältnis von Regel- und Ausnahme norm' zu bezeichnen, und ein anderes Mal zu sagen: 'Die bekämpfte Theorie behauptet den Satz der Klausel als Rechtssatz; wir fanden ja in ihm eine andersartige Norm'» (*Wesen*, p. 48).

(21) Ovvero dagli autori della nota teoria della «*Vereinbarung*» (cfr. sopra, nota 6), la quale viene ripresa in tema di clausola *r.s.st.* da G. SALVIOLI nella sua recensione al libro di Kaufmann nel modo che segue:

un ordinamento di relazioni di volontà (« *Willensverhältnisse* ») il cui senso deve essere considerato a partire dai valori fondamentali espressi dalla comunità organica in cui tali relazioni sono originate. Così Gierke, che vede nel diritto una « funzione specifica dell'esistenza comunitaria dell'uomo » (« *eine spezifische Funktion des menschlichen Gemeinlebens* »), ha certamente ragione quando sostiene che « nessun'altra funzione, che sia diversa dal diritto così inteso, può adempiere a quello stesso scopo »⁽²²⁾, ma trascura poi — a parere di Kaufmann — di chiarire il legame esistente tra il diritto e l'idea di giustizia (« *Idee des Gerechten* ») restando quindi oscuro in che cosa consista la vera peculiarità del diritto inteso come valore — e valore « *nur mit sich selbst vergleichbar* »⁽²³⁾.

« La volontà che imprime il carattere obbligatorio alle norme regolatrici dei rapporti internazionali è bensì una volontà superiore a quella dei singoli Stati, un'autorità a cui questi sono sottoposti, ma non si impersona in un soggetto; la volontà non esiste indipendentemente dalla norma giuridica che ne è l'emanazione, ma soltanto in essa e per essa. La norma, dunque, una volta posta, acquista un'oggettività esteriore, esiste indipendentemente dalla volontà degli Stati che concorsero a formarla, e qualsiasi atto di uno Stato, che è contro di essa, e ad essa volesse sottrarsi, può, in base alla norma, essere qualificato illecito. E così si determina il problema della clausola » (*Sulla clausola r. s. st. nei trattati internazionali*, in « Riv. di diritto internaz. », II, 1914, p. 274). Tesi quanto mai distanti da quelle di Kaufmann, il quale polemizza con Triepel a più riprese nel suo libro: cfr. spec. il paragrafo V.II.2, dedicato appunto a *Die Theorie Triepels über Vertrag und Vereinbarung*, pp. 160 ss.

⁽²²⁾ *Deutsches Privatrecht*, Bd. I, p. 120.

⁽²³⁾ *Ibid.* — A migliori risultati era giunto invece Stammler nelle sue opere di filosofia del diritto, il cui merito va in special modo segnalato — sostiene Kaufmann — tenuto conto delle critiche che la ricerca del « *richtiges Recht* » aveva immediatamente ricevuto da teorici relativisti come M. WEBER e H. KANTOROWICZ, oltre che dal primo RADBRUCH. Si tratta per Kaufmann di un merito che la non completa attendibilità dei risultati finali raggiunti da Stammler non diminuisce affatto (cfr. oltre, cap. III, punto a). Per ora Kaufmann si limita a ricordare che la « *Rechtsidee* » stammleriana non giunge alla determinazione funzionale del diritto quale « *Teilnehmen* »: « es muss noch der Gedanke eines konkreten, durch seinen besonderen Zweck individualisierten Ganzen hinzukommen, um auch die Teilnahme-Formulierungen über blossen Tautologien zu erheben » (*Wesen*, cit., p. 131, nota).

Occorre pertanto chiedersi a questo punto: a quali condizioni ed in quale quadro di riferimento teorico risultano possibili come sistemi giuridici rispettivamente un *Koordinationsystem* ed un *Subordinationssystem* di relazioni di volontà? Come è possibile un « *Individualrecht* » e come lo è un « *Sozialrecht* », nel significato specifico attribuito a questi due termini da Kaufmann, e che preciseremo tra poco ⁽²⁴⁾?

Kaufmann inizia a rispondere a tali interrogativi sul piano della teoria generale del diritto. L'ipotesi di partenza è l'attribuzione al diritto di un valore essenzialmente tecnico e formale, il quale assume dalla comunità organica in cui è inserito ogni possibile orientamento di senso. Mentre infatti i valori teorici, morali o estetici, contengono già in sé il proprio valore, che si identifica in una corrispondente realizzazione positiva (ad es.: una scoperta scientifica, un comportamento etico, un'opera d'arte), il diritto consiste invece in un valore di relazione (« *Verhältniswert* »), di misurazione (« *Masswert* ») e di ripartizione (« *Verteilungswert* »). Esso presuppone, per la propria stessa esistenza, l'esistenza di contenuti extragiuridici cui rinviare. Dire che qualcosa è giuridico significa dire che esso 'vale' in relazione a qualcosa'altro, ovvero che è avvenuta nella comunità una misurazione la quale ha stabilito con esattezza in quale modo e secondo quali regole i valori debbano essere distribuiti e ripartiti.

Qui il valore metagiuridico è assunto come « contenuto esterno preesistente ». Per contro la bellezza di un'opera d'arte o la verità di una teoria scientifica non presuppongono fuori di sé alcunché di extra-estetico o di extra-logico: non solo si fondano sul loro proprio criterio di legalità, ma non hanno neppure bisogno di stabilire riferimenti successivi di alcun genere con valori esterni assunti in quanto tali.

Secondo Kaufmann questo carattere rende il diritto un « valore superindividuale », ovvero fa sì che la giustizia e l'esattezza di una misurazione e di una ripartizione dipendano dalla totalità sopraindividuale (« *überindividuelles Ganze* ») all'interno della quale

(24) V. oltre, *sub* punto c).

i singoli contenuti da misurare e da ripartire si trovano situati. La totalità, ovvero l'insieme organico di una comunità sociale, e non già l'individuo, determina il concetto di diritto in quanto contenuto di valore: dalla natura individuale sorgono invece soltanto *pretese* ed impulsi egoistici — richieste, insomma, le quali non possono pervenire, sviluppandosi, al grado di un ordine concreto, tale da imporsi intersoggettivamente.

Ma il diritto è un valore posto da una totalità sopraindividuale anche in un altro senso: nel senso cioè che esso — a differenza dei valori teoretici, morali, estetici, ecc., i quali pretendono di valere come norme generali e come criteri ideali di misurazione delle corrispondenti teorie, azioni, opere d'arte, ecc., — intende realizzarsi *concretamente*, valere *realiter* superando ogni eventuale ostacolo 'storico'. Diritto, come già Haenel rilevava ⁽²⁵⁾, è ciò — e solo ciò — che vale realmente e che, malgrado possibili violazioni al proprio dettato, possiede garanzie di concreta attuazione riconosciute come tali dalla pluralità dei consociati ⁽²⁶⁾.

Tuttavia, neanche questa importante precisazione riesce naturalmente ad assicurare un'immagine più completa del fenomeno giuridico. Una volta infatti mostrata la natura sopraindividuale del diritto, la sua funzione di misurazione e di ripartizione 'concreta' perché calata realmente nella dimensione storica, non si è affatto risolto — sostiene Kaufmann con Gierke — il problema della sua *cd.* «relatività». Infatti: occorre pensare che si diano tanti ordinamenti giuridici quante «totalità sopraindividuali» vi sono, giungendo quindi al punto di riconoscere ad ogni associa-

⁽²⁵⁾ A. HAENEL, *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, cit., pp. 119-120.

⁽²⁶⁾ «Das Recht muss in dem realen Ganzen, das es ordnen will, gelten, in ihm eine reale Macht, die es zusammenschweissen hilft, sein; denn nur so lange eine Rechtsordnung noch wirklich gilt, ist und bleibt das reale Ganze ein solches. Und es kann immer nur eine Rechtsordnung sein, die ein reales Ganzes im letzten Grunde zusammenhält: denn nur der Rechtswert, als richtiger Mass- und Verteilungswert, vermag jedem den ihm sub specie des Ganzen richtigen Platz einzuräumen; nur eine Rechtsordnung kann eine wirklich geltende Willensordnung sein, da nur sie von den Genossen als eine notwendige und nicht willkürliche anerkannt und empfunden werden kann» (E. KAUFMANN, *Wesen*, p. 132).

zione di diritto privato, ad ogni comunità, ad ogni ente religioso, la qualificazione di ordinamento giuridico autonomo ⁽²⁷⁾? E se no, a quale livello decrescente di complessità arrestarsi? O invece è possibile delineare in sede metafisica una nozione di diritto in cui i principii siano obiettivamente fondati: il diritto κατ' ἐξοχήν, verso il quale — oscillando tra il formalismo neokantiano e l'esigenza di una *Rechtsidee*, di un *richtiges Recht* — si muove, secondo Kaufmann, lo stesso Stammler ⁽²⁸⁾?

Kaufmann si astiene, ovviamente, dall'affrontare quesiti teorici così impegnativi e, con ogni probabilità, insolubili in termini tanto generici, per concentrarsi — al seguito di Gierke — sul nesso che lega il diritto alla concreta « comunità » (*Gemeinschaft*), in modo da impostare di qui il problema della pluralità e quindi della 'relatività' degli ordinamenti, nonché del tipo di legame giuridico esistente — in atto o virtualmente — tra essi. Kaufmann ritiene di poter giungere, per questa via, alla determinazione del concetto stesso di « obbligo giuridico » statale, con conseguenze chiarificatrici sul fenomeno della clausola *rebus sic stantibus*.

Così Kaufmann: « Poiché gli ordinamenti giuridici collegati a complessi sociali concreti — dei quali sono chiamati a regolare normativamente i rapporti — sono una pluralità, il nostro interrogativo iniziale sulla natura del diritto dovrebbe tramutarsi nell'altro: come si pongono tra loro in relazione giuridica le diverse comunità concrete; in che modo viene pensata — anche solo per essere negata — l'idea di un ordinamento gerarchico (*Rangordnung*)? Infatti soltanto una comunità complessiva potrebbe fornire il criterio ultimo di valutazione della vita civile dell'uomo (" *des gesamten menschlichen Kulturlebens* ") » ⁽²⁹⁾. Ma anche a questo interrogativo si rendono evidentemente possibili numerose risposte. Così la concezione agostiniana, nel quadro del cristianesimo medioevale, aveva visto la soluzione del problema dell'ordinamento giuridico complessivo nell'elevazione dell'autorità ecclesiale,

⁽²⁷⁾ Il problema era stato posto in questi stessi termini, tra gli altri, da BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, 1894, pp. 19 ss.; 41 ss., il quale rimaneva tuttavia vincolato al relativismo positivistico.

⁽²⁸⁾ Cfr. su questo punto *oltre*, cap. III, punto a).

⁽²⁹⁾ *Das Wesen des Völkerrechts*, cit., p. 134.

incarnata nella figura del pontefice, al di sopra delle società storiche, quale « *absoluter Verband* », nei termini gierkiani⁽³⁰⁾. Naturalmente, in un moderno sistema giuridico « di coordinazione », fondato sull'accordo tra volontà statali individuali, non può sussistere alcun rapporto di analogia, né alcun legame di sorta, con un ordinamento complessivo « di subordinazione », il quale si definisce in base all'esistenza di una autorità comune e di una strutturazione inevitabilmente in qualche misura « gerarchica » dell'ordinamento.

Il problema teorico-giuridico moderno diviene così in primo luogo quello di configurare sistemi di relazioni interstatali in cui le volontà individuali dei singoli Stati — elevate al grado di « *Individualrechte* » primari — non contrastino radicalmente, ma anzi giungano a conciliarsi, con i « *Sozialrechte* » espressi dalle singole comunità di diritto interno, i quali sono quanto mai differenziati e, non di rado, tra loro stessi antitetici.

c) *Il « Selbsterhaltungsrecht » tra diritto e politica.*

Così Kaufmann avrebbe ricostruito nella sua prefazione del 1960 al volume « *Rechtsidee und Recht* »⁽³¹⁾ la problematica che, quasi mezzo secolo prima, aveva alimentato le sue riflessioni sullo Stato e sull'essenza del diritto internazionale: « La questione dalla quale io muovevo allora era: che cosa significa concretamente lo Stato, quel singolare modo di organizzazione dell'esistenza politica che è capace di richiedere osservanza, fedeltà ed obbedienza per i propri precetti, fino ad imporre agli individui l'obbligo di sacrificarsi completamente? Quali caratteri e quali contenuti specifici riescono mai a legittimarlo in questo ruolo? Qual è il suo τέλος, ovvero la sua funzione peculiare in riferimento all'esistenza storica dell'uomo? Come può esso costituire il centro d'imputazione del diritto interno e, al tempo stesso, possedere la qualità di soggetto di diritto internazionale? La definizione puramente formale dello Stato proposta da Georg Jellinek (« *Der Staat ist die mit ursprüng-*

⁽³⁰⁾ Cfr. *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., Bd. III, p. 517 e ss.

⁽³¹⁾ *Gesammelte Schriften*, cit., Bd. III, p. XXI.

licher Herrschaftsgewalt ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen») non offriva ovviamente alcuna risposta a tali questioni decisive. Così nel libro sul *Wesen des Völkerrechts* mi trovai costretto a svolgere la mia ricerca sullo Stato evitando di procedere mediante definizioni concettuali o, comunque, di fare riferimento a ricostruzioni dogmatiche preliminari, per partire invece dalle tensioni realmente presenti nella vita del diritto».

È chiaro che il problema della clausola *rebus sic stantibus* rappresenta in questo quadro qualcosa come l'elemento di prova del concreto funzionamento degli obblighi giuridici internazionali, la ricostruzione teorico-generale dei quali non può non essere influenzata direttamente dal rapporto effettivo tra forza e diritto, tra pretesa individuale del singolo Stato («*Individualrecht*») e modi di attuazione giuridica concreta. Così prosegue infatti Kaufmann poco più oltre: «Il diritto rappresenta, nello Stato come in ogni altro tipo di comunità, non solo un criterio di misurazione ideale dell'agire, ma soprattutto una forza reale, la quale (...) delimita la portata delle entità non statali al proprio interno, garantendola»⁽³²⁾.

In ogni caso, nel suo tentativo del 1911 di problematizzare il rapporto teorico esistente tra diritto e forza, Kaufmann non può fare a meno di partire dalla situazione storica concreta, rappresentata dalla struttura ancora fondamentalmente bismarckiana dello Stato tedesco. Ma a differenza dall'approccio teorico labandiano allora dominante, che si riduceva a semplice tecnica descrittiva dell'apparato di potere sovrano⁽³³⁾, Kaufmann non esita ad affrontare — pur sempre da giurista — il tema del potere politico effettivo, che la dottrina positivista aveva concordemente ed accuratamente espunto dall'analisi giuridica.

Nel libro sulla clausola, l'essenza dello Stato viene posta in luce (e, tendenzialmente, identificata) nel diritto all'auto-affermazione (*Selbstbehauptung*), nonché al libero sviluppo del potere

⁽³²⁾ *Ibidem*.

⁽³³⁾ Cfr. su questo punto, nello stesso senso, le pagine dedicate a Laband da M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, cit., pp. 304 ss.; 333 ss.

(*Machtentfaltung*) di cui ogni autorità sovrana per ciò stesso dispone. Il quadro ideologico di riferimento è, in modo evidente, quello della filosofia della storia hegeliano-rankiana, — la cui raffigurazione *geistesgeschichtlich* più significativa è probabilmente quella contenuta nel libro di Friedrich Meinecke sulla ragion di Stato⁽³⁴⁾. Ma, per Kaufmann, un « libero sviluppo » del potere è

(³⁴) *Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte*, München-Berlin 1924; tr. it., Firenze 1970, pp. 351 ss. — È il caso qui di ricordare lo stretto legame intercorrente tra le due tematiche della ragion di Stato e della clausola *r. s. st.*: entrambe, si potrebbe dire, costituiscono sul piano del diritto e della politica internazionale una deroga al principio generale giusnaturalistico « *pacta sunt servanda* ». Ciò è chiarito e confermato dalle ricostruzioni dottrinali del problema offerte, tra l'altro, dai teorici del diritto naturale del Sei-Settecento, che le respingono senza mezzi termini. Così, ad es., GROZIO: « Solet et hoc disputari an promissa tacitam conditionem in se habeant: si res maneant quo sunt loco. Quod negandum est, nisi apertissime pateat statum praesentem in unica illa ratione inclusum esse, quam diximus (sc.: " *pacta sunt servanda* ") » (*De jure belli et pacis*, II, cap. XVI, § 25, n. 12). E, più dettagliatamente ancora, BYNKERSHOEK: « Postrema utique exceptio, quae ex necessitate atque utilitate reipublicae fidem fallere permittit, quid, obsecro, aliud est quam ratio quam vocant status, belua illa multorum capitum, cui nemo fere princeps est qui resistat? (...) Quisquis existimat a pactis recedi posse, si eorum servata fides, rebus mutatis, in reipublicae detrimentum vergat, incedit per ignes suppositos cineri doloso; id enim si semel largiaris, nulla omnino causa est ob quam non impune respublica esset, id pactum conducebat ideoque tunc inivi; nunc autem, mutata rerum facie, pactum nocet, cessat igitur paciscendi causa, neque adeo ex eventu putandus sum in id consensisse (.). Si ita disputes, subtilius quam verius, et simul, quaecumque acta, quacumque libuerit occasione, rescindes; nulla enim pactio sine consensu est, consensus nullus sine causa consentiendi, mutatio voluntatis nulla quae causa non habet eam, quae tempore contrariae voluntatis non adfuit. Ita fiet promissionem quamcumque non obligare, nisi quae ex eventu utilis sit, ita si bellum utilius est, pax facta displicebit; ita emptor mercium imminuto earum pretio, emptionem rescindet, mutata voluntate ob mutatum pretium. Sed et ita fiet ut obligatio, quae omni iure cogat, in rebus cum publicis tum privatis omnino nulla sit (...). At, inquires, promissi praestatio reipublicae detrimentum saepe et perniciem secum trahit. Esto. Forte et tunc utile erit fidem servare » (*Quaestiones iuris publici*, L. II, cap. X, spaziatii miei).

Sul tema generale della ragion di Stato, cfr. infine il recente volume

possibile soltanto dandosi una crescita parallela delle energie etiche interne allo Stato, come egli si esprime idealisticamente, — energie incanalate al fine di costruire un vero sistema etico obiettivo⁽³⁵⁾.

In questo senso lo Stato finisce per rappresentare qualcosa che va ben oltre la definizione puramente formale data dai vari Jellinek e Laband: richiamandosi in special modo a Gierke⁽³⁶⁾ ed a Haenel⁽³⁷⁾, Kaufmann tenta una per la verità non troppo convincente fusione tra la teoria organicistica dello Stato e la filosofia della storia hegeliano-rankiana (il che è spiegabile solo facendo riferimento al peso che le circostanze storiche esercitavano concretamente sul pensiero politico del tempo), sostenendo che « lo Stato è l'organizzazione che il popolo si dà, mosso dal preciso intento di inserirsi nella storia universale quale potenza capace di affer-

collettivo *Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs*, hrsg. v. R. SCHNUR, Berlin 1975.

⁽³⁵⁾ Era questo il caso del Secondo Reich tedesco-prussiano, che assume pertanto un rilievo paradigmatico nella storia europea: « So sind die Staaten zuerst moderne Staaten geworden, die zuerst vom Machtgedanken aus auf merkantilistische Wohlfahrtswege gewiesen wurden, und so ist die Entwicklung gerade des preussischen Staates von eigentümlicher Typizität: das Heer war das grosse Schwungrad, das im 18. Jahrhundert sein Leben in Bewegung setzte, das Heer, auf dessen Ersatz und Ernährung die innere Politik ausgerichtet war, und so Finanz- und Wirtschaftspolitik in die Bahnen des fürsorgenden Polizeistaates zwang; und dann war die Befreiung von der französischen Fremdherrschaft die Veranlassung für die Weckung und Belebung aller gesellschaftlichen Kräfte zu sittlicher Selbsttätigkeit » (*Wesen*, p. 135). Cfr. O. HINTZE, *Einleitende Darstellung der Behördenorganisation und allgemeinen Verwaltung in Preussen beim Regierungsantritt Friedrichs II.*, in « Acta Borussica », Bd. 6; 1. Hälfte, 1901, p. 7 ss. — Per una ricostruzione storico-ideologica, cfr. P. SCHIERA, *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il cameralismo e l'assolutismo tedesco*, Milano 1968.

⁽³⁶⁾ Spec. *Labands Staatsrecht und die deutschen Rechtswissenschaft*, in « Schmollers Jahrbuch », Bd. VII, 1883 (ora in rist., Darmstadt 1961). Cfr. M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 358 e ss.

⁽³⁷⁾ *Deutsches Staatsrecht*, Leipzig 1892/2a, Bd. I, pp. 10 ss.; 114 ss.; *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne*, cit., pp. 220-221. Diversamente G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 470-1, che evita di mischiare ogni elemento contenutistico di « *Machtgedanke* » con la « rein formale Natur der Souveränität ».

marsi nella sua particolarità »⁽³⁸⁾, ovvero, con Gierke, « la forma vivente che un popolo assume riconoscendosi quale comunità »⁽³⁹⁾

Anche sul piano della logica giuridica si può dire per Kaufmann che le proposizioni normative in cui appaiono espressi i principii fondamentali di una costituzione statale si differenzino profondamente dalle pure proposizioni prescrittive: infatti, « mentre ognuna delle norme di diritto privato o penale possiedono un carattere ipotetico e sono sempre riconducibili alla formula ' se ... allora ' », ciò non avviene per le proposizioni fondamentali del diritto pubblico »⁽⁴⁰⁾. In queste ultime il carattere ipotetico caratteristico delle proposizioni giuridiche meramente prescrittive — con il loro *regressus in infinitum* verso un ' se ' sempre più originario — deve essere generalmente escluso, poiché qui il mondo giuridico si sviluppa in una sorta di andamento circolare che ha l'effetto, a parere di Kaufmann, di chiudere il circuito normale, norma-fatto. Così, in ultima analisi, i fenomeni dello Stato e del diritto pubblico risultano pensabili solo se sussiste una garanzia fondamentale circa il fatto che « gli obblighi ultimi della convivenza statale, riconosciuti come ' categorici ', siano effettivamente adempiuti, essendo tributata a chi è chiamato a controllare l'adempimento di tali obblighi la dovuta fiducia (*Zutrauen*) »⁽⁴¹⁾.

Lo Stato è insomma una realtà estremamente complessa: un punto cruciale di confluenza di elementi fattuali (problema del

⁽³⁸⁾ « Er ist die Organisation, die ein Volk sich gibt, um sich in die Weltgeschichte einzufäden und in ihr seine Eigenart zu behaupten... » (*Wesen*, p. 138).

⁽³⁹⁾ « ... die leibliche Gestalt der geistigen Volksgemeinschaft » (O. v. GIERKE, *Labands Staatsrecht*, cit., p. 1131).

⁽⁴⁰⁾ *Das Wesen des Völkerrechts*, p. 139.

⁽⁴¹⁾ Ed inoltre: « Die Macht als solche genügt nicht: die Macht kann nur behauptet werden bei Vertrauen, und die will verdient sein. Im Staate liegt notwendig eine unlösliche gegenseitige Durchdringung von ' Herrschaft ' und ' Genossenschaft ', ein sich gegenseitiges Stützen, ein Tragen und Getragenwerden, ein Leiten und Geleitetwerden, wobei nicht immer deutlich ist, wer aktiv und wer passiv ist. Es liegt in ihm ein letztes ' Sich selbst ', über das nicht mehr hinausgegangen werden kann: wo dieses letzte Sich selbst nicht mehr möglich ist, ist auch Staat und Recht nicht mehr möglich » (*Wesen*, p. 140).

potere politico), di valore (problema della legittimazione) e normativi (problemi del diritto interno e internazionale) i quali assai difficilmente possono essere compresi in chiave filosofico-giuridica da dottrine che — come quella radbruchiana — si sforzano di elaborare con metodi psicologici empirici categorie che raccolgano su di sé tutta quanta la tensione emergente dal contrasto tra i due poli dell'individuale e dell'universale⁽⁴²⁾.

Un sistema giuridico « di subordinazione » come « *Sozialrecht* » è possibile fintanto che esso si fondi su una comunità statale la quale non dissolva, ma anzi valorizzi l'individuo come « forza etica ». Un simile ordinamento deve infatti destare tutte quante le forze individuali, raccogliendole ed accordandole in un progetto di vita civile complessiva, capace di imporsi in quanto tale anche sotto il profilo della filosofia della storia⁽⁴³⁾.

Solo a tali condizioni risulta possibile la « *s o g g e z i o n e a s s o l u t a* » che il rapporto di subordinazione dell'individuo all'autorità dello Stato necessariamente richiede⁽⁴⁴⁾.

Secondo Kaufmann risulta chiaro a questo punto come la ricerca, che è propria ad ogni Stato, dell'ordinamento « giusto »

(42) Per Kaufmann la via di soluzione radbruchiana del problema deve essere pertanto criticata: « Denn von diesem rein empirisch-psychologischen Begriff aus kann überhaupt kein Wertproblem gestellt und gelöst werden. Der Individualismus als solcher ist hier identisch mit *Anarchie*, und der Ueberindividualismus als solcher ist hier identisch mit alles tötender blinder *Despotie*. Nur dadurch, das RADBRUCH, ohne es selbst zu merken, den empirischen Individuumbegriff festhält und ihn zugleich rationalistisch denkt, und ausserdem an dem empirischen Ueberindividualismus festhält und ihn zugleich augustinisch färbt, täuscht er sich wirkliche Probleme vor » (*Wesen*, pp. 141-2).

Ma il richiamo finale kaufmanniano a HEGEL e al *Politisches Gespräch* di RANKE dà luogo a motivi di dubbio ancora maggiori di quelli innegabilmente offerti dalla dottrina radbruchiana criticata (cfr. p. 145: « Nur in und durch ein Ueberindividuelles wird das Individuum zum wirklichen Individuum, das blosses Individuum zum wahren Individuum, ohne das das Ganze nicht gedacht werden kann »). — Sulla dottrina « transpersonalistica » di G. RADBRUCH, cfr. invece il testo — di importanza teorica non facilmente sminuibile — della *Rechtsphilosophie*, Stuttgart 1973/8a, spec. pp. 143 ss.

(43) E. KAUFMANN, *Wesen*, p. 145.

(44) « Nur unter diesen Voraussetzungen ist die absolute *S u b j e k t i o n*, die das Sozialrecht fordert, sittlich möglich » (*ibid.*).

(*Gerechtigkeitsordnung*) non possa e non debba essere disgiunta dal fine dell'autoaffermazione (*Selbstbehauptung*) del medesimo Stato sul piano della storia universale, dove la guerra è l'estremo elemento di prova del potere effettivo di uno Stato⁽⁴⁵⁾.

Sono evidentemente queste le pagine kaufmanniane più sottoposte, oggi, all'usura del tempo, tra quelle sul concetto di organismo contenute negli scritti del 1906 e del 1908 e quelle neo-statalistiche del saggio sulla clausola. Ora Kaufmann aggiunge alla componente organicistica un'altra non trascurabile componente « statualistico-imperialistica » bismarckiana, a proposito della quale valgono soprattutto le considerazioni proposte già nel 1912 da Max Huber nella sua recensione al *Wesen*⁽⁴⁶⁾. Per Huber non

⁽⁴⁵⁾ Appartengono a quest'ordine di problemi le note osservazioni critiche di Kaufmann alla formula stammleriana che vede la realizzazione dell'« ideale sociale » nella « *Gemeinschaft frei wollender Menschen* » e che culminano nella proposizione del concetto hegeliano-rankiano di « *siegreiche Krieg* »: « Damit haben wir auch den Maßstab gewonnen, an dem jede einzelne Rechtsordnung auf ihre 'Richtigkeit' hin zu messen ist: einen Maßstab, der von dem sozialen Ideal Stammlers weit abliegt. — Nicht die 'Gemeinschaft frei wollender Menschen', sondern der *siegreiche Krieg* ist das soziale Ideal: der *siegreiche Krieg* als das letzte Mittel zu jenem obersten Ziel. Im *Kriege* offenbart sich der Staat in seinem wahren *Wesen*, er ist seine höchste Leistung, in dem seine Eigenart zur vollsten Entfaltung kommt. Hier hat er zu bewähren, dass ihm die Weckung und Zusammenfassung aller Kräfte gelungen ist, dass die höchsten Forderungen, die er stellt, auch wirklich erfüllt werden, und dass das Letzte seinem Bestehen in der Weltgeschichte geopfert wird. Es sind also beide Seiten des Staatsbegriffes, die hier die Probe abzulegen haben » (*Wesen*, p. 146).

Come giustamente nota C. SCHMITT (*Der Begriff des Politischen*, trad. it. cit., p. 116, n. 23), la massima kaufmanniana « assume la concezione tipicamente neokantiana-liberale dell'« ideale sociale », per la quale però le guerre — anche le guerre vittoriose — sono qualcosa di assolutamente incommensurabile ed incompatibile, e l'accoppia con la concezione della « guerra vittoriosa » che proviene dal mondo della filosofia della storia di Hegel e di Ranke, e nella quale — a sua volta — non esiste alcun « ideale sociale ». In tal modo però l'antitesi, che a prima vista colpisce, si spezza in due tronconi disparati, e neanche l'intensità retorica di un contrasto così risonante può nascondere l'incoerenza strutturale e il salto logico presente in esso ».

⁽⁴⁶⁾ « *Archiv für öff. Recht* », 28, 1912, pp. 551-553. Di HUBER va ricordato soprattutto l'interessante scritto *Beiträge zur Kenntnis der soziologischen Grundlagen des Völkerrechts und der Staatengesellschaft*, « *Jhb.*

può essere certo tenuto nascosto il carattere ingenuo delle tesi kaufmanniane, le quali tentano, come si è detto, di pervenire in modo alquanto eclettico all'improbabile connubio tra Ranke⁽⁴⁷⁾ e Gierke⁽⁴⁸⁾ riguardo al problema della riunificazione concettuale dei principii del diritto (*Recht*) e del potere (*Macht*), trovando nella centralità tematica della 'guerra' l'esito logicamente necessario del proprio pensiero filosofico-politico. Secondo Huber va tuttavia precisato che in Kaufmann l'indicazione della guerra vittoriosa come « *soziales Ideal* » non implica affatto l'esaltazione della forza bruta e la negazione del diritto, ma sta al contrario a significare l'avvenuto raggiungimento dell'unità organica sostanziale da parte di una comunità la quale riconosce alla fine se stessa come *valore*, poiché « *sittlichen Wert nur das hat, wofür der Mensch sich zu opfern bereit ist* »⁽⁴⁹⁾.

« *Selbstbehauptung* » e, più ancora, « *Selbsterhaltung* » dello Stato —: « autoaffermazione » e « autoconservazione » — sono

des öff. Rechts der Gegenwart », IV, 1910, pp. 56 ss., primo tentativo — come ricorda TRIEPEL — di impostare metodologicamente il problema di una sociologia del diritto internazionale.

(47) « Das Mass der Unabhängigkeit gibt einem Staate seine Stellung in der Welt; es liegt ihm zugleich die Notwendigkeit auf, alle inneren Verhältnisse zu dem Zweck einzurichten, sich zu behaupten. Dies ist sein oberstes Gesetz » (RANKE, *Politisches Gespräch*, in *Sämtliche Werke*, p. 327; cit. in KAUFMANN, *Wesen*, p. 147).

(48) « Nur die einseitige Betrachtung der Macht als Gegensatz zum Recht kann sich gegen die Aufstellung des Krieges als sozialen Ideales sträuben, während sie für den, der eingesehen hat, dass der Staat seiner Idee nach auf der (prästabilierten) Harmonie von Recht und Macht beruht, nichts Anstössiges haben kann » (*Wesen*, p. 148). Cfr. su questo punto il finale dell'*Althusius* gierkiano.

(49) « Ha un valore solo ciò per cui l'uomo è pronto a sacrificarsi » (*l.c.*, p. 552). Certamente, per Huber è poco persuasivo rinvenire, come fa Kaufmann, nel concetto di « *Selbstbehauptung* » la *condicio juris* immanente ad ogni contratto di diritto interno e ad ogni trattato di diritto internazionale, fino a far dipendere da ciò la risoluzione della questione della clausola *r. s. st.* — Il concetto di « *Selbstbehauptung* » è infatti troppo indeterminato per essere usato in maniera univoca e quindi per riuscire a fondare un diritto 'individuale' dello Stato. « Der von Kaufmann entwickelte Staatsbegriff ist eine deshalb kaum geeignet, zur Grundlage des Völkerrechts (im Gegensatz zu einer *Völker moral*) genommen zu werden » (M. HUBER, cit., p. 553).

dunque i due concetti caratteristici del diritto internazionale, ovvero di sistemi « di coordinazione » mossi dalla volontà individuale di entità territoriali sovrane. Come Kaufmann sostiene, citando a questo proposito Hegel, « il rapporto tra gli Stati si svolge tra entità del tutto autonome che giungono a stipulare tra sé, ma che allo stesso tempo si pongono al di sopra delle proprie stipulazioni »⁽⁵⁰⁾. In ciò consiste l'essenza dei sistemi « di coordinazione », i quali conservano — come nel caso del diritto internazionale — il loro carattere giuridico, sia pure inteso in un senso del tutto particolare, e non costituiscono quindi qualcosa di 'pregiuridico' o di 'politico', come sostengono i positivisti con conseguenze evidenti circa la questione della clausola *rebus sic stantibus* ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵⁰⁾ « Das Verhältnis von Staaten ist das von Selbst-ständigkeiten, die zwischen sich stipulieren, aber zugleich über diesen Stipulationen stehen » (HEGEL, *Philosophie des Rechts*, § 330 Zusatz).

⁽⁵¹⁾ Cfr. ad es., in questo senso, la recensione di G. SALVIOLI al *Wesen*, già citata, dove l'a. conclude in maniera assai significativa per la separazione tra il diritto e la politica. Secondo Salvioli, infatti, « o si vuole attribuire alla norma internazionale sulla clausola una qualifica giuridica, e allora si deve ammettere che il singolo Stato, quando intende sciogliersi dal suo vincolo, giuridicamente lo può fare; e siccome l'apprezzamento dei motivi è rilasciato al suo insindacabile e illimitato arbitrio (valore dei propri interessi vitali, della propria indipendenza), allora è distrutto il valore della norma internazionale, e — si voglia o no — cade l'edificio del diritto internazionale. Oppure si nega in modo assoluto il valore giuridico normativo della clausola e si ammette che i trattati possano o non possano altro che cessare per atto volitivo di tutti gli Stati che li crearono e che qualsiasi liberazione unilaterale è atto illecito, ed allora è salva l'esistenza e la ragione del diritto internazionale. In realtà, un limite al vincolo internazionale esiste, come esiste un limite per i sudditi al vincolo della legge; ma tale vincolo è di natura politica e non giuridica: nell'un caso saranno manifestazioni individuali o collettive violente..., nell'altro sarà una liberazione unilaterale dagli impegni, che potrà dare luogo alla guerra. Ma stabilire quando giuridicamente uno Stato possa ricorrere a tali mezzi è come volere nei confini del diritto racchiudere e costruire il *toujours en vedette* di Bismarck ». E prosegue in nota: « Ma non esito a riconoscere che in politica le cose procedono ben diversamente. Bismarck, alla cui concezione pratica tanto si ispirò Kaufmann, espresse delle formule che sono e forse saranno sempre vere, formule che anche in avvenimenti recenti hanno trovato applicazione: " Il vincolo di

Lo Stato deve dunque — nell'atto stesso in cui ritiene di poter entrare in un sistema di diritto internazionale, fondato sul principio della « coordinazione », e non su quello della « subordinazione » ad un'autorità soprannazionale, — porsi al di sopra dei propri trattati e delle proprie stipulazioni. Mentre infatti nel diritto interno il contratto di diritto privato costituisce una semplice forma di relazione, nel diritto internazionale l'accordo intende invece produrre un fondamento durevole — direttamente dipendente, tuttavia, dagli interessi dei singoli Stati a conservarsi titolari di potere effettivo.

Secondo Kaufmann, sarebbe ammissibile un eventuale abbandono dei principii del 'diritto di coordinazione' solo se si desse una concreta e positiva 'meta finale' dell'umanità⁽⁵²⁾, la quale riuscisse ad elaborare attorno a sé un vero e proprio sistema dogmatico del diritto, in analogia a quello statualistico della « subordinazione ». Ma in realtà l'unico τέλος possibile all'interno dell'ordinamento di diritto « individuale » che regge la comunità internazionale è il concerto tra gli interessi all'autoconservazione propri delle singole autorità statali: « das Subjekt muss in jedem Koordinationsrecht das einzige objektive Prinzip sein »⁽⁵³⁾. La comunità giuridica internazionale non è insomma

tutti i trattati è relativo, condizionato alla lotta per l'esistenza. Nessuna nazione accondiscenderà a sacrificare la propria esistenza sull'altare della fede, quando sarà costretta a scegliere tra le due. (...) È vano attendere un sacrificio di se stessi per la fede nel trattato » (O. v. BISMARCK, *Gedanken und Erinnerungen*, II, pp. 249-250) » (*l.c.*, pp. 274-275).

⁽⁵²⁾ Così ad es. FRICKER, *Das Problem des Völkerrechts*, in « Zeitschrift f. Ges. Staatswiss. », Bd. 28, 1872, riteneva che « die Basierung des Völkerrechts auf Verträge und damit auf den Willen der Staaten, auf ihre 'Selbstbindung' unmöglich sei, weil sich das Recht niemals bloss auf die Macht und die Interessen der Genossen selber gründen lasse: so könne " nur staatliches Recht in bezug auf internationale Verhältnisse ", nicht Völkerrecht als besonderes Recht neben staatlichem Recht entstehen ».

Per Kaufmann, « auch der von Fricker als notwendiges Ziel der Entwicklung angesehene Weltstaat kann schliesslich auch nur auf der Gemeinsamkeit von Interessen ruhen und keine 'objektive Autorität' über diesen Interessen haben, die ihn 'zwingt', auf die Selbstsuch um der Gerechtigkeit willen zu verzichten » (E. KAUFMANN, *Wesen*, p. 190).

⁽⁵³⁾ E. KAUFMANN, *Wesen*, p. 192.

fondata su un improbabile concetto di solidarietà prestabilita tra gli interessi statali: non già del tentativo di pervenire ad una *civitas maxima* si tratta, bensì di riuscire ad aggiornare costantemente il sistema degli accordi tra gli Stati, — ovvero il *Vertragsrecht* al di sopra del quale resta pur sempre l'interesse statale all'autoconservazione, inteso nella forma definitiva di diritto fondamentale (*Grundrecht*).

Kaufmann non considera decisiva a questo proposito l'argomentazione di coloro che come Ullmann⁽⁵⁴⁾ ritengono che il diritto fondamentale degli Stati all'autoconservazione possa essere costruito in analogia alla dogmatica del diritto privato⁽⁵⁵⁾. Certamente, un diritto siffatto finirebbe per apparire come un non-diritto agli occhi dei giuristi positivisti abituati al « *Subordinationsrecht* ». In particolare, il principio su cui esso si reggerebbe — che Kaufmann sintetizza nel modo seguente: « im Koordinationsrecht jeder nur das darf, was er kann », — sembra, nonostante le dichiarazioni in contrario di Kaufmann, minare alla base la possibilità teorica stessa di pervenire ad un vero e proprio ordinamento giuridico internazionale⁽⁵⁶⁾. Il punto decisivo è a nostro avviso un

⁽⁵⁴⁾ *Völkerrecht*, 1908/2a, p. 145 ss.

⁽⁵⁵⁾ Si opporrebbe a ciò — come Kaufmann fa rilevare — una dottrina internazionalistica consolidata, concorde nel ritenere il *Selbsterhaltungsrecht* statale come un diritto fondamentale: cfr. TRAVERS-TWISS, *The Law of Nations*, pp. 12; 165 ss.; WHEATON, *Elements of international Law*, 1904, pp. 86 ss.; WOOLSLEY, *Introduction to the Study of International Law*, 1879/5a, p. 32; HALL, *A Treatise on International Law*, 1905/5a, p. 264; RIVIER, *Principes du droit des gens*, 1896, pp. 174 ss.; BONFILS, *Manuel de droit international public*, 1899/4a, p. 133; PHILLIMORE, *Commentaries upon International Law*, 1879/3a, vol. I, pp. 252, 254, ecc.

⁽⁵⁶⁾ Non occorre necessariamente aderire alle teorie del positivismo giuridico della prima metà del secolo per concordare con G. SALVIOLI nella critica a Kaufmann che segue: « Ispirandosi alla concezione giuridica e statuale hegeliana, per essere coerente, [K.] avrebbe dovuto arrivare alla negazione del diritto internazionale, e considerarlo — come fa HEGEL — quale diritto pubblico esterno. Non contesto qui la possibilità e l'esattezza della costruzione del diritto internazionale come diritto pubblico esterno, ed anzi credo che possa — dal lato di una costruzione rigorosamente positiva, e partendo da un punto diverso da quello donde io prendo le mosse, — essere sostenuta. Ma assolutamente contesto il sistema di Kaufmann di porre quelle premesse e rifiutarsi a trarne le conseguenze logiche. Comprendo la tesi di

altro: ovvero che la clausola *rebus sic stantibus*, così configurata, apre troppo facilmente la porta alle dottrine disposte ad accordare un rilievo immediatamente normativo al 'fatto', nonché al mutamento degli interessi concreti di cui è portatrice la volontà 'potente' di uno Stato. La sua tematica vale comunque a porre in questione in maniera significativa alcune delle acquisizioni apparentemente, fino ad allora, 'intoccabili' della dottrina generale del diritto positivista. Tutto ciò serve ad introdurre alcuni non irrilevanti elementi di riflessione nella critica che Kaufmann muoverà, di lì a poco, alla teoria del « formalismo giuridico », nelle sue varie — e talora disperate — accezioni.

JELLINEK che lo Stato può sciogliersi dai suoi impegni se interessi sopravvenienti lo richiedono, e quella di LASSON che " jeder Staat kann beträchtlich von jedem Vertrag ohne weiter zurücktreten sobald er es in seinem Interesse für geboten hält ". Ma non mi spiego come Kaufmann, che in sostanza riafferma tali concetti, possa poi contestare che egli non considera il diritto internazionale come diritto pubblico esterno e che non vuol essere iscritto tra i negatori del diritto internazionale. Invero non so concepire un ordinamento giuridico come sistema in cui non ci sia un punto di riferimento al di fuori e al di sopra dei sudditi di esso, da cui sia determinata la giuridicità o non giuridicità della loro volontà. — E chiamare tale sistema diritto di coordinazione in cui il punto di riferimento coincide con i singoli Stati, rimane un mistero. Né vale l'affermazione del Kaufmann che tale sistema sia ammissibile, anzi sia necessario in diritto internazionale per la natura speciale dei soggetti di esso, che hanno in sé il loro *objektiven Wert*. Su tale base si eleva la sua costruzione, seducente, ma speciosa, anzi equivoca. Perché, o la posizione degli Stati è identica in diritto internazionale e in diritto interno, e allora si potrà parlare di diritto pubblico esterno; o è diversa, dopo che esiste una norma di diritto internazionale, ed allora — rispetto a tale norma — si potrà costruire il sistema di diritto internazionale, ed in base ad essa determinare la giuridicità delle manifestazioni volitive degli Stati ad essa soggetti » (*l.c.*, p. 270).

CAPITOLO III

UN PRESUPPOSTO TEORETICO NECESSARIO: LA CRITICA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO NEOKANTIANA

« ... denn wir bedürfen, um leben zu können, der Formen; und wir müssen die von uns geschaffenen Formen immer wieder zerstören, wenn wir lebendig bleiben wollen... Die abstrakte, nur durch rationales Denken gewonnene Form aber ist hart und starr: in ihr ist ein Leben nicht möglich; und sie kann nicht sterben, weil sie tot ist ».

(E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, 1921).

« ... eine Zeit, die sich skeptisch und exakt gibt, kann sich nicht in demselben Atem individualistisch nennen; weder der Skeptizismus noch die exakten Naturwissenschaften vermögen eine Individualität zu begründen (...) Wenn überhaupt von Individualität gesprochen werden kann, so liegt darin schon die Definition des mit Individualität prädierten Gegenstandes als eines Zurechnungspunktes für Bewertungen nach Normen ».

(C. SCHMITT, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, 1914).

Chi leggesse oggi la *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* di Kaufmann⁽¹⁾ con occhi attenti ai problemi filosofici 'reali' (intendendo: di rilievo non solo meramente logico-metodologico) della scienza giuridica tedesca del primo novecento, dovrebbe pensare

(1) Cfr. *sopra*, p. 3, nota 4.

— più che alle opere di critica idealistica al neokantismo, svolte generalmente sotto il segno della rinascita hegeliana ⁽²⁾, — al libro di Leonard Nelson, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht* — opera sorretta da una particolare intenzione polemica antipositivistica, e *lato sensu* neo-giusnaturalistica, per molti versi analoga a quella di Kaufmann ⁽³⁾.

Il bersaglio è infatti in entrambi i casi l'implicito nichilismo di cui si rendono responsabili formalismo filosofico neokantiano e dogmatica giuridica tecnicistica, entità concettuali polemicamente assimilate ⁽⁴⁾, nel distruggere il significato sostanziale — inevitabilmente metafisico — del diritto. Si potrebbe dire anzi che quella che è in Nelson la

⁽²⁾ Mi limito a ricordare semplicemente, tra queste, i noti scritti di R. KRONER, *Von Kant bis Hegel*, vol. I, 1921; vol. II, 1924; J. BINDER, *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Philosophie Rudolf Stammlers*, 1925; ID., *Philosophie des Rechts*, 1925; K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 1931. Sul problema, cfr. in generale, dello stesso LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960; trad. it. parziale: *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano 1966, spec. pp. 119 ss.

⁽³⁾ L. NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht. Kritische Betrachtungen über die Grundlagen des Staats- und Völkerrechts, insbesondere über die Lehre der Souveränität*, Göttingen 1917 (2^a ediz., 1949). Non stupisca l'accostamento istituito in questa sede tra il pensiero di Nelson e quello del Kaufmann 'maturo': generalmente nota è infatti la spietata critica nelsoniana a Kaufmann contenuta nel cap. VIII («*Die Begründung der Machttheorie bei Erich Kaufmann*») di *Rechtswissenschaft ohne Recht*, pp. 144-189 dell'edizione originale. Ciò che tengo a sottolineare è che questa critica si rivolge esclusivamente al Kaufmann del *Wesen des Völkerrechts*, e segnatamente alla teoria dell'«*absolutes Selbsterhaltungsrecht*» contenuta in questo libro. Si può dire invece che a partire dal libro sul neokantismo Kaufmann imposterà una teoria ed una critica del tutto analoghe a quella di Leonard Nelson. È quanto dimostreranno, credo, i seguenti capitoli IV e V, specie relativamente alla proposta kaufmanniana di un recupero della dimensione metafisica del diritto e di una valorizzazione della *Rechtsidee*, nella sua funzione creativa per l'esperienza giuridica.

⁽⁴⁾ Tesi certamente erronea, ma alquanto diffusa nella critica del tempo. Qualificava giustamente questa tesi come semplicistica già R. TREVES, *Il diritto come relazione. Saggio sul neo-kantismo contemporaneo*, Torino 1934, pp. 51 ss., facendo esplicito riferimento a Kaufmann, come vedremo più avanti (nota 38).

critica a Jellinek ed ai teorici della norma « senza destinatari »⁽⁵⁾, i quali fanno sì che « accanto ad una psicologia senza l'anima e ad una scienza della natura senza la natura si abbia ora una scienza del diritto senza il diritto »⁽⁶⁾, trovi un vero e proprio riscontro, anche letterale⁽⁷⁾, nella *Kritik* di Kaufmann. Secondo la tesi fondamentale di quest'opera, la filosofia neokantiana — che pure era partita correttamente dall'esigenza di pervenire a valori obiettivi posti al di sopra dell'empiria, che fossero insieme sostegno e misura di questa, — aveva finito, in una sorta di eterogenesi dei fini, per esaurirsi in un vuoto formalismo, viziato dall'incapacità di contrapporre all'empirismo positivistico una metafisica p o s i t i v a⁽⁸⁾.

Nessuna sorpresa, dunque, che Kaufmann introduca il proprio saggio ricordando come la critica in esso contenuta allo scetticismo etico ed al *verzweifelnder Nihilismus*, responsabili della negazione e della dissoluzione filosofica dei criteri etici obiettivi di validità, si nutrisse di intuizioni costruttive già presenti nel ge-

(5) Secondo quanto ha da ultimo felicemente posto in luce P. PASQUALUCCI, *La norma senza destinatari. Saggio sul nichilismo giuridico contemporaneo* - I: *Il tema*, Roma 1979, spec. pp. 17-21.

(6) L. NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, cit., p. 3. Cfr. PASQUALUCCI, *op. cit.*, p. 20.

(7) « Erkenntnistheorie ohne Wahrheitsbegriff, Psychologie ohne Seele, Rechtswissenschaft ohne Rechtsidee, formale Gesinnungsethik ohne Sittlichkeitsbegriff, Geisteswissenschaften ohne Gefühl für konkrete Geistigkeiten sind die Kinder der Zeit. Nirgends ein fester Halt in den uferlosen Meeren der leeren Formen und der vom Denken nur einmal nicht auflösbaren empirischen Tatsächlichkeiten. So wurde der Neukantianismus, ohne es selbst zu ahnen, das Gegenteil dessen, was er wollte: der unmittelbare Wegebereiter jener an sich selbst verzweifelnden Spengler-Stimmung, der jüngsten Erkrankung unserer, einer Metaphysik des Geistes beraubten Volkseele » (E. KAUFMANN, *Kritik*, cit., p. 100; *GS III*, p. 244).

(8) « Die neukantische Philosophie war ausgegangen von dem weltanschauungsmässigen Bestreben, ein Reich absoluter Werte über der Wirklichkeit als deren Halt und Maßstab sicherzustellen. Dies Ziel ist verfehlt worden, weil er in einem erkenntnis-theoretisch-formalen Rationalismus stecken blieb, und stecken bleiben musste, da es — letztlich doch selbst aus dem Geiste der Zeit geboren — dem empirischen Positivismus keine positive M e t a p h y s i k entgegenzustellen wagte » (E. KAUFMANN, *Kritik*, cit., p. 98; *GS III*, p. 242).

nuino neokantismo, in cui l'autore della *Kritik* continua a riconoscere il proprio punto di partenza speculativo⁽⁹⁾. Ma anche nessuna sorpresa, per chi conosceva la posizione teorica assunta dal giovane Kaufmann nell'ambito delle dottrine filosofiche tedesche degli anni '10, poiché i lavori kaufmanniani del tempo contenevano in sé già le premesse di una netta contrapposizione agli sviluppi radicali del criticismo, e le condizioni per un definito allontanamento dall'area neokantiana.

Il dato fondamentale da cui Kaufmann ritiene si debba partire per una critica delle correnti filosofiche del proprio tempo è il grave e prolungato periodo di crisi attraversato dalla filosofia del diritto tedesca nella seconda metà dell'Ottocento. Dopo Hegel e Stahl, solo le dottrine del diritto naturale di Ahrens e di Trendelenburg erano riuscite a mascherare il sostanziale esaurimento speculativo che affliggeva il pensiero tedesco⁽¹⁰⁾. Ma la crisi sarebbe

(9) Così lo stesso Kaufmann si affretta a chiarire — anticipando l'obiezione, che avrebbe potuto essergli mossa, di una sua presa di posizione antikantiana pregiudiziale, — che i propri elementi di ricostruzione filosofica 'positiva', le proprie *Positivitäten*, consistono in realtà in embrioni di pensiero non estranei allo spirito kantiano dalla scuola sud-occidentale: quello dei 'maestri' Rickert, Lask, Paul Hensel, considerati costantemente da Kaufmann in modo diverso — è interessante notarlo — dagli altri sud-occidentali, più marcatamente 'relativisti', Max Weber, Georg Jellinek, Gustav Radbruch.

Quanto alle obiezioni 'pregiudiziali' neohegeliane dei vari Binder, Larenz, ecc., è ad esse che Kaufmann sembrerebbe pensare nel prendere così le distanze da ogni possibile equivoco: « Wie sie [*i.e.*, meine *Positivitäten*] sich zu bereits vorhandenen anti-neukantischen Strömungen verhalten, kann ich nicht angeben, denn ich kenne diese Strömungen nicht. Aus dem Bedürfnis selber sehen zu lernen, habe ich die neueren philosophischen Forschungen absichtlich zunächst nicht verfolgt und studiert » (*Kritik*, cit., *Vorwort*; GS III, p. 178).

(10) « Stahls grosses Werk ist die letzte bedeutende und originelle Erscheinung auf diesem Gebiete, daneben kommen höchstens noch die Leistungen der Krauseschen Schule in Betracht. Hegels Rechtsphilosophie erschien 1820, die von Stahl in erster Auflage 1829, in fünfter 1878; Ahrens' Rechtsphilosophie, als Uebersetzung aus dem Französischen 1846, die sechste deutsche Auflage 1870; Roeders Naturrecht zuerst 1846, in zweiter Auflage 1860; Trendelenburgs Naturrecht in erster Auflage 1860, in zweiter 1868. Der deutsche Geist scheint nach den gewaltigen Leistungen seiner Spekulation

riemersa con evidenza ancora maggiore nei primi decenni del Novecento, assumendo la forma dell'opposizione tra scienze storiche e scienze naturali, teorizzata da Dilthey e dal neokantismo sud-occidentale. Ora tuttavia, secondo Kaufmann, non si deve riconoscere nella svolta di fine secolo la presenza dei sintomi di una chiara ripresa di interesse scientifico per i temi della filosofia del diritto. Nel 1896 apparve infatti il primo dei tre volumi di Stammler su economia e diritto ⁽¹¹⁾, nel 1904 la breve ma densa trattazione di Lask ⁽¹²⁾, nel 1913 la sociologia del diritto di Ehrlich ⁽¹³⁾, e nel 1915 il libro di Binder su *Rechtsbegriff und Rechtsidee* ⁽¹⁴⁾, solo per citare tra le opere più importanti. Ma ciò non impediva che la tradizione, sin dagli anni '50 e '60, fosse stata completamente interrotta, e che il nuovo non riuscisse ad affermarsi tanto prontamente in modo costruttivo, né a diventare concreto elemento formativo delle tendenze intellettuali del proprio tempo. « Malgrado i numerosi e svariati tentativi di costruzione — osserva Kaufmann — possiamo dire che mancassero obiettivamente le possibilità di sviluppo per una grande filosofia del diritto (...). Infatti, le opere che apparivano in questo campo erano contraddistinte da una pregiudiziale antimetafisica che era poi la stessa che dominava nella filosofia generale del tempo » ⁽¹⁵⁾.

Quali i motivi di questa pregiudiziale? A parere di Kaufmann, essenzialmente due. Da una parte l'interpretazione unilaterale del metodo razionalistico-aprioristico trascendentale, che finiva per dare un'immagine del tutto particolare e non veritiera della filosofia kantiana, la cui dottrina del primato della legalità incondizionata correva costantemente il rischio di tramutarsi in un'arma intellet-

philosophisch erschöpft, metaphysisch todmüde zu sein... » (E. KAUFMANN, *Kritik*, cit., p. 1; GS III, pp. 180-1).

⁽¹¹⁾ R. STAMMLER, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig 1896.

⁽¹²⁾ E. LASK, *Rechtsphilosophie*, in *Ges. Schriften*, hrsg. v. E. HERRIGEL, Tübingen 1923, Bd. I, pp. 275-332.

⁽¹³⁾ E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig.

⁽¹⁴⁾ Cfr. sopra, nota 2 di questo capitolo.

⁽¹⁵⁾ *Kritik*, cit., p. 3; GS III, pp. 181-2.

tualistica rivolta dal legalismo etico contro le manifestazioni concrete della vita etica ⁽¹⁶⁾.

Dall'altra parte, la specializzazione scientifica che, dissolvendo a buon titolo il vecchio ideale metafisico di un'« enciclopedia universale » del sapere, elevava poi la metodologia di alcuni saperi locali a inconfessato criterio metafisico universale, ipostatizzandone i modelli conoscitivi e facendo della logica delle scienze naturali uno strumento di legittimazione onnipotente.

Il risultato complessivo di tutto ciò era la convinzione che lo stesso universo dei valori etici non potesse venire che concepito in modo puramente formale, logico-teoretico, espungendo da sé ogni materia in quanto residuo non analizzabile. L'essenza del sapere filosofico appariva così « metodologicamente ridotta » alla funzione di analizzare le condizioni formali di possibilità delle singole scienze positive: la filosofia — o quel che di essa rimaneva — diventava una scienza specialistica accanto alle altre ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Sulla nozione di formalismo come legalismo etico, cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965, pp. 80 ss., che distingue in maniera perspicua quattro significati fondamentali del termine « formalismo giuridico ».

⁽¹⁷⁾ « Die rationale apriorische Gesetzmäßigkeit wurde als eine formale gefasst; und dieser formale Rationalismus war der Zeit gerade wegen seiner Inhaltsleere willkommen. Denn dadurch brauchte er die Spezialwissenschaften in ihrer Bearbeitung der empirischen Stoffe und Inhalte nicht zu stören. Seine von empirischen Stoff befreite 'Reinheit', seine Erhebung der rationalen Begriffe und absoluten Form- und Sollwerte in eine von aller Empirie unberührte, mit ihr in keinem begrifflichen oder begreifbaren Zusammenhange stehende Sphäre, seine Auflösung der Metaphysik in Methodologie konnten dem empiristischen und spezialistischen Zeitalter die vermeintlich philosophische, 'erkenntnistheoretische' Grundlage und Legitimation bieten, soweit dies Zeitalter überhaupt noch philosophisches Bedürfnis und Schamgefühl besass, das ihm eine Bedeckung der philosophischen Nacktheit notwendig machte. Die Versicherung, dass jene reine und absolute Welt der Werte und Geistigkeiten rein formal, bloss erkenntnistheoretisch, nicht metaphysisch hypostasiert, gemeint sei, liess dem empiristischen Zeitalter den Neukantianismus als s e i n e Philosophie, als Fleisch vom eigenen Fleisch erscheinen: diese Philosophie wollte ja keine Metaphysik sein, sie wollte ja nur durch kritische Selbstbesinnung die formalen Voraussetzungen der Spezialwissenschaften formulieren; von ihr konnte

Con ciò la filosofia neokantiana, che sorreggeva e incoraggiava questa linea di tendenza generale, dimostrava inequivocabilmente — secondo Kaufmann — di voler unificare il non unificabile: il mondo trascendentale di pure forme e valori doveva prima o poi far ricorso al mondo empirico, ritornando ad una qualche misura di rapporto con esso; ma tale rapporto risultava estremamente sfocato, se non addirittura reso impossibile dalla rigida costruzione dualistica delle premesse. In Cohen e nei marburghesi, ad esempio, la contrapposizione di forma e contenuto è a tal punto conoscitivamente plurivalente (« *mehrdeutig* »), da potersi dire che essa pone una quantità di problemi, ma non ne risolve alcuno⁽¹⁸⁾. Tutto ciò dipende da una sostanziale *Umdeutung* del pensiero kantiano originale, la quale — in mancanza di distinzioni realmente qualificanti, come quella tra forma costitutiva del concetto e idea regolativa della ragione, — è destinata a produrre sempre nuove aporie nel contesto dottrinale che pretende di assumere a propria base. In particolare manca qualsiasi riferimento, tra i neokantiani, al Kant della *Critica del giudizio*, la cui teleologia costituisce per Kaufmann uno strumento « regolativo ed euristico » di straordinaria importanza per la comprensione del mondo storico⁽¹⁹⁾, nonché al Kant delle idee della ragione, poste ad illuminare l'orizzonte del valore.

I neokantiani infatti limitavano consapevolmente il proprio ambito di riflessione alla critica della conoscenza condotta sui canoni della ragion pura, le cui forme astratte non potevano essere rapportate in alcun modo alla sfera pratica, nella quale finiva dunque per mancare il minimo criterio di orientamento. Non a torto quindi, sotto questo punto di vista, Max Rümelin sottoponeva a critica

nie ein Uebergriff gefürchtet werden; sie war eine Spezialwissenschaft neben den anderen geworden » (*ivi*, p. 6; *GS* III, pp. 183-4).

⁽¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 7.

⁽¹⁹⁾ « Daneben hatte [Kant] in der *Kritik der Urteilskraft* eine rationale Teleologie zu regulativem und heuristischem Gebrauch für das Verständnis der geschichtlichen Welt entwickelt... » (*ibidem*). — Va ricordato che un approfondimento interessante ed originale dell'uso del giudizio teleologico kantiano nel campo della teoria politica è stato recentemente tentato da E. VOLLRATH, *Die Rekonstruktion der politischen Urteilskraft*, Stuttgart 1977.

radicale il concetto di « ideale sociale » di Stammler — che era ben lontano, malgrado quel che lo stesso Stammler riteneva, dal costituire un punto di riferimento positivo⁽²⁰⁾.

Il filone di pensiero kantiano, che aveva risolutamente combattuto la concezione ontologico-sostanziale del valore, non aveva poi saputo — nelle versioni rinnovate del criticismo otto-novecentesco — sostituirla con entità concettuali le quali svolgessero una funzione altrettanto 'positiva'. (È questo, in particolar modo, il problema del secondo Rickert)⁽²¹⁾. Va rilevato soprattutto che le indicazioni storicistiche in cui ricadeva il neocriticismo non risolvevano il problema di come fosse possibile l'obiettività del valore e, nel contempo, la sua effettualità concreta, — problema che era destinato a costituire un motivo di riflessione fondamentale in quelli che sarebbero stati gli esiti antiformalistici dell'etica contemporanea (si pensi a Scheler). Le indicazioni provenienti dal neokantismo si limitavano invece a spostare il piano dell'analisi filosofica in direzione o meramente storico-positiva e sociologica⁽²²⁾, o logico-metodologica (Lask, ma anche Natorp, Cassirer, e soprattutto — infine — per la scienza giuridica, il primo Kelsen degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*), — congelando in entrambi i casi tutta un'area di problemi teorico-morali tradi-

(20) « Wenn Stammler sein formales 'soziales Ideal' mit dem Polarstern vergleicht, zu dem der Schiffer aufschaut, nicht um dort zu landen, sondern um sein Fahrzeug danach zu steuern, so hat Rümelin ihm mit Recht erwidert, dass der Polarstern sowenig wie der Kompass jemals einem den Weg gewiesen, der nicht wusste, wohin er wollte. Und man kann hinzufügen, dass der Polarstern auch kein bloss formaler Begriff, keine bloss erkenntnistheoretisch abstrahierte Methode des Richtung suchens, sondern ein an bestimmten Ort fest lokalisierter Richtungs punkt ist » (*Kritik*, cit., p. 8; *GS* III, p. 185).

(21) Indico con ciò le opere rickertiane successive alla 3ª ediz. (1921) delle fondamentali *Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, specie *Die Logik des Prädikats und das Problem der Ontologie* (1930) e *Grundprobleme der Philosophie* (1934). Su quest'ultimo argomento cfr. P. ROSSI, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, Torino 1971, pp. 172-3.

(22) È il caso della sequenza « neocriticismo-storicismo-sociologia », descritta tra gli altri già da C. ANTONI, *Dallo storicismo alla sociologia*, Firenze 1939. Cfr. anche R. ARON, *La philosophie critique de l'histoire (Essai sur une théorie allemande de l'histoire)*, Paris 1950/2a.

zionalmente ' metafisici ', che non trovavano più ora possibilità di collocazione obiettiva ⁽²³⁾.

Quanto poi alla questione del « valore di verità » (*Wahrheitswert*) di una teoria, esso — ridotto a semplice requisito formale — costituiva un'autentica *crux* nella speculazione del neocriticismo, stretta nel divieto, da un lato, di inoltrare la speculazione su di un piano apertamente metafisico, e consapevole della esigenza, dall'altro lato, di riaffermare un ' meta-valore ' quale criterio etico obiettivo.

In questo senso Rickert aveva visto nel « *Wahrheitswert* » una sorta di « minimo trascendente »: un nucleo ineliminabile per il pensiero, comprovante l'esistenza di una sintesi elementare capace di superare — ad un certo livello — il dualismo fondamentale tra *Sollen* e *Sein*, tra forme e vita ⁽²⁴⁾. Ma Kaufmann considera

⁽²³⁾ « Die Erkenntnistheorie und Methodologie kann den Ersatz nicht bieten: die unklare Charakterisierung des Verhältnisses durch das von Form und Inhalt lässt das entscheidende Problem, eben des Verhältnisses von Form und Stoff, ungelöst. Man kann die scholastische Metaphysik ablehnen, kann sie aber nur durch eine andere Metaphysik, nie durch formale erkenntnistheoretische Abstraktionen ersetzen » (E. KAUFMANN, *Kritik*, ibidem).

⁽²⁴⁾ Tuttavia — come potremmo esprimerci oggi, in termini più precisi, con Apel — il parlante che afferma « è vero che... » indica, già nella semplice forma linguistica usata, quello che è il residuo etico non ulteriormente sradicabile dalla logica —: il minimum etico necessario per esprimere una proposizione logica sensata. Infatti, « non si può controllare la validità logica degli argomenti, senza presupporre in linea di massima una comunità di pensatori capaci della comunicazione e della formazione del consenso intersoggettivi. (...) Così, non si può negare che con la formula di ' etica della logica ' si esprime qualcosa di giusto. Così è, ad esempio, falso sostenere — magari facendo riferimento a Kant — che anche il diavolo possa essere un logico. Certo non si può contestare che l'uso logicamente corretto dell'intelletto possa essere preso al proprio servizio, in quanto mero mezzo, da una volontà cattiva. Fin qui la logica, in quanto teoria dell'uso normativamente corretto dell'intelletto, è una tecnologia avalutativa dal punto di vista morale... In tal senso non si può neppure dire che la logica implichi un'etica. Tuttavia, si può affermare che la logica — e con essa al tempo stesso tutte le scienze e le tecnologie — presuppone come condizione di possibilità un'etica. (...) Insieme con la comunità reale dell'argomentazione, la giustificazione logica del nostro pensiero presuppone anche l'osservanza d'una norma morale fondamentale. Il mentire, ad esempio, renderebbe chiaramente impossibile il dialogo degli argomentanti; ma lo

ancora insoddisfacente questa « concessione » da parte del neo-criticismo rickertiano all'etica contenutistica — concepita, come essa è, quale semplice *d e r o g a* alla regola costituita dal legalismo e dal formalismo. Come osserva Kaufmann, Rickert « parla del valore di verità » nel senso di un minimo etico trascendente, ma « n o n p u ò aggiungere niente di più, per non venire meno alle proprie premesse. Perfino la semplice proposizione ' qualcosa è ' è per lui inconcepibile se intesa letteralmente, vale a dire in senso sostanziale. Rickert, in quanto neocriticista⁽²⁵⁾, riconosce propriamente ' qualcosa ' soltanto in quanto la sua ' *Etwashaftigkeit* ' sia riconducibile a categoria formale; il rapporto concreto tra questa categoria ed un ente reale — la posizione di un d e t e r m i n a t o qualcosa come realtà — è invece per lui inconcepibile, così come è inconcepibile il v a l o r e d i v e r i t à che tale posizione di un qualcosa determinato possiede »⁽²⁶⁾.

Nella *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie* Kaufmann sviluppa le proprie osservazioni riguardo a quest'ultimo tema (aporie del formalismo logico-teoretico e del metodo aprioristico in generale) specie in riferimento alle dottrine della scuola marburghese del proprio tempo, e dei suoi rappresentanti più significativi per la filosofia del diritto: Stammler e il primo Kelsen. Vanno esaminati pertanto a questo punto gli aspetti centrali della critica kaufmanniana.

stesso vale anche per il rifiuto della comprensione critica o dell'esplicazione o giustificazione degli argomenti. In breve: nella comunità dell'argomentazione si presuppone il riconoscimento reciproco di tutti i membri come partners di eguale diritto nella discussione (...). Questa esigenza del riconoscimento reciproco delle persone come soggetti dell'argomentazione logica, non già l'uso logicamente corretto dell'intelletto degli individui, giustifica a mio avviso di parlare di ' etica della logica ' » (K.-O. APEL, *L'apriori della comunità della comunicazione e i fondamenti dell'etica. Il problema di una fondazione razionale dell'etica nell'epoca della scienza*, in *Comunità e comunicazione*, a cura di G. VATTIMO, Torino 1977, pp. 238-239). Ma ovviamente con ciò il discorso è andato ben oltre la tematica rickertiana e, in generale, la concezione neocriticista del minimum etico giudicata insufficiente da Kaufmann.

⁽²⁵⁾ Ma ciò non sarà più vero per le ultime opere di Rickert, come già si è osservato nella nota 21.

⁽²⁶⁾ E. KAUFMANN, *Kritik*, cit., p. 10; GS III, p. 186.

- a) *Il carattere problematico di due tesi fondamentali del neo-criticismo marburghese: I) lo scambio inavvertito tra la sfera dei concetti generali e quella delle forme categoriali; II) il preteso passaggio dal concetto di 'sostanza' a quello di 'relazione funzionale' meramente normativa.*

Il punto di partenza da cui muove Stammler è costituito dall'esigenza — già posta in luce in termini problematici, tra i marburghesi, da Hermann Cohen ⁽²⁷⁾ — di conferire organicità e ordine sistematico alle singole *Geisteswissenschaften*, eliminando i residui di incertezza propri dell'analisi positivista, attribuibili essenzialmente alla relatività del processo induttivo, riguardo all'individuazione dei dati empirici, ed all'astrattezza di quello deduttivo, riguardo all'elaborazione dei concetti. Ciò significava — particolarmente per la scienza del diritto — procedere ad una risistemazione formale dei principi universali a priori che dovevano porsi quali condizioni di possibilità di ogni ordinamento concreto.

Stammler assume ad oggetto della propria ricerca il problema della struttura formale del sistema giuridico quale unità logica, criticando quindi radicalmente il contenuto dogmatico caratteristico delle metodologie dominanti, in primo luogo il giusnaturalismo da una parte, e la sociologia positivista dall'altra. « Noi non rivolgiamo — afferma Stammler ⁽²⁸⁾ — le nostre ricerche ad un contenuto perfetto del diritto e non ci poniamo il problema di un diritto ideale. Nulla è più lontano dalle nostre intenzioni di quanto lo sia il sovrapporre al diritto positivo un sistema di determinazioni di diritto incondizionatamente 'rette'. Ma è anche vero che, in senso inverso, noi non vogliamo in generale realizzare la particolarità di un contenuto di diritto, ma la pura dottrina del diritto stesso; così come non ricerchiamo le norme materiali o gli istituti giuridici, ma i modi e le forme universali del pensiero giuridico ». « Esistono infatti pure forme del pensiero giuridico, che sono ne-

⁽²⁷⁾ Cfr. *System der Philosophie*, Teil II: *Ethik des reinen Willens*, Berlin 1907/2a ediz., pp. 65 ss.; 230 ss. — Vedi anche, sull'argomento in generale, E. CASSIRER, *Hermann Cohen und die Erneuerung der kantischen Philosophie*, in « Kantstudien », 1923.

⁽²⁸⁾ *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle 1911, p. 33.

cessarie a qualsiasi materia di diritto in quanto principii ordinatori, qualora si intenda comprendere scientificamente un problema in riferimento all'unità del pensiero giuridico » (29).

Tuttavia, come Kaufmann (30) e già prima di lui Binder (31) avevano fatto osservare, i concetti 'puri' di Stammler — malgrado rivendichino per sé una qualificazione trascendentale, immune cioè tanto dal dato empirico quanto da quello metafisico — sono in realtà ricavati da procedimenti di astrazione e di generalizzazione a partire da fatti empirici. Si tratta cioè di concetti di genere (*Gattungsbegriffe*): generalizzazioni di quanto avviene nel mondo empirico, non già di categorie a priori nel senso kantiano. Ma Stammler intende invece attribuire a tali concetti la dignità di categorie formali o talora di vere e proprie idee della ragione, giungendo anzi su questa via al punto di ipostatizzarli quali entità metafisiche capaci di « garantire il progresso nella storia », nel senso ideale attribuito a tale concetto dall'ottimistica filosofia della storia dell'illuminismo. (All'interno di questo quadro va interpretato, per Kaufmann, il concetto stammleriano di '*Sondergemeinschaft*', quale 'schema formale' di collegamento posto tra i principii fondamentali del 'diritto esatto' (*richtiges Recht*) e la realtà sociale) (32).

(29) *Ivi*, p. 17. Cfr. anche, di STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, Berlin und Leipzig 1922, p. 79.

(30) *Kritik*, cit., p. 11; *GS III*, p. 187.

(31) *Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Philosophie R. Stammlers*, cit., dove tra l'altro BINDER sostiene che « il metodo effettivamente seguito da Stammler, in opposizione al metodo della *Selbstbesinnung*, cioè della auto-conoscenza a priori — da lui postulato — altro non è che l'induzione, da Stammler qualificata come 'impropria' (*ungeeignet*), ovvero l'esame dei dati singoli, la suddivisione nei loro elementi costitutivi (analisi), l'esclusione di ciò che è particolare-individuale (la differenza specifica), ed il collegamento di ciò che è comune (sintesi). (...) È una acquisizione ormai certa della logica quella per cui con il metodo induttivo non si possono ottenere concetti universalmente validi, perché i concetti trovati per via induttiva non escono mai dall'ambito del materiale esaminato e perché ad essi manca quindi necessariamente quell'elemento che Stammler considera come proprietà essenziale dei suoi 'concetti giuridici puri'. Il risultato della induzione deve mantenere un significato empirico limitato » (p. 19).

(32) Si tratta per Kaufmann di una costruzione teorica la cui debolezza appare evidente: « Die entscheidende Frage für die Lösung

Stammler, nel caratterizzare il diritto come « forma condizionante e determinante la materia della vita sociale », separa rigidamente e forzatamente il diritto dall'economia, considerando queste due entità poste tra loro in un rapporto analogo a quello intellettuale che intercorre tra ordinante e ordinato, 'formante' e 'formato'. Circa questo punto, la critica di Kaufmann — la quale indica, al contrario, la stretta connessione sussistente tra le due aree conoscitive, rendendo vani eventuali approcci aprioristici, — contiene alcuni non irrilevanti elementi di affinità con quella condotta in prospettiva diametralmente opposta, sul piano più generale della dottrina del metodo scientifico, da Max Weber⁽³³⁾.

Secondo Kaufmann, Stammler scambia la norma concretamente formante (*gestaltende*) per la forma trascendentale. « In questa confusione tra astratto valore formale (*abstrakter Formgehalt*) e norma contenutisticamente formante (*inhaltlich gestalten-sollende Norm*), tanto il diritto quanto la 'materialità' economica vengono snaturati. I 'fenomeni' dell'economia appaiono quali semplici esteriorità prive di una loro propria 'forma', corrispondenti in ciò a quel che Kant nella sua dottrina delle categorie aveva designato come *Materiale der Empfindungen* non ancora elaborato nella sintesi categoriale. Tuttavia tali puri fenomeni sociologici possiedono una propria oggettività, indipendente dalla qualificazione normativa, che invece il *Materiale der Empfindungen*

von Rechts problemen liegt aber gerade in der Beurteilung solcher 'Sondergemeinschaften'. (...) Stammler selbst hatte das richtige Gefühl, dass aus den abstrakten und formalen, überall gleichen Grundsätzen des richtigen Rechts eine Entscheidung nicht gewonnen werden kann. Darum schiebt er die 'Sondergemeinschaft' dazwischen. Da er aber wieder — seinem formalen Rationalismus entsprechend — als blosses 'Schema', als 'verblassten Schatten', statt in irgendeiner konkreten Lebendigkeit, fasst, bietet er Steine statt Brot » (*Kritik*, cit., p. 12; *GS* III, p. 188).

⁽³³⁾ *Gesammelte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Tübingen 1922, pp. 291 ss.; 556 ss. — Ma, come osserva K. LARENZ (*Methodenlehre*, tr. it. cit., p. 130 n. 6), la critica mossa da Weber è, nel complesso, « un grandioso malinteso, perché Weber — egli stesso ancora prigioniero della concezione positivista della scienza — non poteva apprezzare l'aspirazione propria di Stammler, che consisteva appunto nel superamento di questa concezione della scienza ». Cfr. anche, sull'argomento, A. von SCHELTING, *Max Webers Wissenschaftslehre*, Tübingen 1934, pp. 400 ss.

kantiano non possedeva di fronte alla forma categoriale »⁽³⁴⁾. Infatti, diversamente da quanto accade nel rapporto logico-teoretico kantiano tra forma e materia, in cui la sintesi avviene in una sorta di 'crescita' di uno degli elementi nella direzione dell'altro, materia sociale e norma giuridica si muovono liberamente in direzioni che possono essere — e che per lo più di fatto sono — contrastanti. Se ne deve concludere che il problema della sintesi tra *v a l o r e* e *r e a l t à* è ben diverso da quello tra forma astratta e materia formata.

Risulta comunque evidente in Stammler, dietro allo scambio concettuale tra forma e norma, una chiara insufficienza nella determinazione del momento del valore. La stessa concezione di una « comunità universale di uomini dotati di volontà libera », che avrebbe dovuto costituire l'« ideale sociale », ovvero il fine ultimo dell'agire umano razionale, non riesce ad essere ulteriormente determinata nella sua dimensione di valore. Come Kaufmann osserva criticamente, ciò contribuisce a dimostrare che « una barriera reale contro il positivismo non può essere innalzata dalle astratte filosofie razionalistiche: queste possono tutt'al più eliminare la portata esteriore del metodo positivista, ma solo per lasciarne sopravvivere indisturbata la sostanza nelle regioni interne del pensiero »⁽³⁵⁾. Inoltre, ogni filosofia che intenda radicalizzare le premesse del neocriticismo non può che trovarsi in forte difficoltà allorché si tratti di procedere alla qualificazione concreta del valore, tanto che, come Rickert aveva dovuto limitarsi a richiedere un « minimo etico trascendente », così Stammler — in omaggio alla tendenza formalistico-positivista — deve ridurre al minimo la specificazione del valore sul piano del contenuto metafisico.

L'indeterminatezza presente nella nozione stessa di « ideale sociale » tradisce, a ben vedere, questo travaglio che culmina in una insuperabile difficoltà. Com'è possibile, sulla base di queste premesse, giungere ad una dimensione *o b i e t t i v a* dei fini? Già nel *Wesen des Völkerrechts* Kaufmann aveva sollevato questa domanda osservando che « la legge incondizionata è per gli uomini (...) quella della volontà buona. È questa la direzione nella quale

⁽³⁴⁾ *Kritik*, cit., p. 14; *GS* III, p. 189.

⁽³⁵⁾ *Das Wesen des Völkerrechts*, cit., p. 210.

vanno determinati i fini concreti, che dovranno essere considerati come universalmente validi, astraendo dagli impulsi egoistici soggettivi » ⁽³⁶⁾.

Ma in realtà con la « volontà buona » non viene fornito alcun criterio non solo ai fini della giustizia (*Gerechtigkeit*) di un ordinamento, ma anche a quelli della sua esattezza (*Richtigkeit*). Per ottenere un simile criterio necessita invece una risposta certa alle domande discriminanti su *q u a n d o* una volontà sia 'buona', vale a dire 'libera' da impulsi egoistici soggettivi, e *i n c h e c o s a* tale volontà si differenzi da una volontà dichiaratamente fondata sulla base di un contenuto metafisico.

Il fatto è che la questione, in generale, non si lascia decidere in senso meramente negativo e tautologico, come il kantiano Stammler tenderebbe a fare. Per Kaufmann occorre, al contrario, chiedersi quali criteri contenutistici di giustizia, e quindi quali punti di riferimento sostanziale, possano arrestare questa costruzione di un'etica intellettualistica, che si allontana inevitabilmente dalla stessa impostazione kantiana originaria. Che cosa accade infatti nella teoria dell'etica e del diritto di Stammler? Accade che l'edificio costruito da Kant sulla base delle tre critiche si frammenta in numerosi elementi, ognuno dei quali subisce poi una sorta di riduzione in altri elementi, semplificati e deformati, corrispondenti. Così, mentre viene a mancare il fondamento metafisico della cosa in sé, salta pure il nesso istituito da Kant tra questa e le idee della ragione. In luogo del *Materiale der Empfindung* dell'estetica trascendentale si affermano i « fenomeni economici », intesi come « esteriores non formate ». I fondamenti della conoscenza pura sono sostituiti dai tautologici fondamenti del « diritto esatto »; allo schematismo trascendentale viene sovrapposto lo schema della ' *Sondergemeinschaft* '. Infine il diritto viene spostato dall'ambito delle idee della ragione in quello delle forme categoriali, mentre concetti empirici che Kant aveva costantemente tenuto separati dal campo categoriale vengono ora reintrodotti in questo ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, p. 213.

⁽³⁷⁾ Stammler trascura, tutto sommato, il fatto che già in base ai principii kantiani, — costituendo il regno dei fini nella sfera intellettuale la

Gli esempi per Kaufmann potrebbero continuare, ed essi — complessivamente considerati — non mancherebbero di dare il quadro della aporetica costruzione intellettuale stammleriana, realizzata sulle *disiecta membra* dell'edificio kantiano. Kaufmann preferisce invece tornare al punto fondamentale della sua critica alla *Umdeutung* marburghese — ovvero lo scambio effettuato inconsapevolmente da quest'ultima tra concetti 'puri' ('*reine Begriffe*') e concetti 'generali' (*Allgemeinbegriffe*). In tale scambio — si deve aggiungere in conclusione — sarebbe da rilevarsi la ragione dell'intima e sostanziale concordanza esistente tra la dogmatica giuridica e la filosofia neokantiana. Secondo Kaufmann il neokantismo — ricorrendo ad un'interpretazione riduttiva del pensiero kantiano, analoga a quella già fornita da Hegel nella sua *Philosophie des Rechts*, che aveva qualificato il diritto nei termini del semplice 'diritto astratto', — aveva trovato nella dogmatica numerosi punti di concordanza: « Specialmente attraverso la dottrina classica di Jhering relativa alla formazione dei concetti giuridici, la dogmatica formalistica del diritto è giunta ai nostri giorni negli scritti di Zitelmann e di Jellinek, ed essa tanto più domina le discipline giuridiche quanto più queste — indubbiamente incoraggiate dal formalismo — si sono sviluppate come pure scienze 'sistematiche', libere da ogni radice storico-giuridica e fiere del loro metodo rigorosamente giuridico. Fra questo metodo ed il neokantismo non correva soltanto un semplice legame storico, ma anche un'intima e sostanziale affinità elettiva: nessuna meraviglia se il neokantismo non ha soltanto fornito alla dogmatica appoggi e servizi ausiliari,

sintesi tra idealità etiche e giuridiche, — l'etica doveva conformarsi anche contenutisticamente sulla base della dottrina metafisica della giustizia. — Pone in luce con estrema chiarezza i caratteri fondamentali della metafisica kantiana del diritto il saggio di G. SOLARI, *Scienza e metafisica del diritto in Kant* (1926), in *Studi storici di filosofia del diritto*, Torino 1949. Cfr. anche, in generale, tra i lavori di critica alla filosofia del diritto neokantiana pubblicati nello stesso periodo della *Kritik kaufmanniana*, G. WIELIKOWSKI, *Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie*, 1914; F. MÜNCH, *Die wissenschaftliche Rechtsphilosophie der Gegenwart in Deutschland*, in *Beiträge zur Philosophie des deutschen Idealismus*, I, 1919, pp. 95 ss.; A. BANFI, *Il problema epistemologico nella filosofia del diritto e le teorie neokantiane*, in « Riv. internaz. di filosofia del diritto », II, 1926, pp. 194 ss.

ma anche apportato, da parte sua, rilevanti contributi nel campo della metodologia e della dogmatica giuridica positiva... »⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ « ... So fand der Neukantianismus, infolge seiner analogen Um-
biegung Kants vom Metaphysischen ins Abstrakt-Formale, in der Rechts-
dogmatik Anschauungen vor, die ihm entsprachen. Auch Savigny und Stahl
sind von diesen Bestandteilen des hegelisch umgedeuteten kantischen Denkens
nachhaltig beeinflusst gewesen und haben die über Puchta und Bruns auf
Windscheid und Thöl der zivilistischen, über Zoepfl und H.A. Zachariae
auf Gerber und Laband in der publizistischen Wissenschaft vererbt. Vor
allem durch Jherings klassisch gewordene Lehre von der juristischen Begriffs-
bildung ist diese formalistische Rechtsdogmatik über Zitelmann und Jellinek
auf unsere Tage gekommen und beherrscht die juristischen Disziplinen um
somehr, je mehr sie sich — unzweifelhaft durch diesen Rechtsformalismus
bestärkt — zu rein 'systematischen', von der rechtsgeschichtlichen Wurzel
gelösten Wissenschaften entwickelt haben, die auf ihre streng 'juristische'
Methode stolz sind. Zwischen dieser Methode und dem Neukantianismus
bestand so nicht nur eine historische Verbindung, sondern auch eine innere
sachliche Wahlverwandtschaft: kein Wunder, dass er ihr daher nicht nur
hervorragende Helfersdienste und Stützen geliefert, sondern auch seinerseits
die markantesten Leistungen auf dem Gebiete der Methodik der positiven
Rechtsdogmatik aufzuweisen hat » (E. KAUFMANN, *Kritik*, cit., pp. 50-51;
GS III, p. 212).

R. TREVES, nel suo *Il diritto come relazione*, cit., aveva giudicato
infondata questa tesi centrale kaufmanniana, portando — per parte sua —
argomenti interessanti che merita considerare per esteso. È soprattutto, se-
condo Treves, il processo di pensiero che conduce rispettivamente alla for-
mazione dei concetti fondamentali della dogmatica giuridica e del formalismo
filosofico neokantiano l'elemento di discriminazione: in questo senso i caratteri
essenziali del formalismo dei giuristi sono « 1) adesione al realismo, allo
storicismo, spesso anche all'hegelismo che, superando le distinzioni tra reale
e ideale, essere e dover essere, conduceva ad escludere ogni idea di diritto
naturale ed a ridurre tutta la realtà giuridica al diritto positivo e storico;
2) astrazione, da questa realtà giuridica, delle regole le quali vengono poi
condensate in definizioni e ordinate in sistema dalla logica dogmatica. Un
processo di pensiero del tutto diverso è stato, invece, quello che ha condotto
la scuola neokantiana al formalismo, e cioè: non il processo diretto a supe-
rare, ma quello rivolto ad accentuare la distinzione fra concetto e idea, forma
e materia nel diritto. È stata infatti un'accentuazione delle distinzioni kan-
tiane quella che ha condotto il neokantismo: in un primo indirizzo ad affer-
mare una più profonda separazione, una più sicura autonomia della forma
giuridica pura (non astratta) dal substrato reale empirico e dall'ideale giusna-
turalistico; in un secondo indirizzo a sostenere, non solo l'assoluta indipen-
denza della forma dalla materialità empirica e dall'idealità metafisica, ma
a risolvere addirittura nella forma tutta la realtà giuridica, giungendo così

Questa critica kaufmanniana si applica — oltre naturalmente a Stammler, come abbiamo visto, — anche agli altri principali esponenti della corrente marburghese, ed in primo luogo al Kelsen degli anni '10-'20, particolarmente vicino alle posizioni epistemologiche di Hermann Cohen. È qui che si vede trasferita a pieno titolo nel campo della teoria giuridica l'idea di relazione funzionale, posta a sostituire quella classica di sostanza⁽³⁹⁾. Va osservato qui che Cohen, il quale esclude dalla sfera dell'essere quei concetti ontologici che la critica kantiana aveva lasciato sussistere — ovvero la 'materia' della conoscenza, trasformata in prodotto del pensiero, e la cosa in sé⁽⁴⁰⁾, — procede

ad una concezione diametralmente opposta a quella degli indirizzi giuridici e storicistici, che considerano invece la forma come un semplice astratto di questa realtà.

Da questa diversità di processo, attraverso cui giuristi e neokantiani sono giunti al formalismo (diversità sulla quale il Kaufmann cerca di sorvolare), si può facilmente dedurre la profonda differenza di natura e di significato che separa questi due tipi di formalismo. Si può dedurre cioè che, se il Kaufmann ha rilevato esattamente una certa quale analogia, un certo qual parallelismo della distinzione fra forma astratta e contenuto concreto operata dal neokantismo, con quella fra proposizione giuridica e realtà sociale, fatta dalla teoria generale del diritto, egli non ha però ricordato che, mentre per la teoria generale il contenuto concreto costituisce la realtà giuridica, e la forma del diritto rappresenta un semplice astratto, una pura generalizzazione logica, per il neokantismo è invece proprio la forma, e non già il contenuto, quella che rappresenta la realtà giuridica (Kelsen) o almeno la condizione a priori, l'universale logico di questa realtà (altri indirizzi neokantiani) » (*op. cit.*, pp. 58-59).

Crede però che le osservazioni di Treves, benché analiticamente ineccepibili, nulla tolgano al senso positivamente polemico dell'accostamento istituito da Kaufmann tra formalismo filosofico e dogmatica giuridica. Naturalmente alla *pars destruens* Kaufmann non aveva, al tempo della *Kritik* (1921), ancora fatto seguire una *pars construens* — sebbene avesse già da allora fornito discrete indicazioni in questo senso. Questo punto sarà da noi ripreso nei capitoli IV e V, allorché si tratterà del concetto kaufmanniano di giustizia 'obiettiva'.

⁽³⁹⁾ Per una precisa, sintetica ricostruzione dell'influenza di Cohen sui primi lavori kelseniani, cfr. da noi il *Saggio introduttivo* di M.G. LOSANO all'ediz. it. di H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino 1966, spec. pp. XIII-XXXV.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. H. COHEN, *Kants Begründung der Ethik*, Berlin 1910/2a. Come osserva UEBERWEG nel suo *Grundriss der Geschichte der Philosophie*

in questa direzione, oltrepassando le indicazioni kantiane, al completo dissolvimento dei residui sostanziali presenti nel pensiero, dovunque e sotto qualunque forma essi si fossero presentati⁽⁴¹⁾. Cohen apre con ciò una strada che sarebbe stata seguita in particolare modo, come è noto, da Cassirer⁽⁴²⁾, Natorp⁽⁴³⁾ e, nel campo specifico della filosofia del diritto, Hoenigswald e Marck⁽⁴⁴⁾, oltre — come si è detto — lo stesso Kelsen.

Kelsen, nei suoi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*⁽⁴⁵⁾, incorre in una critica per molti versi analoga a quella rivolta — come si è già visto — a Stammler, in ragione dello scambio concettuale da questi effettuato tra « forma pura » e « norma concretamente formante ». Se Kelsen infatti riesce talora ad uscire apparentemente dal circolo chiuso delle mere relazioni logico-funzionali, cui applica intenzionalmente ed esclusivamente il proprio sforzo ana-

(Berlin 1922), « Cohen eliminierte das Ding an sich vollständig und gab dem Kritizismus eine Deutung, nach der sich alles Dinghafte in Gedachtes auflöst » (*op. cit.*, IV, p. 434).

⁽⁴¹⁾ In realtà Cohen finisce, su questa via, per ontologizzare la propria concezione stessa di « relazione pura », come bene mostra R. TREVES, *op. cit.*, parte I, capo II.

⁽⁴²⁾ Particolarmente in *Substanzbegriff und Funktionsbegriff - Untersuchungen über die Grundbegriffe der Erkenntniskritik*, Berlin 1910, secondo il quale sostanza e relazione funzionale sono « die beiden typischen Hauptformen der Logik, die insbesondere in der modernen wissenschaftlichen Entwicklung einander gegenüberstehen » (p. 11).

⁽⁴³⁾ Del quale ricordiamo, in quanto rilevanti per il nostro argomento, i due saggi, *Kant und die Marburger Schule* e *Recht und Sittlichkeit - Ein Beitrag zur kategorialen Begründung der praktischen Philosophie*, apparsi entrambi nelle « Kantstudien », rispettivamente vol. XVII-1912 e XVIII-1913.

⁽⁴⁴⁾ *Substanzbegriff und Funktionsbegriff in der Rechtsphilosophie*, Tübingen 1925.

⁽⁴⁵⁾ Prima ediz., Tübingen 1911. Fa il punto sulla posizione di Kelsen all'interno della teoria generale del diritto della prima metà del Novecento, con particolare riferimento ai concetti di ' struttura ' e ' funzione ', N. BOBBIO in un suo saggio apparso sulla « Riv. internaz. filos. diritto » 1973 (ora in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano 1977, pp. 187-215); cfr. inoltre G. TARELLO, *Il diritto come ordinamento*, in « Atti del X Congresso nazionale di filosofia giuridica e politica » (Bari, 3-5 ottobre 1974), Milano 1975, pp. 72 ss. dell'estratto.

litico, lo fa proiettando sul puro dover essere l'immagine di una organizzazione empiricamente determinata, ed assumendo inoltre come punto di riferimento ultimo l'ideale, proprio di tutti gli illuministi, di una *civitas maxima* destoricizzata e depoliticizzata: una « *Weltrechtsgemeinschaft* » che colora in maniera sbiadita il vuoto dover essere.

Il punto di partenza kelseniano era — com'è noto — quello di vedere nel *Sollen* l'elemento nel quale si afferma « il valore relativo che è proprio del diritto positivo in quanto tale, nella sua specifica contrapposizione alla realtà della vita sociale, senza con ciò elevarlo al rango di ideale assoluto »⁽⁴⁶⁾. Al concetto di *Sollen* veniva invece surrettiziamente attribuita una validità generale nello spazio (« *räumliche Allgemeingültigkeit* »), collegata alla « *konkrete Totalität der Weltallgemeinheit* ». E nella direzione del raggiungimento di una tale *civitas maxima* secondo Kelsen operavano effettivamente forze storiche concrete, dirette — quale meta ultima — alla rimozione del sistema delle sovranità nazionali alimentate dalla politica di potenza, nonché alla sostituzione di esso con una « *rechtlche Weltallgemeinheit* ».

Kaufmann ha in questo senso buon gioco ad osservare come tutto ciò avesse poco o nulla a che fare con il problema della « purezza logico-normativa » del sistema giuridico, ma si ponesse invece quale premessa ideologico-valutativa dell'intera costruzione intellettuale. Le contraddizioni kelseniane appaiono così evidenti: al programma di « dissolvere le rappresentazioni irrigidite ed i concetti ipostatizzati presenti nel ragionamento dei giuristi e di sostituirle con pure relazioni giuridico-formali »⁽⁴⁷⁾ fa riscontro l'ingenua ricaduta in una metafisica liberale-cosmopolitica che Kaufmann — con gli occhi rivolti alla storia europea dei propri anni —

(46) « Der eigentliche Standpunkt von Kelsen war der, dass es sich bei dem Begriff des Sollens nur um einen rein formalen Begriff handelt, durch den allein der 'relative' Wert des positiven Rechts als solcher, in seinem spezifischen Gegensatz zur Wirklichkeit des sozialen Lebens erfasst werden kann, ohne zugleich zur Bedeutung eines absoluten Ideals aufzusteigen » (E. KAUFMANN, *Kritik*, p. 22; *GS* III, p. 194).

(47) *Hauptprobleme*, cit., Vorrede.

considera velleitaria, e non fa fatica, in verità, a colpire con sferzante ironia: « Certo, lo “sviluppo continuativo della comunità internazionale dal suo stato di primitività” deve “culminare in una *civitas maxima* — anche nel significato politico-materiale del termine”. Non si crede ai propri occhi: questo sarebbe il modo per mantenere la promessa fatta nella prefazione degli *Hauptprobleme*, di pervenire ad una teoria del diritto pura, depurata in particolar modo dagli elementi sociologici, psicologici, e da quelli politici! La *civitas maxima* deve possedere ‘anche’ un significato politico! »⁽⁴⁸⁾.

Osserva ancora Kaufmann che l'ultima frase del libro kelseniano: « Als unendliche Aufgabe aber muss solcher Weltstaat als Weltorganisation allem politischen Streben gesetzt sein »⁽⁴⁹⁾ è in realtà un capolavoro di innalzamento di un contenuto prescrittivo determinato — a torto ritenuto ‘puro’ o ‘formale’ — al rango di ‘ideale assoluto’: si tratta dell'obiettivo che tutte le metafisiche del progresso, sorte in seno alla filosofia della storia razionalistica, ci hanno abituato a conoscere⁽⁵⁰⁾.

Ma Kaufmann procede oltre, riconducendo l'universalismo ideologico kelseniano (con quello che è il suo *pendant* epistemologico, costituito dal postulato della « *Einheit des Erkenntnis-*

⁽⁴⁸⁾ « Ja, die “Weiterentwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft aus ihrem Zustande der Primitivität” soll abzielen auf eine “*civitas maxima* — auch im politisch-materiellen Sinne dieses Wortes”. Man traut seinen Augen nicht: das soll die Erfüllung des in der Vorrede gegebene Versprechens sein, eine “reine, insbesondere von soziologisch-psychologischen und politischen Elementen gereinigte Rechtstheorie” zu bringen! Die *civitas maxima* soll ‘auch’ einen politischen Sinn haben! » (*Kritik*, cit., p. 24; *GS III*, p. 195).

⁽⁴⁹⁾ *Hauptprobleme*, cit., p. 709.

⁽⁵⁰⁾ Kelsen avrebbe risposto immediatamente alle critiche mosse in questa sede da Kaufmann in una lunga nota di *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. - Kritische Untersuchung der Verhältnisse zwischen Staat und Recht*, Tübingen 1922, pp 99-104, osservando tra l'altro che, allorché nella dottrina pura del diritto vien fatto riferimento ad elementi empirici o metafisici, ciò risulta esplicitamente dichiarato, mostrando di uscire dal campo logico-normativo per entrare in quello della sociologia o della morale. Non sarebbe possibile quindi, per Kelsen, muovere in questo senso alcuna accusa di sincretismo metodologico alla dottrina.

standpunktes ») alle sue origini culturali più prossime, da aggiungersi a quelle ben note marburghesi: essenzialmente la dottrina machiana dell'« economia del pensiero » (« *Denkökonomie* ») cui, oltre a Kelsen, attinge anche Fritz Sander⁽⁵¹⁾. Tuttavia, come è ovvio, il pensiero 'più economico' non è sempre quello 'più esatto': allo stesso modo, nessun dubbio vi è per Kaufmann che la complessità e l'estrema differenziazione del reale, le tensioni e le antinomie della vita concreta, — anch'esse quanto mai 'concrete'!, — non possano neppure lontanamente venire concepite a partire dal principio della semplificazione (*Verein-*

(51) Su cui va visto N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino 1934, pp. 87-89 e nella RIFD, 1940, pp. 176-179.

Ma già in quegli stessi anni, simili osservazioni critiche venivano rivolte da interpreti attenti, come ad esempio PITAMIC, *Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft*, in « *Österreichische Zeitschrift für öff. Recht* », 1918, pp. 339 ss., o HOHENHAUER, il quale notava come la costruzione teorica kelseniana, « piuttosto che con la dottrina kantiana delle categorie, stesse in stretto rapporto e sul medesimo piano con i concetti di causalità e di sostanza di Hume e con l'economia del pensiero di Mach. Allo stesso modo di questi, essa può adempiere soltanto al compito di dominare la materia, di regolarla, di semplificarla e di essere quindi il criterio ordinatore d'una dottrina giuridica empirica. Mediante l'ipotesi della norma fondamentale non possono invece essere scoperte le condizioni trascendentali, gli elementi a priori dell'oggetto della scienza giuridica » (*Der Neukantianismus und seine Grenzen als Gesellschafts- und Rechtsphilosophie*, in « *Blätter für Deutsche Philosophie* », 1928, p. 335). Nello stesso senso H. HELLER, secondo il quale il giurista « può costruirsi il punto archimedeo della *Grundnorm* solo qualora conosca già il contenuto sociologico di essa, che coincide in realtà con l'assetto fattuale dei rapporti di potere (*mit den tatsächlichen Machtverhältnissen*) » (*Die Krisis der Staatslehre*, in « *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* », V, 1926, p. 308). Heller con ciò anticipava gli elementi di una critica realistica alla *Grundnorm* che sarebbero divenuti ben presto consueti nella letteratura. Un raffinamento di tale critica avrebbero comunque costituito già le opere di Alf Ross degli stessi anni: specialmente *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig und Wien 1929; *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Kopenhagen-Leipzig 1933; *Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit*, « *Annuaire Inst. int. Phil. du Droit et Sociologie juridique* », Paris 1934.

fachung) che caratterizza il punto di vista kelseniano in quanto espressione di una *Denkökonomie*.

Infatti per Kelsen, che le antinomie esistenti all'interno dei vari ordinamenti giuridici e quelle rilevabili nel rapporto tra di essi: — le cd. antinomie del « pluralismo giuridico » — siano destinate ad essere eliminate sul piano teoretico dal lavoro di pulizia svolto dalla logica di un razionalismo rigoroso, ciò è quasi un'ovvietà. Ma non così è per Kaufmann: quel che occorre chiedersi è infatti, sostiene questi, in primo luogo se le antinomie debbano essere eliminate logicamente; in secondo luogo se possono essere eliminate e a quale prezzo questa eliminazione avvenga; in terzo luogo, qualora il compito della scienza del diritto positivo fosse realmente quello di costruire il proprio sistema logico-formale là dove le antinomie esistono di fatto, come se esse non esistessero, quale valore conoscitivo della realtà possa avere una simile costruzione; in quarto luogo, ammesso che tale costruzione rifletta effettivamente la realtà giuridica, se l' 'economia del pensiero' serva davvero metodologicamente alla comprensione dei processi posti in atto dalle forze storico-politiche agenti nella realtà.

Inutile dire che Kelsen risponde implicitamente in maniera affermativa a tutti e quattro gli interrogativi, sulla base di una inespressa opzione metafisica. E questa opzione, conclude ancora una volta Kaufmann, altro non è che l'espressione di una fede — e quindi non di un atteggiamento semplicemente teoretico-conoscitivo — nel valore del razionalismo metafisico. Il prezzo da pagare in termini storici non interessa a Kelsen: la razionalizzazione mediante *abstrakte Weltrechtssätze* può avvenire, ma naturalmente ciò significa: solo in seguito ad un « rivoluzionamento della nostra coscienza culturale ». Come ciò sia realizzabile, Kelsen non dice. « Potenti forze » operano « in questa direzione » — egli sostiene. Quali, non si sa — replica Kaufmann. Kelsen inoltre ignora volutamente l'esistenza e l'« operosità » delle controforze.

Appare infine un sorprendente caso di « armonia prestabilita » quello immaginato da Kelsen, secondo cui le forze sociologiche effettivamente agenti e la tensione etica all'ideale della *rechtliche Weltallgemeinheit* riescono a procedere affiancate l'una all'altra, in un disegno illuministico vincente: è in ogni caso pre-

supposto in quest'immagine un felice collegamento tra l'*ordre naturel* e l'eticità umana, ovvero un'elevazione delle idee etiche del razionalismo liberale a potenze metafisiche realmente operanti.

Certamente, osserva tuttavia Kelsen, antinomie si danno, certamente per l'esistenza di un ordinamento giuridico positivo è richiesto « un certo grado di efficacia di esso, di fatticità »⁽⁵²⁾. Ed allora si ristabilisce il legame che le mere relazioni 'normologiche' avevano preteso di porre in parentesi. Ma la differenza, secondo Kelsen, sta in questo: che nell'assumere la norma un contenuto fattuale, ovvero « nel divenire il fatto contenuto della norma, si verifica un particolare mutamento di significato, per cui il fatto risulta come snaturato e si rovescia nel suo opposto: diventa esso stesso normativo. Più che di una 'forza normativa del fatto' si dovrebbe dunque parlare, a rigore, di una metamorfosi del fattuale nel normativo »⁽⁵³⁾.

Questa metamorfosi descritta da Kelsen è in realtà per Kaufmann nient'altro che una completa capitolazione delle pretese normativistiche. E non si tratta di limitarne gli effetti, come Kelsen vorrebbe, all'ambito del solo diritto internazionale⁽⁵⁴⁾: la cd. 'me-

⁽⁵²⁾ « ... ein gewisser Grad von Wirksamkeit dieser Ordnung, von Faktizität vorausgesetzt » (H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit. in KAUFMANN, *Kritik*, pp. 29-30; *GS III*, p. 199).

⁽⁵³⁾ « Dadurch, dass das Faktische zum Inhalt einer Norm wird, erfährt es einen ganz eigenartigen Bedeutungswandel, es wird sozusagen denaturiert, schlägt in sein Gegenteil um, wird selbst zum Normativen. Nicht von einer 'normativen Kraft des Faktischen', sondern von einer Metamorphose des Faktischen zum Normativen müsste man sprechen » (H. KELSEN, *ibidem*).

⁽⁵⁴⁾ « Freilich gerät hier das Völkerrecht an die äusserste Grenze des Bereichs normativer Erkenntnis, an die äusserste Grenze des Rechts. Es ist vielleicht gerade noch Recht, wenn es — den fundamentalen Gegensatz von Sein und Soll gefährdend — zwar nicht jede faktische Macht als Rechtsmacht zu etablieren bemüht ist, aber doch nur eine bestimmte faktische Macht als Rechtsmacht gelten lassen will. Und in dieser Schwäche des Völkerrechts gegenüber der faktischen Macht, in dieser Neigung des Völkerrechts vor den Tatsachen zu kapitulieren, zeigt sich seine wahre Schwäche als Recht » (H.

tamorfosi del fattuale nel normativo', se vale — con Kelsen — per le norme di diritto internazionale, deve valere o v u n q u e v i s i a n o n o r m e — non diversamente, del resto, da quanto accade nel caso del diritto pubblico interno a proposito della costituzione, la quale « ricava la propria validità giuridica dalla norma fondamentale presupposta, ma desume il proprio c o n t e n u t o dal volere empirico dell'autorità costituente »⁽⁵⁵⁾.

Ma se Kelsen acconsente a questa spiegazione, allora si deve dire che la dottrina della « forza normativa del fatto » degli Jellinek non è stata da lui ancora completamente messa da parte⁽⁵⁶⁾.

b) *La critica di Kaufmann alla 'scuola sud-occidentale': problemi di interpretazione.*

A differenza che nella corrente marburghese, da cui è trascurata in maniera pressoché completa, in quella 'sud-occidentale' è

KELSEN, *Hauptprobleme*, cit. in KAUFMANN, *Kritik*, pp. 30-31; GS III, p. 199). Cfr. per la caratterizzazione del diritto internazionale in Kelsen come diritto primitivo, tecnicamente manchevole, le sintetiche notazioni di U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano 1965, pp. 98 ss. (spec. nota 1).

⁽⁵⁵⁾ « ... eine Verfassung ihre rechtlich relevante Geltung zwar aus der vorausgesetzten Ursprungsnorm, ihren Inhalt aber aus dem empirischen Willensakt der konstituierenden Autorität holt » (H. KELSEN, *op. cit.*, in KAUFMANN, *Kritik*, p. 32; GS III, p. 200).

⁽⁵⁶⁾ « Jene von ihm daher nur an der obersten Stelle vorgenommene 'Metamorphose des Faktischen zum Normativen' muss eigentlich überall eintreten, wo es inhaltliche Rechtsnormen gibt; und damit wären wir ganz in Gedankengänge eingemündet, die eigentlich seine Gegenpole darstellen. Denn das ist ja die Grundthese sowohl der 'soziologischen' Rechtslehre, die eine 'normative Kraft des Faktischen' zur Voraussetzung hat, wie die (...) des Buches von Walter Jellinek mit seiner Lehre vom dem 'Rechtssatz' charakter der 'Wirklichkeit', von den 'Tatsachen mit abgeleiteter Rechtssatzwirkung': der Krieg, das Erlöschen einer Seuche, die Geschichte, ein Kurort, die Heilung des Bisses von einem tollwütigen Hunde im Pasteurschen Institut, die Mode, die Nervösität usw. sind nach ihm alles Rechtssätze von derselben juristischen Art wie die Rechtssätze in Rechtsverordnungen » (E. KAUFMANN, *Kritik*, pp. 32-33; GS III, pp. 200-201). (Gli esempi prescelti sembrano tratti da una pagina di Simmel o di... Gottfried Benn!).

ancora presente e, tutto sommato, vitale l'idea kantiana della ragione vista come orizzonte ultimo del valore, benché tendenzialmente neutralizzata dai potenti effetti del formalismo. Oltre che in Windelband ed in Hensel, ciò è particolarmente evidente nelle ampie sintesi di Rickert, che fanno da contraltare alla frammentaria — ma estremamente significativa — produzione teorica di Emil Lask, in cui Kaufmann crede di poter riconoscere una delle figure di maggior spicco all'interno della « *südwestdeutsche Schule* ».

L'opera di Lask⁽⁵⁷⁾, purtroppo incompleta a causa della prematura scomparsa dell'autore, rappresenta l'espressione più raffinata del neokantismo primo-novecentesco, e contiene in sé la possibilità di sviluppi di pensiero forse superiori, quanto a portata speculativa, a quelli consentiti dalla chiusa sistematica marburghese — per lo più troppo vincolata al magistero di Hermann Cohen⁽⁵⁸⁾.

In particolare nei suoi ultimi scritti, Lask supera i limiti dottrinali delle correnti neokantiane, tanto che si può parlare — come osserva Kaufmann — di un pensiero divenuto del tutto autonomo, segnato dalla incondizionata elevazione della sfera normativa (ma in senso quasi più 'platonico' che 'kantiano') al di sopra di quella empirica, e da una dottrina del metodo sempre più polarizzata attorno al problema della conciliazione del formalismo con l'obiettività del valore. Ma l'innalzamento dei valori normativi in una dimensione purissima, accompagnato dal mantenimento del carattere formale di tali valori, nonché la costruzione

(57) *Gesammelte Schriften*, 3 Bde., Tübingen 1923, comprendenti tra l'altro i saggi *Rechtsphilosophie* (1905); *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre* (1910); *Die Lehre vom Urteil* (1911) ed il discusso interessantissimo *Opus Posthumum* (Bd. III). — Di recente, v. su Lask in gen. J. SIEGERS, *Das Recht bei E. Lask: Untersuchungen zur Rechtstheorie des Neukantismus*, Bonn 1964.

(58) Valore paradigmatico assume a questo proposito un'osservazione di N. BOBBIO riguardo a Kelsen: « Non saprei dire quanto abbia nuociuto al Kelsen di aver 'civettato' all'inizio dei suoi studi col neo-kantismo, che lo indusse a considerare il *Sollen*, anziché più semplicemente e più correttamente come un verbo modale proprio delle proposizioni normative, come una categoria trascendentale della nostra conoscenza, e ha finito per sollevargli delle difficoltà di cui è rimasto prigioniero sino nelle ultime opere » (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 40-41).

rigidamente dualistica del rapporto intercorrente tra valore e realtà —: tra trattazione 'critica' e procedimento 'genetico' —, tutto ciò doveva rendere impossibile il benché minimo collegamento con i contenuti etici materiali. Questa posizione laskiana risultava alla fine inevitabile e insostenibile ad un tempo.

Nel saggio di Lask sulla filosofia della storia di Fichte⁽⁵⁹⁾ appare chiaro che la 'cosa in sé' kantiana — il cui tema già nell'estetica e nell'analitica trascendentale non si mostrava, a differenza di quanto accadeva nella dialettica, altro che come semplice limite negativo, « *Grenzbegriff* », — viene gettata risolutamente oltre i margini dell'orizzonte speculativo. Ma secondo Kaufmann il collegamento istituibile in Kant fra le tre critiche e la filosofia della storia dipendeva soltanto dalla concezione della cosa in sé: una volta eliminata questa, restava o l'assoluto *Willensrationalismus* dell'Io fichtiano o il *Geist* hegeliano. Ma se, come sosteneva Lask, nessuna delle due possibili soluzioni alternative 'classiche' doveva essere abbracciata, il problema della conoscenza storica — dell'intelligibilità della *geschichtliche Wirklichkeit* — era destinato a restare irrisolto, mentre le aporie ad esso interne erano destinate a svilupparsi al massimo.

Ma in Kant il dualismo derivante dalla cesura tra mondo fenomenico e mondo noumenico era veramente tale? O poteva anche essere interpretato nel senso del rapporto fra la cosa in sé e la sua propria veste apparente (*Erscheinung*), dunque nei termini di un monismo ultimo, imposto dall'unità ontologica fondamentale di essere e apparire? Inoltre — sostiene Kaufmann a questo proposito — la « natura » è in Kant non solo l'apparire fenomenico da ricomprendere nel quadro delle leggi generali, ma anche un « concetto di valore » (*Wertbegriff*). Ovvero: « natura » è anche — soprattutto — l'*ordre naturel* situato dietro le *Erscheinungen*, l'immagine del momento noumenico che si rivela nell'etica e nella storia, valorizzando la natura metafisica dell'uomo nella sua vita individuale e collettiva. E se anche si deve ammettere che questo mondo noumenico risulti kantianamente sottratto alla conoscenza pura, non potendo farsi oggetto

(59) *Fichtes Idealismus und die Geschichte* (1902), in *Ges. Schriften*, cit., Bd. I, pp. 1-274.

della ragione teoretica, tuttavia va detto che senza di esso sarebbe impossibile la benché minima comprensione del mondo reale, il quale è composto non già dai soli « fatti », ma dai fatti ravvivati da un « significato » che non « esiste », ma « vale ».

Così, secondo Lask, occorre in primo luogo che la riflessione teorica sappia tematizzare il problema specifico della validità (*Geltung*): sappia cioè divenire filosofia della validità, ovvero porre in luce il senso peculiare della modalità del valere (*Gelten*), differenziandola sia dall'esistere fattuale che dall'essere metafisico. Sulla scia delle dottrine di Lotze, da una parte, e di quelle del diretto maestro Rickert dall'altra, Lask osserva come l'opposizione di esistenza e validità nei termini di un ' essere ' e di un ' non essere ' si riveli frutto di eccessiva indulgenza nei confronti del positivismo, il quale ammette come reale soltanto ciò che è sensibile, ovvero sperimentabile con i sensi. Con una più esatta terminologia si può parlare invece di distinzione tra realtà e validità come tra « essere sensibile » e « essere non sensibile » (« *Sinnlichseiend* » e « *Nicht-Sinnlichseiend* ») ⁽⁶⁰⁾. Per Lask occorre inoltre stabilire se davvero la sfera del non sensibile coincida completamente con quella della validità. Apparireà chiaro allora che non è affatto così: vi può essere senz'altro qualcosa di esorbitante sia dalla sfera dell'essere sensibile, sia dalla sfera dell'essere non sensibile in quanto sfera della pura validità. Questo qualcosa è il valore sovra-sensibile teorizzato dalla metafisica classica — da cui tuttavia la *Geltungsphilosophie* intenderà mantenersi costantemente distinta ⁽⁶¹⁾.

Per Lask si poteva affermare, insomma, che la filosofia della validità sarebbe riuscita a perseguire meglio le sue mete qualora avesse rinunciato apertamente ad accollarsi il « fardello della metafisica », mantenendosi cioè libera da ogni « amoreggiamen-

⁽⁶⁰⁾ E. LASK, *Die Logik der Philosophie und die Kategorienlehre*, in *Gesammelte Schriften*, cit., Bd. II, p. 6.

⁽⁶¹⁾ *Ibid.*, p. 8. — Sul concetto, più volte ribadito da Lask, secondo cui la filosofia della validità deve mantenersi ' ben lontana ' dalla strada già percorsa dalla metafisica, cfr. particolarmente il bel saggio di G. LUKÁCS, *Emil Lask*, in « *Kantstudien* », XXII, 1918, pp. 349-370, che chiarisce e nello stesso tempo approfondisce la tematica dell'ultimo Lask.

to » (*Liebäugeln*) con la metafisica⁽⁶²⁾. Nulla di più distante da queste concezioni di quanto lo fosse il pensiero di Kaufmann, per il quale l'abolizione della « cosa in sé » — tipica della scuola sud-occidentale — rappresentava invece una vera e propria lacuna metafisica. Il rigido dualismo kantiano, di cui Lask era uno dei teorici più problematici, andava pertanto — a parere di Kaufmann — rivisto a fondo partendo dalle sue stesse premesse logiche. Si sarebbe visto così che l'antitesi classica di forma e contenuto è, nella sua radicalità, relativa all'ambito della sola ragione teoretica e del giudizio determinante, mentre sotto tutti gli altri punti di vista i due elementi non sono dissociati e contrapposti, ma 'connessi' e 'aderenti'

⁽⁶²⁾ *Ibid.*, p. 9. — Come nota con acutezza C. Rosso, *Figure e dottrine della filosofia dei valori*, Torino 1949, della cui esposizione mi sono finora avvalso ampiamente a proposito di Lask, « il grande significato della dottrina del Lotze stava nel fatto che essa, accanto all'essere sensibile e all'essere sovrasensibile, aveva scoperto un terzo regno, il regno della validità, dimostrando così in modo decisivo l'insufficienza del tradizionale dualismo di sensibile e sovrasensibile. (...) Ma la filosofia antica e, per gran parte, quella moderna, non tiene affatto conto di questa terza sfera; il domma rigorosamente proclamato da Kant, che cioè la conoscenza si estende al solo mondo della sensibilità, domina pesantemente tutta la filosofia rendendola una pura e semplice 'metafisica della natura'. Si considera come indiscutibile che la teoria della conoscenza sia soltanto la teoria della conoscenza dell'essere, che la dottrina delle categorie sia soltanto la dottrina delle categorie dell'essere. Ma occorre rovesciare questo pregiudizio, occorre fondare una logica la quale abbia per oggetto, accanto al mondo dell'essere, il mondo della validità, accanto alle categorie dell'essere, le categorie della validità. Ora, poiché il conoscere filosofico, in quanto conoscere dell'essere, si attua mediante principii, proposizioni e categorie che, innervando e costituendo l'essere, ne superano l'empirica fuggevolezza e lo sovrastano come forme eterne e necessarie, cioè dotate di assoluta validità, la logica che ha per oggetto il mondo della validità risulta la logica della stessa filosofia. Come infatti la logica sottopone ad esame il procedimento di tutte le scienze, così pure il conoscere filosofico non deve sfuggire a tale indagine critica. Sarebbe il colmo che proprio la filosofia si sottraesse, essa che vuol essere il conoscere per eccellenza. Alla critica kantiana della ragione che conosce la natura, deve opporsi una critica della ragione che conosce filosoficamente » (p. 161).

Cfr. anche, su Lask, E. PACI, *Pensiero, esistenza, valore. Studi sul pensiero contemporaneo*, Milano-Messina 1940, pp. 54-60.

l'uno all'altro finalisticamente. Dunque il punto di vista teoretico è anch'esso relativo, e non esclude — nello spirito di Kant — le altre prospettive, ripristinatrici dell'unità e del monismo teleologico. (A riprova inoltre della relatività dello stesso concetto di 'forma', si pensi al fatto significativo che, nel processo conoscitivo reale, ora quest'elemento, ora quest'altro appare nella veste di 'forma'). I neokantiani invece ipostatizzano il concetto teoretico di forma, quasi che la ragion pura sia l'unica attività possibile dell'intelletto e che il giudizio riflettente e la prospettiva teleologica non abbiano alcuna validità conoscitiva di fronte a quello determinante. Essi conferiscono, nel far ciò, a quella che è una differenziazione meramente prospettica un valore assoluto, scivolando inavvertitamente dall'ambito teorico-conoscitivo a quello ontologico.

Ma per Kaufmann un dualismo che è tale soltanto per chi si voglia porre in una determinata prospettiva conoscitiva, diversa da altre egualmente possibili, non può — ovviamente — essere assunto a fondamento filosofico. La realtà specifica del rapporto forma-contenuto deve invece condurre ad un monismo metafisico ultimo, che non può essere scalfito né, tantomeno, scisso in 'momenti elementari' da una *Erkenntniskritik*. Così, risulta particolarmente interessante richiamare, con Kaufmann, ancora una volta in questo contesto il caso di Rickert, il quale si allontana via via sempre più dal dualismo dominante nelle correnti neokantiane del proprio tempo, per impostare invece una ricerca avente per oggetto il problema del significato (*Sinn*), visto come « terzo regno » tra il *Sein* ed il *Sollen* ⁽⁶³⁾, nonché per richiedere, quale condizione di possibilità nella propria costruzione filosofica, l'esistenza di un « minimo etico trascendente ».

(63) Tema già presente, oltre che nelle *Grenzen*, cit., in *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, Tübingen 1899, e sviluppato da RICKERT nel corso di tutta quanta la sua opera, fino al suo ultimo libro, *Grundprobleme der Philosophie*, Tübingen 1934. Cfr. F. FEDERICI, *La filosofia dei valori di Heinrich Rickert*, Firenze 1933, pp. 28 ss.; R. ARON, *La philosophie critique de l'histoire*, cit., pp. 127 ss.; C. ROSSO, *Figure e dottrine*, cit., pp. 99 ss.; P. ROSSI, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, cit., p. 172 e ss.

Tutto ciò appare tanto più significativo se si pensa che Rickert restò comunque sempre convinto del fatto che la sola base per una filosofia che possa dirsi scientifica sia data dalla critica della conoscenza. Ma questa convinzione, che potremmo definire con Kaufmann « del valore meta-teorico-conoscitivo (« der über-erkenntnistheoretischen Bedeutung ») della teoria della conoscenza », avrebbe dovuto necessariamente essere fondata su un diverso piano, inevitabilmente 'metafisico'. O credeva invece Rickert — si chiede Kaufmann⁽⁶⁴⁾ — di poter giungere a dimostrare la propria tesi mantenendosi sul piano stesso della teoria della conoscenza? Già in Windelband, però, cui Rickert si richiama, « la teoria della conoscenza è ben lungi dal costituire la premessa o la verifica della metafisica: essa fa tutt'uno con la metafisica »⁽⁶⁵⁾. Pertanto, l'essenza della verità deve, secondo Windelband, consistere nella « necessità materiale immanente dei contenuti della rappresentazione » (« in der immanenten sachlichen Notwendigkeit der Vorstellungsinhalte »)⁽⁶⁶⁾. Ed anche se in tale definizione non è detto forse quanto è realmente decisivo, ovvero quale tipo di « materialità » (« Sachlichkeit ») e di « necessità » (« Notwendigkeit ») si intenda come specificamente conoscitivo e veritativo, in essa è espresso chiaramente che ciò che conta sono i « rapporti tra i contenuti della rappresentazione »: sono questi infatti a formare il vero e proprio 'oggetto' della conoscenza, su cui si misura l'esattezza o l'inesattezza (« Richtigkeit oder Unrichtigkeit ») del procedimento conoscitivo stesso.

La teoria della conoscenza della scuola sud-occidentale nel suo complesso oscilla in continuazione, agli occhi di Kaufmann, tra i poli dell'empirismo assoluto e del razionalismo assoluto, propendendo maggiormente ora per l'uno, ora per l'altro aspetto. Ora essa dice: la verità consiste in una corretta relazione tra la coscienza (*Bewusstsein*) e l'essere; ora che essa è una sintesi idealistica tra i due, ora infine una necessità mate-

⁽⁶⁴⁾ *Kritik*, p. 39; *GS* III, p. 295.

⁽⁶⁵⁾ « ... geht die Erkenntnistheorie weder der Metaphysik voraus, noch folgt sie ihr, sie ist weder die Voraussetzung noch die Rechenprobe der Metaphysik, sondern sie ist die Metaphysik selbst » (W. WINDELBAND, cit. in KAUFMANN, *Kritik*, ibid.).

⁽⁶⁶⁾ Cit. in *Kritik*, p. 41; *GS* III, p. 206.

riale dei contenuti della rappresentazione. Quanto alla formula, che racchiude in sé un po' tutto quanto il senso del neokantismo, nella sua versione sud-occidentale così come in quella marburghese, secondo cui la conoscenza è essa stessa « produttiva del proprio oggetto », non semplice condizione, ma elemento costitutivo dell'obiettività, essa risente dell'influenza di tutte e tre le precedenti definizioni, le quali corrispondono — come è evidente — a diverse, e talora opposte, visioni del mondo — disposte in un *continuum* che, sul filo della funzione realmente svolta dal concetto di 'forma' all'interno della teoria della conoscenza⁽⁶⁷⁾, procede dal criticismo più rigido, aperto sostenitore del superamento della prospettiva metafisica nella 'filosofia della validità', fino al recupero idealistico di una nozione sostanziale della ragione, ed alla conseguente rivalutazione del significato di una metafisica positiva.

Da quanto si è detto finora risulta sufficientemente chiarito, almeno nei suoi tratti generali, il carattere aporetico che Kaufmann attribuisce alla costruzione teoretica neokantiana. Tale carattere spicca in particolar modo se si pone attenzione al ruolo ambiguo dalle forme categoriali che dovrebbero essere garanti dell'obiettività. Esse infatti appaiono al tempo stesso sia come collegate all'« ideale » di un soggetto che conosce il mondo, sia come « idee di una totalità », sia ancora come « rappresentazioni di un compito (*Aufgabe*) ». Ora, come possa una « vuota forma astratta » diventare di volta in volta 'totalità', 'ideale', 'compito', resta davvero incomprensibile. Il soggetto, anche se lo si concepisce « capace di riconoscere tutte le norme trascendentali, dal cui riconoscimento sono poste in luce le forme della realtà obiettiva »⁽⁶⁸⁾, resta pur sempre un soggetto il quale pone in atto un collegamento con le forme, ma — nello svolgersi dello schematismo — non può conoscere quali siano

(67) Fondamentale, su questi punti, la trattazione di A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova 1962.

(68) « ... ein Subjekt, das alle die transzendenten Normen anerkennt, durch deren Anerkennung die Form der Gegebenheit und die Formen der objektiven Wirklichkeit entstehen... » (*Kritik*, p. 45; *GS* III, p. 209).

le forme, né capire in che modo avvenga il collegamento tra di esse ed i singoli contenuti dell'esperienza.

La realtà insomma, per Kaufmann, « ist eben nicht nur brutal, sondern auch hart »⁽⁶⁹⁾: essa non si lascia ricondurre senza residuo alle categorie e dissolvere nelle forme della sintesi.

c) *I limiti della filosofia del diritto neokantiana alla luce della « Rechtsidee ».*

Dopo essersi a lungo soffermato sugli aspetti filosofico-teoretici della prospettiva neokantiana, Kaufmann intraprende il tentativo di mostrare in quale direzione le aporie del formalismo avrebbero potuto, a suo giudizio, essere avviate a soluzione — soprattutto nel campo della problematica giuridica. Inizia così a prender forma, per l' 'organicista' Kaufmann, il pensiero sulla « *Rechtsidee* », che — sviluppandosi nelle opere successive, e pervenendo infine ad una sorta di « istituzionalismo giusnaturalistico », — occuperà il centro tematico delle riflessioni kaufmanniane⁽⁷⁰⁾.

In questo stadio di elaborazione dottrinale Kaufmann si trova ancora immerso nella *pars destruens*, costituita dalla critica al positivismo giuridico ed alle sue premesse di metodo, cosicché il tema della « *Rechtsidee* » risulta quasi esclusivamente legato alla problematica svolta negli anni '10-'20 del secolo dai varii Stammler e Binder, nella quale la connessione con il concetto 'materiale' di giustizia è ancora posta in ombra, assieme allo sforzo costruttivo di enucleazione dei contenuti positivi di esso.

In tutta la riflessione filosofico-giuridica espressa dalla scuola sud-occidentale può essere riscontrata, come si è visto, la tendenza a svuotare l'idea del diritto da ogni contenuto sostanziale ed a ripiegare, di conseguenza, nel campo ristretto della metodologia positivista, per far svolgere in esso alla filosofia un ruolo apertamente ausiliario⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁹⁾ *Ibid.*, p. 47; GS III, p. 209.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. *oltre*, capitoli IV e, specialmente, V.

⁽⁷¹⁾ Cfr. KAUFMANN, *Kritik*, cit., p. 49: « Konnte nach alledem der südwestdeutsche Neukantianismus eine eigentliche Rechtsphilosophie nicht begründen, so konnte er auf der anderen Seite durch sein Einmünden in den Rechtspositivismus und seine Tendenz, philosophische Fragen in methodo-

Nessuno dei teorici venuti in contatto con la scuola sfugge a questa tendenza. Così Lask, il quale « pone certamente in guardia dai pericoli derivanti dal purismo della giurisprudenza formalistica, ma apprezza anche fundamentalmente tale purismo, in quanto corrispondente alle esigenze di una 'scienza formale della cultura', e giunge a ravvisare nell'attività formalizzante l'ideale dell'elaborazione teorico-giuridica »⁽⁷²⁾. E così pure Binder, in cui la *Rechtsidee* finisce necessariamente per essere sacrificata al positivismo giuridico più radicale — esito obbligato in cui sfocia l'idealismo hegeliano dell'autore⁽⁷³⁾.

In questa giurisprudenza formalistica, la quale finiva per avalare quella sorta di « scienza giuridica senza il diritto » di cui già si è detto, l'ideale della purezza — sostiene Kaufmann — « diveniva qualcosa come un feticcio cui sacrificare », e non ci si accorgeva che « nulla più era rimasto dell'idea del diritto, nelle vuote forme dogmatiche e concettuali con cui la pratica giuridica costringeva ad operare »⁽⁷⁴⁾. L'idea del diritto deve al contrario giun-

logische Fragen aufzulösen, die Methodenlehre der positiven Rechtswissenschaft fördern und anregen » (GS III, p. 211). Ed ancora, riguardo a Binder: « Karl Schmitt-Dorotic hat richtig beobachtet, wenn er in seiner Besprechung von Binder hervorhebt: "Aber das Auffällige an Binders Rechtsidee ist, dass sie nach den mehrfach zitierten Umschreibungen verabschiedet und insbesondere bei der Erörterung des juristischen Bearbeitung des positiven Rechts ausdrücklich ignoriert wird". Das ist jedoch nicht 'auffällig', sondern im Kern des südwestdeutschen Kritizismus begründet. Die Wissenschaft des positiven Rechts (...) betätigt sich, als wären Rechtsnorm und Rechtsidee nie gewesen... » (*ibid.*).

N. BOBBIO, confermando questa « non casualità », osserva giustamente che « sistemi completi di filosofia del diritto » elaborati da meri filosofi (come Giovanni Gentile), o anche da giuristi i quali tuttavia si muovono in una prospettiva esclusivamente filosofica (è il caso della *Grundlegung zur Rechtsphilosophie* di Binder), « sono quei sistemi cui i giuristi volgono sdegnosamente le spalle, assumendo quell'atteggiamento caratteristico di agnosticismo filosofico che consiste nella rassegnata ammissione di una doppia verità ("Ciò sarà vero per il filosofo ma non è vero per me") » (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 41).

⁽⁷²⁾ *Kritik*, pp. 51-52; GS III, p. 213.

⁽⁷³⁾ Cfr. sull'argomento l'esauriente saggio su Binder (del 1947) di V. PALAZZOLO, ricompreso ora in *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, Milano 1983.

⁽⁷⁴⁾ *Kritik*, p. 52; GS III, p. 213.

gere ad illuminare compiutamente l'orizzonte della prassi concreta, là dove il 'giuridico' confina con il 'politico'. E Kaufmann rimprovera qui ai propri critici — mossi, come egli dice, da « cecità razionalistica », — di non aver correttamente compreso, nel loro esame delle tesi del *Wesen des Völkerrechts*, il senso genuino dell'accostamento tra « *Recht* » e « *Macht* » in esse istituito.

Così Heller sbaglia nel ritenere, coerentemente con le proprie premesse dualistico-razionalistiche, che nel *WdV* il diritto appaia fondato sul potere, quasi in omaggio ad un preteso « *Machtmonismus* »⁽⁷⁵⁾. Quella che nel libro del 1911 viene sostenuta è invece — replica Kaufmann — una tesi ben diversa: ovvero che « il problema del potere non deve essere pensato indipendentemente, o addirittura in opposizione, a quello del diritto »⁽⁷⁶⁾. Nessun « *Machtmonismus* » muove in realtà il *WdV*, benché (aggiungeremmo noi) in esso siano presenti passi indubbiamente assai ambigui in tal senso⁽⁷⁷⁾. Secondo quella che dovrebbe essere l'« interpretazione autentica » di Kaufmann, il nucleo del ragionamento è contenuto tutto nella seguente proposizione: « diritto e potere non sono una sola cosa, ma devono diventar-

(75) H. HELLER, *Die Krisis der Staatslehre*, in « Archiv der Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », LV, 1926, pp. 289-316, spec. 291-2; *Staatslehre*, cit., pp. 194-197; 219; *Die Souveränität*, Berlin 1927, pp. 148 ss.

(76) « Ich sprach von dem "dem Staate immanenten Machtgedanken", wie ja jedes soziologische Phänomen, jede "soziologische Gruppe" ein "Machtelement" enthält: d.h. überhaupt soziologische "Wirklichkeit" und den Willen zur "Wirksamkeit" besitzt. Aber ich sage zugleich: "die Macht als solche genügt nicht". Was ich bekämpfe, ist "die einseitige Betrachtung der Macht als Gegensatz zum Recht". Ich sage, "dass der Staat seiner Idee nach auf der (prästabilierten) Harmonie von Recht und Macht beruht"; aber es sei natürlich "eine absolute Garantie und eine mechanisch wirkende Veranstaltung" nicht gegeben, "dass immer nur das 'Richtige' gekonnt wird", da das von allen möglichen "irrationalen Faktoren" abhängt. "Macht und Recht scheinen nur einer oberflächlichen, an der Verhältnissen der einzelnen Individuen haftenden bleibenden Betrachtung Gegensätze zu sein: sie sind in der Weltordnung dazu bestimmt, sich zu suchen und zu finden" » (KAUFMANN, *Kritik*, pp. 67-68; *GS III*, p. 223. Le citazioni sono tratte dal *Wesen des Völkerrechts*, cit., pp. 140; 148; 152-3).

(77) Cfr. *sopra*, cap. II, pp. 76 ss.

lo »⁽⁷⁸⁾, in cui è evidente che il raggiungimento dell'unità resta un compito tendenziale, una « *Aufgabe* » in direzione della quale si muove l'idea del diritto.

Ancora una volta è Gierke l'autore che esprime con maggiore chiarezza questa posizione teorica fondamentale che Kaufmann rivendica a sé: come ricordano le pagine classiche del 'finale' dell'*Althusius*, « l'unità di diritto e forza è una profonda esigenza della natura spirituale dell'uomo; il loro contrasto è stato sempre sentito come un'imperfezione. Un tale sentimento è la migliore dimostrazione dell'esistenza di un diritto senza forza e di una forza senza diritto; ma è al tempo stesso un vivo impulso a realizzare l'unità di diritto e forza, poiché alla lunga la coscienza umana non può tollerare quel dissidio. Perciò il diritto che non è capace di farsi valere scompare dalla coscienza collettiva e cessa quindi di esser diritto. Ma la forza che esiste senza il diritto, deve, per affermarsi, esser riconosciuta dalla coscienza generale come conforme al diritto e si trasforma quindi, da quel momento, in diritto »⁽⁷⁹⁾. E nulla toglie a questa tensione, sorretta dal puro dover essere, la verità contenuta nella spietata notissima *Pensée* di Pascal⁽⁸⁰⁾, la quale non può in alcun modo venire o p p o s t a a Gierke, ma deve invece essere vista come l'« altra faccia » realistica del problema: non interferente con la forza prescrittiva della *Rechtsidee*.

⁽⁷⁸⁾ « Macht und Recht sind nicht eins; aber sie sollen eins werden... » (*Kritik*, p. 68; *GS* III, p. 223). Questo punto è illustrato con chiarezza dal saggio del Freiherr von der HEYDTE, *Das rechtsphilosophische Anliegen Erich Kaufmanns - Versuch einer Deutung*, in *Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für Erich Kaufmann*, cit., pp. 103-121 (spec. pp. 111-112).

⁽⁷⁹⁾ O. v. GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1880), trad. it. Torino 1943, p. 242.

⁽⁸⁰⁾ « È giusto che quel che è giusto sia seguito, ed è necessario che quel che è più forte sia seguito. La giustizia scompagnata dalla forza è impotente, la forza scompagnata dalla giustizia è tirannica. La giustizia senza forza viene contraddetta, perché ci sono sempre malvagi; la forza senza la giustizia viene riprovata. Bisogna, dunque, congiungere la giustizia e la forza, facendo in modo che quel che è giusto sia forte e quel che è forte sia giusto »; « (...) ma, non potendosi fare in modo che sia forza obbedire alla giustizia, si è fatto in modo che sia giusto obbedire alla forza; non essendosi potuto rendere forte la giustizia, si è giustificata la forza... » (*Pensées*, éd. Brunschvicg, 298, 299).

Colpisce qui il fatto che Kaufmann, difendendo in questa sede dai suoi critici neokantiani, si scopra in fondo ben più aderente di loro allo spirito originario del kantismo⁽⁸¹⁾; così come colpisce pure che egli, muovendo contro il relativismo etico di un Binder, in base al quale non si riusciva a capire « p e r c h é una banda di ladroni non potesse costituire, a pari titolo, una comunità giuridica »⁽⁸²⁾, attribuisse le manchevolezze della dottrina binderiana essenzialmente alla rinuncia da questa operata ad approfondire il problema della funzione direttiva concreta svolta dalla *Rechtsidee*.

Ma va detto che tale funzione non esclude la presenza nel diritto di un elemento di potere (« *Machtelement* ») irriducibilmente antitetico, anzi: in quanto realtà a n c h e sociologica, il diritto implica questa presenza. Ciò che, in ogni caso, occorre ricordare è che il diritto, il quale viene a porsi in stretto contatto con gli interessi concreti espressi dalla comunità dei consociati, non è in alcun modo concepibile come una c o n s e g u e n z a di questi. Al contrario, la giustizia (« *Richtigkeit* ») e la validità universale (« *Allgemeingültigkeit* ») del diritto procede non già dagli interessi in quanto tali, ma « dal v a l o r e obiettivo che la collettività attribuisce agli interessi »⁽⁸³⁾. Se ciò è vero, si deve ammettere per Kaufmann che nella *Rechtsidee* sia obiettivato un nucleo di valore (non solo formale) che consente di misurare la « giustizia dei fini » interni alla comunità, selezionando i « *richtige Ziele* »⁽⁸⁴⁾.

(81) Così KAUFMANN « Der Unterschied zwischen Kant und dem Neukantianer zeigt sich aber wieder darin, dass bei jenem das Ding an sich die Brücke schlägt, die bei diesem fehlt. Denn bei Kant soll die Rechtsordnung nur nicht aus der empirisch-psychologischen Natur des Menschen verstanden werden, dagegen ganz in der n o u m e n a l e n N a t u r des Menschen, in der intelligibelen Ordnung des Dinges an sich begründet sein » (*Kritik*, p. 91; *GS* III, p. 238). Cfr. in questo senso soprattutto i §§ 7: *Der Begriff des Rechts bei Kant und den Neukantianern*, e 10: *Die soziologische und die rechtliche Auffassung gesellschaftlicher Erscheinungen della Kritik*.

(82) Cit. in *Kritik*, p. 68; *GS* III, p. 223. Cfr. V. PALAZZOLO, *op. cit.*, parte prima, cap. I del saggio su Binder; L. NELSON, *op. cit.*, cap. X: « *Der privatrechtliche Nihilismus bei Julius Binder* », pp. 204 ss.

(83) E. KAUFMANN, *Wesen des Völkerrechts*, cit., p. 190.

(84) *Kritik*, p. 69; *GS* III, p. 224.

Il neokantismo invece, tutto proteso nel tentativo di demetafisicizzare la dottrina kantiana originale e di formalizzarla, sostiene a) la riduzione dell'etica a etica formale dell'intenzione (« *formale Gesinnungsethik* »); b) la riduzione corrispondente del diritto a mezzo per il conseguimento degli scopi dell'eticità formale: semplice « macchinario empirico » (« *empirische Maschinerie* ») limitato al controllo delle condizioni esterne di possibilità della convivenza sociale.

Anche là dove il neokantismo non radicalizzava il proprio formalismo, e cercava di determinare in altro modo il concetto di diritto, esso doveva tuttavia — se voleva rimanere conseguente — ammettere l'inevitabilità della duplice tendenza riduzionistica: il postulato che veniva in ogni caso mantenuto era che l'idea del diritto (*Rechtsidee*), ovvero quanto vi è di propriamente 'giuridico' nel diritto, debba essere determinata solo in modo negativo, dando risalto — per converso — agli elementi della legalità, coercibilità, regolamentazione esterna, eteronomia. Inutile osservare che tutto ciò pone il diritto ad un gradino inferiore della sfera pratica, esattamente come era avvenuto nella filosofia del diritto di Hegel, il quale aveva fatto del diritto, valutato esclusivamente in senso 'soggettivo', nient'altro che una 'tesi' da superare nella moralità⁽⁸⁵⁾.

Era stato quindi, secondo Kaufmann, grande merito di Stammler aver tentato di determinare più positivamente il significato del diritto. Malgrado ciò, l'omaggio reso da quest'ultimo *in extremis* alla fede neokantiana aveva fatto sì che i suoi criteri di valutazione obiettiva, i suoi *Grundsätze des richtigen Rechts* ed il suo concetto di « ideale sociale », si esaurissero in mera tautologia. L'unico concreto tentativo da parte neokantiana di determinare il diritto in modo non solo negativo e formale, ma anche contenutistico, doveva essere così la qualificazione del diritto come « minimo etico »⁽⁸⁶⁾. Questa formula, coniata da Jellinek, era stata accettata da Windelband e Lask. Ma anche a voler prescindere dal fatto che una tale gradazione etica tra un 'massimo' ed un 'mi-

(85) Cfr. su questo punto il saggio di KAUFMANN, *Hegels Rechtsphilosophie* (1931), ora in *GS* III, pp. 285-296.

(86) *Kritik*, p. 55; *GS* III, p. 215.

nimo' è teoricamente debole e di fatto impossibile, si apre qui una netta contraddizione con la concezione dell'etica come *formale Gesinnungsethik*. Tale contraddizione consiste essenzialmente nel fatto che da una parte si presuppone che determinati contenuti etici vi siano, senza che dall'altra sia detto con chiarezza dove essi si trovino, ovvero come essi possano essere conosciuti e raggiunti.

Se il neokantismo procede in maniera conseguente sulla via della formalizzazione, le sfere del diritto e dell'eticità, ridotte rispettivamente a legalità e moralità soggettiva, non possono che fissarsi in due momenti definitivamente separati: collegati soltanto dal debole concetto generale del comportamento 'pratico'. Se ognuna di tali sfere separate riesce poi egualmente a determinare, sul proprio piano, gli stessi contenuti obbligatori dell'altra, ciò accade evidentemente per puro caso, e l'unità culturale — condizione primaria di possibilità della comunicazione pacifica tra gli uomini — non può che andare in frantumi. A queste conseguenze logiche porta inevitabilmente, secondo Kaufmann, il dualismo di legalità e moralità, accompagnato dalla riduzione del diritto a semplice tecnica sociale, priva di contenuto spirituale e di valore suo proprio.

Così, stando alla radicale critica kaufmanniana, il neokantismo diventa — per un classico caso di eterogenesi dei fini — l'esatto contrario di ciò che intendeva essere: partito dall'esigenza ideale (« *weltanschauungsmässig* ») di assicurare un regno di valori assoluti al di sopra della realtà, come sostegno e misura di questa, esso approda infine alla triste condizione di « pioniere di ogni *Stimmung* spengleriana, eternamente dubitante di se stessa » e ridotta a ricercare, nel « minimo metafisico » che è proprio anche della filosofia della validità formale, il surrogato del valore perduto. Ma la metafisica è qualcosa di indispensabile: non è « un lusso che ci si possa anche non concedere »⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁷⁾ *Kritik*, p. 98; *GS* III, p. 243: « da Metaphysik etwas Unvermeidliches ist: sie ist kein Luxus, den man auch nicht treiben könnte... ».

CAPITOLO IV

« VOLKSWILLE » E « RECHTSIDEE » TRA TEORIA POLITICA E DIRITTO COSTITUZIONALE

« So ist der notwendige Ausgangspunkt aller Verfassungstheorie die Erkenntnis dessen, was Volksgeist und Volkswille wirklich sind. (...) Ein moralisch unkorruptierter und instinkt- oder erkenntnismässig von den Wesensgesetzen des politischen Lebens und den Geboten der zeitlichen Wirklichkeit durchdrungener Volkswille wird wesens- und wirklichkeitsfremde Illusionen und Ideologien abstossen, die Formen und Organisationen schaffen, die er braucht, und diese Formen und Organisationen mit politischem und ethischem Sinn zu handhaben wissen ».

(E. KAUFMANN, *Zur Problematik des Volkswillens*, 1931).

Si è già visto come la critica al formalismo neokantiano e alla dogmatica giuridica positivistica sia valsa a sgombrare il campo alla domanda filosofica fondamentale sulla *Rechtsidee*. È quest'ultima domanda, ora, che deve essere esplicitata alla luce degli scritti più maturi di Kaufmann: quelli datati a partire dagli anni '30 — testimoni del rapido susseguirsi di ideologie politiche e di prospettive teoriche contrastanti, sulla scena europea.

La domanda fondamentale sulla *Rechtsidee*, affrontata seguendo la prospettiva di Kaufmann, va dunque — a mio avviso — scissa nei seguenti tre interrogativi, posti tra loro in rapporto di successione logica: *a*) Qual è la natura della *Rechtsidee*, sotto il profilo più propriamente speculativo? *b*) Quale la sua concreta funzione? *c*) Quali sono, infine, le sue conseguenze sul diritto positivo, — le sue applicazioni e realizzazioni negli ambiti specifici del diritto costituzionale e di quello internazionale?

Naturalmente, l'ordine dell'esposizione non potrà seguire che in minima misura il rapporto di successione logica in cui sono posti i tre interrogativi. La trattazione vedrà infatti anteposto (almeno in parte) il terzo problema, nell'ipotesi che esso sia in grado di illuminare, alla luce del 'concreto' e dello 'storicamente realizzato', la natura essenzialmente teorica dei primi due. Soprattutto le questioni giuridico-costituzionali ruotanti attorno alla definizione dei « diritti fondamentali (« *Grundrechte* ») e delle modalità d'espressione della « volontà popolare » (« *Volkswille* ») costituiranno il centro tematico delle riflessioni kaufmanniane sulla realizzazione concreta della *Rechtsidee*. In seguito, nel capitolo V, sarà la volta delle principali questioni giuridico-internazionali sollevate dalla prospettiva teorica kaufmanniana e dalla concezione del « fondamento non scritto » del diritto, che il primato dell'idea di giustizia in sé comporta.

Dall'insieme di tali questioni si comprenderà come l'impostazione teorica organicistica fino a questo punto sostenuta da Kaufmann sia progressivamente, non dirò già del tutto 'riassorbita', ma piuttosto volontariamente 'ricondata' nell'alveo di una dottrina giusnaturalistica preoccupata di porre dei limiti all'arbitrio 'decisionistico' del diritto positivo statale. Sarà allora soprattutto il concetto di istituzione giuridica, in quanto prodotto visibile di un *ethos* obiettivo —: creazione della vita concreta del diritto e, contemporaneamente, frutto della positivizzazione di principi generali emanati dall'idea del diritto, — a fornire la dimensione dell'intero ragionamento.

Da ciò scaturisce anche una possibile via di risposta ai primi due interrogativi teorici sulla *Rechtsidee* esposti poco sopra. Per Kaufmann è infatti dalla considerazione ontologica dell'istituzione come « *Dingbegriff* » (in opposizione al neokantiano « *Relationsbegriff* ») che, con un visibilissimo richiamo alla metafisica istituzionalistica di Maurice Hauriou⁽¹⁾, il concetto generale di diritto può essere convincentemente illuminato.

Ma si proceda anche qui con ordine. Quel che occorre in primo luogo esaminare è il modo in cui Kaufmann — arroccato

(1) Nel breve saggio *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung*, in « Veröffentlichungen der Vereinigung

in una minoritaria posizione antipositivistica nel quadro della dottrina del diritto pubblico tedesca degli anni '30, dominata dai vari Anschütz e Thoma⁽²⁾; — svolge alcune delle tematiche costituzionalistiche più urgenti muovendo dalla propria concezione della *Rechtsidee*.

a) *I diritti fondamentali alla luce della « Rechtsidee » ed i « concetti giuridici reali » (« juristische Dingbegriffe »).*

La tematica dei diritti fondamentali (« *Grundrechte* ») assume pieno rilievo, all'interno del dibattito pubblicistico tedesco tra le due guerre, in particolar modo grazie ai convegni della « *Ver-einigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* » del marzo 1926 e 1927, dedicati rispettivamente alle questioni generali dell'egua-

der Deutschen Staatsrechtslehrer », 3, 1927, KAUFMANN — contrapponendosi alle astratte dottrine razionalistiche del diritto naturale — sostiene in questo senso: « Demgegenüber gilt es wieder eine institutionelle Auffassung zur Geltung zu bringen, wie dies in Frankreich namentlich Maurice HAURIUO gefordert hat, und die Phänomene der sittlichen Ordnung als objektive Institute der sittlichen Weltordnung zu begreifen, die ihre spezifische Gesetzlichkeit haben. Alle diese Institute haben ein ihnen eigentümliches τέλος ... » (GS III, p. 258).

Il pensiero di M. HAURIUO sarà da Kaufmann particolarmente considerato, nel campo del diritto internazionale, nell'opera *Règles générales du droit de la paix*: cfr. il cap. V seguente.

(2) Come tiene a ricordare KAUFMANN nella premessa del 1960 al volume *Rechtsidee und Recht*, cit., delle GS, « gegen die von ANSCHÜTZ und THOMA vorgebrachten Bedenken, dass die institutionelle Auffassung nicht 'juristisch', sondern politisch sei, habe ich ausgeführt, dass hinter den juristischen 'Relationsbegriffen', in denen das geschriebene Recht zum Zwecke der Subsumtion der Tatbestände formuliert ist, juristische 'Dingbegriffe' stehen, die jenen erst Sinn und Gehalt geben, dass also eine Methode, die von diesen Dingbegriffen ausgeht, nicht aufhört juristisch zu sein, sondern erst wirklich juristisch ist » (ivi, p. XXX).

Di G. ANSCHÜTZ va soprattutto ricordata l'opera *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, Berlin 1930/10; di R. THOMA, il classico *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Tübingen 1932. Anschütz e Thoma erano forse i principali commentatori teorici del diritto pubblico weimariano, e la loro dottrina costituiva il punto di riferimento più autorevole nel dibattito del tempo.

glianza di fronte alla legge e del diritto di espressione⁽³⁾. I contributi portati da Kaufmann ai due convegni sono della massima importanza per il nostro tema, soprattutto perché in essi Kaufmann affronta per la prima volta in maniera esplicita il nesso filosofico che lega principii generali, non scritti, del diritto ed istituzioni giuridiche concrete.

Il riferimento alla tradizione del diritto naturale è evidente: si tratta qui infatti, secondo Kaufmann, di affermare con forza la presenza di principii giuridici posti al di sopra del diritto legale, ai quali anche il legislatore è vincolato, secondo la classica intuizione giusnaturalistica. Il teorico muove insomma dalla convinzione per cui ciò che si situa dietro il diritto valido « non è meno reale di quanto lo sia l'ordinamento positivo vigente, e che anzi proprio in questi incontestabili principii giuridici retrostanti consiste la vera realtà cui occorre rifarsi, se si vuole creare nuovo diritto o valutare giuridicamente i fatti »⁽⁴⁾. La « legge » (positiva) viene così ad essere separata dal « diritto » e ad esso subordinata nettamente, tanto che « solo se determinati principii giuridici supremi non sono violati, la legge può produrre realmente diritto »⁽⁵⁾. Nel caso, poi, del principio generale di eguaglianza, va detto — secondo Kaufmann — che esso subisce una radicale trasformazione, quanto alle proprie condizioni di pensabilità, nel passaggio storico — avvenuto agli inizi dell'evo moderno — dal diritto naturale 'assoluto' della tradizione cristiana al diritto naturale 'razionalistico' dell'illuminismo: è qui infatti che appare in modo chiaro come il principio di eguaglianza di fronte alla legge altro non sia

(3) Oltre al saggio sulla *Gleichheit vor dem Gesetz* di cui si è già detto, il contributo kaufmanniano si era concretato nell'anno 1927 nella breve ma densa comunicazione *Juristische Relationsbegriffe und Dingbegriffe*, apparsa nelle « Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer », 4, 1928, quale intervento sulla relazione di R. SMEND avente per oggetto il « Recht der freien Meinungsäußerung ». L'altra relazione principale era stata di K. ROTHENBÜCHER (cfr. « Archiv des öffentlichen Rechts », XIII, 1927).

(4) « ... nicht minder real ist als die geltende positive Ordnung, ja dass es das wahrhaft Reale ist, in dem wir mit dem Besten in uns wurzeln, wenn wir schaffen wollen am Recht und wenn wir das rechtliche Geschehen beurteilen wollen » (*Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., in GS III, p. 247).

(5) *Ivi*, p. 249.

che la secolarizzazione del principio dell'eguaglianza di fronte a Dio.

Il punto fondamentale su cui merita riflettere è che nel primo caso domina la certezza che vi sia un ente personale reale il quale ci giudica secondo giustizia e che il concetto di giustizia sia dunque indissociabilmente legato a quello di una personalità assoluta, mentre nel secondo caso ogni residuo personalistico è abolito e sostituito da una visione affatto diversa, fondata sul primato dell'astratta legalità. Quali le conseguenze di tale verità sotto il profilo del diritto pubblico? Essenzialmente che le forme tipiche della legalità generale ed astratta, subentrate ai canoni di un sistema metafisico personalistico, finiscono ben presto per sottomettere ogni concreto caso dell'esperienza ad un criterio di valutazione di certo trasparente, ma irrimediabilmente 'abbassato' sull'orizzonte del valore. Questo 'abbassamento' rende più difficile, nei destinatari, la convinzione del valore effettivo insito nel principio di valutazione.

Nel caso, poi, in cui il principio in questione sia quello di eguaglianza in senso legalistico, si verifica l'inserimento di una proposizione liberale nel contesto discorsivo. Questa proposizione — vero e proprio criterio di giudizio complessivo — tende però continuamente a trapassare in elemento democratico di valutazione, riguardo ai nuovi fenomeni collegati al *sozialer Rechtsstaat* nascente.

Secondo Kaufmann la differenza tra le forme fondamentali del principio di eguaglianza, intesa come caso esemplare della differenza tra le varie concezioni dei diritti fondamentali — dipende ormai decisamente da un'analisi del concreto, ovvero della realtà storica nelle sue realizzazioni giuridico-costituzionali positive. tale passaggio sotto il profilo del diritto pubblico? Essenzialmente che le forme tipiche della legalità generale ed astratta, subentrate ai Così, i *Grundrechte* della costituzione weimariana si distinguono ormai tra loro solo in virtù di una classificazione che trae origine dalla semplice osservazione dei fatti empirici, senza porre minimamente il problema dell'idea del diritto, che ad ogni costituzione positiva dovrebbe presiedere ⁽⁶⁾.

(6) Su questo punto: E.R. HUBER, *Bedeutungswandel der Grundrechte*, in « Archiv für öff. Recht », 23, NF 1933; spec. p. 15 ss. — Sulla

Malgrado ciò, una classificazione che dia conto della realtà positiva è possibile e facilmente delineabile: con Carl Schmitt⁽⁷⁾ si può distinguere tra le quattro categorie dei *a*) diritti di libertà dell'individuo isolato, *b*) diritti di libertà dell'individuo in relazione con gli altri individui, *c*) diritti dell'individuo in quanto cittadino di uno Stato democratico, *d*) diritti dell'individuo a prestazioni dello Stato.

Le prime due categorie comprendono le garanzie liberali-individualistiche del soggetto e si concretizzano rispettivamente nei singoli diritti: *a*) di libertà di coscienza, di libertà personale, di proprietà privata, di inviolabilità del domicilio, di segreto della corrispondenza, ecc.; *b*) di libertà d'opinione, di l. d'espressione, di l. di stampa, di culto, di associazione, di coalizione (partiti politici), e di concorrenza economica. La terza categoria è quella dei diritti politici democratici quali il diritto di eguaglianza legale, di libera elezione, di petizione, di accesso agli uffici pubblici, ecc. La quarta categoria infine è quella dei diritti e delle rivendicazioni sociali, o — in un senso colorato ideologicamente — socialistiche, comprendente soprattutto il diritto al lavoro, alla cura e all'assistenza, all'educazione.

Anche Kaufmann parte da questa generica classificazione per sostenere il primato logico del principio dell'eguaglianza di fronte alla legge, il quale si pone come una sorta di meta-principio rispetto ai principii. Ma questa concezione non è originaria della dottrina di Kaufmann: anche l'art. 4 della costituzione svizzera ha il merito di esporre in tutta la sua chiarezza il significato e l'estensione che deve assumere l'idea di eguaglianza legale nel diritto positivo: insistendo sul fatto che le differenziazioni create artificialmente dal legislatore debbano essere sempre fondate materialmente (« *sachlich* ») nella 'natura della cosa', e che quindi le

tematica dei *Grundrechte* nella costituzione di Weimar resta fondamentale il trattato in tre volumi *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, hrsg. v. NIPPERDEY, Berlin-Mannheim 1929.

(7) *Verfassungslehre*, cit., § 14: *Die Grundrechte*, pp. 157 ss., ed in part. lo schema di p. 170; cfr. anche A. HENSEL, *Grundrechte und politische Weltanschauung*, Tübingen 1931; F. PIERANDREI, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Torino 1940, spec. pp. 118 ss.

differenziazioni debbano essere giustificate, l'articolo esprime una vera e propria 'legge di costruzione giuridica', vincolante in primo luogo il legislatore⁽⁸⁾. Ciò significa in altre parole ammettere — ritiene Kaufmann — la presenza di un ordine normativo metapositivo, cui il legislatore e lo stesso costituente si devono sottoporre, pena l'inconsistenza del proprio operare⁽⁹⁾. Se è vero che al di fuori di un legame costante con la giustizia (*Gerechtigkeit*), non vi è neppure diritto, il principio di eguaglianza legale svolge allora a questo proposito una funzione logica ben definita, che si traduce — come ci si potrebbe esprimere, — in una 'incursione' dell'etico nel giuridico, mediante la forma di un meta-principio.

Tali principii (o meta-principii) giuridici generali sono inoltre legati in modo profondo alla « *Sache selbst* »: in particolare è il rapporto tra questi principii e l'istituzione, intesa con Hauriou come realizzazione concreta di una « *idée juridique* »⁽¹⁰⁾,

(8) « Die Verschiedenheiten, die der Gesetzgeber aufstellt, müssen sachlich begründet sein, d.h. auf vernünftigen und ausschlaggebenden Erwägungen in der Natur der Sache beruhen derart, dass der Gesetzgeber nur dadurch solche Unterscheidungen dem inneren Zweck der Ordnung der betreffenden Lebensverhältnisse gerecht wird... » (*Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., in *GS III*, p. 253). Sull'argomento, cfr. soprattutto G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, München-Berlin 1959/2a.

(9) « ... das beweist, dass es etwas über den Menschen gibt, dem sie unterworfen sind, dem sie sich unterworfen fühlen, und von dem sie wissen, dass es wirklich existiert. Und zwar nicht nur als etwas bloss Formales. Es handelt sich bei dem Begriff der Gerechtigkeit nicht bloss um eine Methode für Diskussionen, nicht bloss um Diskussionsregeln, wie vielfach behauptet wird, sondern um eine materielle Ordnung, die zu verwirklichen unsere Aufgabe ist, in deren Dienst ein jeder steht, der mit dem Rechte zu tun hat, der Gesetzgeber ebenso wie der Richter. Es handelt sich nicht darum, dass der Gesetzgeber und jeder andere, der mit dem Rechte zu tun hat, bestimmte Regeln und Methoden befolgen soll, sondern sie sollen eine bestimmte materielle Ordnung schaffen, die inhaltlich gerecht ist » (*ivi*, p. 254).

(10) Cfr. in special modo di HAURIOU, oltre che il *Précis de droit constitutionnel* (Paris 1929/2a), la nota *Théorie de l'institution et de la fondation* (« Cahiers de la nouvelle journée », Paris 1925, n. 4). Vale la pena di meditare sulle osservazioni che Hauriou propone circa il processo

che va evidenziata per Kaufmann. Se senza l'istituzione il principio non si realizza, reciprocamente, senza il principio l'istituzione non è neppure pensabile in astratto. L'istituzione, oltre ad essere un fatto tra gli altri fatti, è — normativamente — un ordinamento materiale della giustizia (« *materielle Gerechtigkeitsordnung* »).

Tuttavia, osserva prudentemente Kaufmann, è impossibile definire su un piano concettuale un simile ordinamento materiale della giustizia: una definizione presuppone un atto di mediazione conoscitiva che risulta impensabile trattandosi di entità oggetto di intuizione immediata. In ciò l'idea di giustizia, obiettivata nell'istituzione reale, è paragonabile all'idea dei valori supremi, come il bene, il bello, ecc. — Si tratta qui insomma dell'immediata consapevolezza « di un ordine obiettivo più alto, cui noi prendiamo parte (*μετέχειν*), e che contemporaneamente siamo chiamati a realizzare »⁽¹¹⁾. Questo ordinamento non è stato da noi creato, ed in questo senso possiamo dire che non esiste alcuna etica autonoma, almeno nel senso di « liberamente determinata » nei suoi contenuti essenziali. Per Kaufmann vi deve essere soltanto coscienza del fatto che l'intuizione immediata di un'entità superiore (« *von etwas Höherem über uns* ») fonda a sua volta il senso della giuridicità (« *Rechtsgefühl* ») ed è il presup-

di « obiettivazione » dell'idea nell'istituzione, e sull'influsso che questa concezione — al di là degli svolgimenti neohegeliani di BINDER — può aver concretamente esercitato su Kaufmann. Si considerino ad esempio brani come questo, su cui ritorneremo più in là: « Un'idea di opera che si propaga nell'ambiente sociale possiede un'esistenza obiettiva e, d'altronde, proprio codesta obiettività le permette di passare da uno spirito all'altro e di rifrangersi variamente in ciascuno di essi senza dissolversi e svanire. Bisogna chiedersi se codesta natura oggettiva dell'idea è originaria e funzionale. Se l'idea fosse creazione soggettiva dello spirito di un individuo determinato, non si capirebbe in qual modo essa possa acquistare il carattere oggettivo che le permette di passare in un altro spirito. Dato che le idee passano da uno spirito ad un altro, debbono avere fin da principio una natura oggettiva. In realtà non vi sono creatori di idee, vi sono solo coloro che le trovano. Un troviero, un poeta ispirato incontra un'idea così come un minatore incontra un diamante: le idee oggettive esistono già nel vasto mondo, incorporate nelle cose che ci circondano; nei momenti di ispirazione, le troviamo e le estraiamo dalla ganga » (*Teoria dell'istituzione e della fondazione*, trad. it. a cura di W. CESARINI SFORZA e A. BARATTA, Milano 1967, p. 18).

(11) E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., p. 254.

posto indispensabile della razionalità dell'intero sistema di relazioni intersoggettive svolgentisi nell'ambito comunitario.

Ma come potrà essere tale intuizione resa valida universalmente? Ossia, chi sarà il vero soggetto di essa? Appare chiaro, in ogni caso, che soggetto di tale intuizione fondamentale dovrà essere per Kaufmann necessariamente una persona (« *eine Persönlichkeit* ») interiormente perfezionata ed eticamente sviluppata in consonanza con la propria comunità. Sarà questi il « giudice » visto come organo del sentimento giuridico espresso dalla comunità alla luce della *Rechtsidee*: « Wer reinen Herzens ist, ist gerecht als Handelnder und als Richtender, und nur er » (12).

Kaufmann sottolinea a questo punto come un grande errore del giusnaturalismo razionalistico sia stato, nella storia, quello di dedurre l'interezza del mondo etico da premesse esclusivamente individualistiche, legate a semplici concetti di « utilità » e « felicità » del singolo in quanto tale (13). A questo errore giusnaturalistico è invece importante opporre la validità di una visione consapevolmente istituzionalistica ed intendere quindi i fenomeni del mondo etico come istituzioni obiettivate a partire da un'idea, ovvero da una loro propria legalità metapositiva.

« Anche nel caso in cui il testo giuridico non fornisca espresse indicazioni, appare indiscutibile che il giudice operi a partire da

(12) *Ivi*, p. 255. ed aggiunge KAUFMANN: « Die Tatsache, dass durch sittliche Erziehung die Gesamtpersönlichkeit zu einem reinen Gefäss werden kann, das an den objektiven Werten teil hat, ist uns die sicherste Bürgschaft für die Realität dieser objektiven Werte. Nur Persönlichkeiten in diesem Sinne sind gut und gerecht » (p. 255). « Eine gerechte Entscheidung kann nur eine gerechte Persönlichkeit fällen oder beurteilen. Darin liegt kein Subjektivismus, sondern nur die Erkenntnis der Tatsache, dass Gerechtigkeit etwas Schöpferisches ist und nicht die mechanische Anwendung starrer abstrakter Normen. Nur wo objektive transpersonale Werte sich in einer Persönlichkeit offenbaren, in ihr und durch sie geformt werden, gibt es schöpferisches Tun » (pp. 255-256).

(13) « So wie die natürliche Welt zurückgeführt wird auf Atome und Moleküle und deren Gesetze, wie die Dinge aufgelöst werden in Relationen, so werden die Institute der sittlichen Welt, Staat, Ehe, Kirche, Eigentum, Vertrag aus individualistischer Psychologie und Utilität hergeleitet » (*Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., p. 258).

entità ideali obiettivate in istituzioni, ad esempio relative ai rapporti di proprietà, famiglia, contratto, ecc. »⁽¹⁴⁾ e che è essenziale al giudice un ruolo attivo e creativo (« *eine aktive und schöpfende Rolle* ») corroborato, anziché indebolito, dall'inserimento nel contesto istituzionale della comunità d'appartenenza.

« *Wir haben die Institute mit unsrem Geiste zu erfüllen* »: questo l'imperativo che il giudice — sorretto dall'idea del diritto, ma contemporaneamente calato nel contesto storico dei valori prodotti dalla propria comunità, — deve far proprio. Quanto al legislatore, egli non è il creatore del diritto. « *Der Gesetzgeber ist nicht Schöpfer des Rechts* »⁽¹⁵⁾: egli « non crea né le idee di compravendita, di matrimonio, di proprietà, di mutuo, né i principii regolativi del funzionamento di tali istituti. Un'intera serie di principii giuridici, espressi mediante proposizioni che non trovano posto in alcun codice o testo legale, sono incorporate negli istituti e vengono come tali applicate dal giudice. (...) La prassi giurisprudenziale è assai spesso venuta efficacemente in soccorso in mancanza di criteri di determinazione legale, e ciò spinge a concludere in favore del superamento del principio della divisione dei poteri rigidamente intesa »⁽¹⁶⁾. « *Lo Stato non crea il diritto, lo Stato produce leggi; e Stato e leggi sono sottoposte al diritto* »⁽¹⁷⁾.

Così, mentre compiti specifici del legislatore appaiono essere in primo luogo quello della « decisione sui criteri generali di giustizia da assumere »⁽¹⁸⁾ e della « creazione formale di norme tecni-

⁽¹⁴⁾ Da cui deriva che « *diese Institute nicht von uns geschaffen sind, und dass, wenn der einzelne z.B. einen Vertrag schliesst, eine Ehe eingeht, Eigentum erwirbt, er nur schöpferisch tätig ist in einem Rahmen, der bereits vorgezeichnet ist in der moralischen Ordnung, und unter dessen Gesetzen er steht, sobald er sich in diese Lebensverhältnisse stellt oder gestellt sieht. Ob wir wollen oder nicht, die Gesetzlichkeit dieser Institute ergreift uns unter ihre Norm* » (*ivi*, p. 258).

⁽¹⁵⁾ *Ivi*, p. 262.

⁽¹⁶⁾ *Ibid.* — Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., spec. cap. III e *passim*.

⁽¹⁷⁾ « *Der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht* » (E. KAUFMANN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., p. 263).

⁽¹⁸⁾ « *Das ist zunächst die Entscheidung über die*

co-giuridiche »⁽¹⁹⁾, compiti comuni al legislatore ed al giudice sono invece « tutti quelli che, nella scala dei valori, si pongono tra i due, come ad esempio il compito di sviluppare la giustizia negli scambi, la giustizia penale e quella distributiva, nonché (...) le immagini della legittimità interne alla struttura comunitaria »⁽²⁰⁾. Il giudice « rileva le norme giuridiche a partire dal caso singolo che di volta in volta gli si presenta, ma il suo giudizio assume anche — nello stesso tempo — una pretesa di validità generale. Per questo si può dire che il giudice, nel vero senso della parola, crea il diritto. Così la legge non è l'unica forma del diritto, ed il prestare un'attenzione esclusiva alla legge comporta il rischio che vengano trascurati i problemi connessi alla formazione della personalità del giurista⁽²¹⁾, e prima ancora che sia persa la fiducia nel significato sostanziale del diritto. È chiaro infatti che « der Glaube an das Recht » è stato oscurato da tempo dalla

Wahl der massgeblichen Gerechtigkeitsprinzipien für die zu regelnden Lebensgebiete. So liegt z.B. in der Regelung der Probleme der Aufwertung unzweifelhaft ein radikaler Verstoß gegen die Prinzipien der Verkehrsgerechtigkeit, gegen die Grundsätze von Treu und Glauben im Verkehr. Aber der Gesetzgeber hat geglaubt, und wohl mit Recht geglaubt, diese Frage nach den Grundsätzen der justitia distributiva regeln und so eine andere Ordnung vornehmen zu müssen, wobei er die gesamte historische, politische, wirtschaftliche, finanzielle und soziale Lage des deutschen Volkes in internationaler und innerer Beziehung berücksichtigen musste. An die Wahl dieses Gerechtigkeitsprinzips durch den Gesetzgeber ist der Richter gebunden » (*ibidem*).

⁽¹⁹⁾ « Die zweite spezifische Aufgabe des Gesetzgebers ist die Schaffung der rechtstechnischen Formen und Normen. Während sich die erste Aufgabe auf die oberste Stufe im Aufbau des Gerechtigkeitsbegriffs bezieht, steht die zweite auf der untersten Stufe. Nur der Gesetzgeber kann statuieren, dass man mit 21 Jahren grundsätzlich volljährig wird, welche Formen für die Errichtung eines Testaments erforderlich sind, wie eine Erbschaftsregulierung, der Grundbuchverkehr usw. vor sich zu gehen haben Auch die Schaffung dieser Art Rechtsätze ist naturgemäss dem Richter entzogen » (*ibid.*).

⁽²⁰⁾ *Ibidem*.

⁽²¹⁾ Si sviluppa in questo modo nella dottrina di Kaufmann una tendenza a valorizzare il « momento giurisprudenziale del diritto »: cfr. L. LOMBARDI, *Saggio*, cit., spec. cap. V, pp. 497 ss. Tale tendenza non ha, ovviamente, nulla a che fare con il 'giusliberismo' in senso proprio.

scienza giuridica positivista, la quale — nelle incisive parole di Kaufmann — si dimostra essere nient'altro che « eine Hure, die für alle und zu allem zu haben ist »⁽²²⁾.

È per tutto ciò ancor più significativo, osserva Kaufmann, riscontrare in singoli teorici del diritto (e del diritto costituzionale in particolare) voci discordi rispetto agli orientamenti dominanti, come quella di Rudolf Smend, il quale — nel dibattito della « Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer » tenutosi a Monaco nel marzo del 1927 — aveva avuto modo di affermare, relativamente alla questione squisitamente costituzionalistica della natura e dei limiti del diritto di espressione nell'ordinamento weimariano, punti di vista decisamente opposti al vuoto formalismo liberale degli Anschütz e dei Thoma⁽²³⁾. Con Smend, in quell'occasione, Kaufmann concorda immediatamente circa l'impostazione generale dei problemi⁽²⁴⁾, aggiungendo anzi alle argomentazioni smendiane una sorta di « supporto teoretico », consistente nella chiarificazione del significato del cd. « concetto giuridico reale » (« *juristischer Dingbegriff* »).

Più precisamente, si può dire che Kaufmann aveva allora sostenuto — contro l'opinione dominante, secondo la quale la prospettiva istituzionalistica non aveva alcun rilievo 'giuridico' in senso stretto, ma solo 'politico' —, che « dietro ai 'concetti giuridici relazionali' ('*juristische Relationsbegriffe*') con cui risulta formulato il diritto scritto, si trovavano 'concetti giuridici reali'

(22) *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, cit., p. 264.

(23) Cfr. sopra, nota 3.

(24) Così, espressamente, KAUFMANN: « Die Ausführungen Smends verdienen vollste Zustimmung. Die Feinheit der Formulierungen und die Art, in der er seine Auffassung der Grundrechte als wirklicher Institute des *Verfassungsrechts* und nicht bloss eines Komplexes von technischen Rechtssätzen wesentlich verwaltungsrechtlichen Inhalts zu Ende gedacht hat, dürften ein wichtiges Ereignis in der Geschichte unserer Wissenschaft bedeuten. In der Tat kommt in ihnen das für die Struktur der einzelnen Staaten wesentliche institutionelle Verhältnis von Staat und Gesellschaft auf den einzelnen Lebensgebieten zum verfassungsrechtlichen Ausdruck » (*Juristische Relationsbegriffe und Dingbegriffe*, in *GS III*, cit., p. 266). Di R. SMEND v. a questo proposito la ristampa dello scritto in questione: *Das Recht der freien Meinungsäußerung*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., pp. 89-118.

(‘ *juristische Dingbegriffe* ’) in grado di dare ai primi un contenuto ed un senso, così che un metodo che fosse partito da questi concetti reali non avrebbe affatto cessato di essere ‘ giuridico ’, ma anzi lo sarebbe stato in modo più forte » (25).

Smend comunque, pur riuscendo a trattare correttamente — in aperto contrasto con le tendenze metodologiche del proprio tempo — i problemi costituzionali e dello Stato nella prospettiva delle *Geisteswissenschaften*, rinunciava secondo Kaufmann ad impostare i problemi sul loro piano ontologico, credendo di poterli affrontare sotto un profilo meramente psicologico. Di qui le divergenze con Kaufmann riguardo alla natura specifica del concetto smendiano fondamentale di « integrazione » (26). « Atti di integrazione » (« *Integrationsakte* ») per Smend erano infatti atti psichici prodotti all’interno di una determinata comunità, che dalla sfera dell’esperienza individuale trapassavano in quella statale. Per Kaufmann, viceversa, oggetto delle *Geisteswissenschaften* non erano atti o processi psichici, ma piuttosto veri e propri « prodotti spirituali » (« *geistige Gebilde* »), ovvero « strutture oggettive di senso » (« *objektive Sinngefüge* »), capaci di una loro realtà separata rispetto ai singoli atti o processi psichici. Si sarebbe potuto dire altrimenti che le realizzazioni spirituali « avevano radice in una struttura ontologica originaria, posta al di là delle esperienze individuali » (27).

Ma come chiarire meglio, allora, la natura metafisica di tali entità? « Nel linguaggio della logica — prosegue Kaufmann — noi non avevamo più a che fare con concetti giuridici di relazione, ma con autentici concetti giuridici reali. (...) Ci si dimentica spesso, infatti, che ogni concetto di relazione può essere pensato e compreso soltanto a partire da concetti reali retrostanti (« *hinter ihnen stehenden* »), che gli conferiscono contenuto e significato » (28). Importanti spunti in questa direzione erano già contenuti, nel campo

(25) E. KAUFMANN, *Vorwort* alle *GS* III, cit., p. XXX.

(26) Cfr., oltre alla relazione di SMEND al convegno del 1927, il celebre e discusso libro *Verfassung und Verfassungsrecht* (1928), anch’esso in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., pp. 119-276.

(27) E. KAUFMANN, *Vorwort* alle *GS* III, cit., p. XXXI.

(28) *Juristische Relationsbegriffe und Dingbegriffe*, cit., p. 267.

della scienza giuridica, nelle opere di Albert Haenel, e specialmente nel libro *Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne* (29), cui molte affermazioni di Smend appaiono strettamente collegate.

Il nucleo del pensiero di Kaufmann sull'argomento (che è di importanza centrale per capire la svolta che il suo organicismo dottrinale prende a partire dagli anni '30) può insomma essere riassunto come segue: « Se si riduce l'intero compito della scienza giuridica all'analisi delle proposizioni normative e dei concetti giuridici di relazione in esse contenuti (con il che non si vuole affatto negare che il metodo analitico-linguistico sia legittimo e talora, anzi, necessariamente prioritario), si resta esposti al rischio di esaurire ogni possibile indagine ad un livello puramente logico e concettuale » (30). A tale rischio è consentito sfuggire, invece, concentrando l'attenzione sugli istituti giuridici, intesi come nuclei originari della vita del diritto, nei quali sono presenti determinati contenuti prescrittivi ultimi, la ricerca dei quali costituisce uno dei compiti più urgenti della scienza giuridica. Per riconoscere queste norme è dunque necessario tornare a prendere seriamente in considerazione quello che si potrebbe definire il « significato etico » incorporato nei vari istituti giuridici.

Non si tratta così, per Kaufmann, del rischio di incorrere, definendo gli istituti, nella confusione tra metodo giuridico e metodo politico di analisi, ma — al contrario — di procedere a distinzioni ben interne al metodo giuridico stesso. A tal fine occorre staccarsi nettamente dalle dottrine che vedono nel diritto nient'altro che un insieme di norme tecniche e di concetti di relazione, e sostenere invece che dietro ad ogni complesso normativo relazionale è presente un concetto giuridico reale (« *juristischer Dingbegriff* »), ovvero il nucleo di una istituzione, la quale deve essere intesa principalmente nel suo significato di costruzione etica obiettiva.

Il metodo giuridico 'puro' finisce insomma anche qui per produrre risultati negativi —: in questo caso per misconoscere il

(29) Cfr. sopra, cap. I, nota 8 e cap. II, nota 25. Per una recente, sintetica analisi del libro di HAENEL in questione, cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 372-389.

(30) *Juristische Relationsbegriffe und Dingbegriffe*, cit., p. 269.

legame con i contenuti di giustizia concreti presenti nella realtà complessa della vita giuridica comunitaria, ed in particolar modo nella nozione di istituto. Soprattutto, il metodo giuridico 'puro' non fa comprendere « la parte secondaria che la regola di diritto (« *règle de droit* ») ha nell'insieme del sistema giuridico » — come ci si potrebbe esprimere con Maurice Hauriou, autore alle cui teorie Kaufmann si ispira direttamente.

Merita anzi richiamare per esteso le considerazioni di Hauriou circa questo punto: « Il fatto significativo (...) che le regole di diritto, in quanto idee direttive, non hanno forza vitale sufficiente per organizzare intorno a sé una corporazione ad esse adeguata e nella quale si esprimano, prova abbastanza che sono da meno di quelle idee direttive che hanno avuto abbastanza vitalità per riuscire ad 'incorporarsi'. (..) Gli elementi che contano nel sistema giuridico sono, da una parte, gli individui e, dall'altra, le istituzioni corporative, perché questi sono i personaggi viventi e creatori, a causa sia delle idee di intrapresa che rappresentano, sia del loro potere di realizzazione; quanto alle regole di diritto, esse rappresentano soltanto pure idee di limiti, non incarnano idee di intrapresa e di creazione. In un mondo che vuole vivere ed agire, ma conciliando l'azione con la continuità e la durata, le istituzioni corporative sono, come gli individui, in prima linea, perché rappresentano insieme l'azione e la continuità; in seconda linea vi sono le regole di diritto, perché rappresentano sì la continuità, ma non l'azione » (31).

Anche nel concetto kaufmanniano di istituzione, oltre che in quello di Hauriou, è riflessa l'idea: 'idea' che, nel linguaggio filosofico del nostro tempo, risulta essere oscurata dal termine

(31) M. HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 44-45. E così prosegue HAURIOU: « L'errore di Léon Duguit, quando ha costruito l'edificio della sua oggettività, è stato di puntare tutto sul diritto oggettivo, sulla regola di diritto. Il vero elemento oggettivo del sistema giuridico è l'istituzione; è vero che contiene un germe di soggettività che si sviluppa col fenomeno della personificazione, ma l'elemento oggettivo sussiste nel *corpus* dell'istituzione, e questo solo *corpus*, con la sua idea direttiva ed il suo potere organizzato, è molto superiore per forza giuridica alla regola di diritto: sono le istituzioni a fare le regole di diritto, non sono tali regole a fare le istituzioni » (*ibid.*).

gemello di 'ideologia', frutto del pensiero storicistico e delle tendenze etiche relativistiche. Oggi infatti « ci si sforza di ricondurre ogni pensiero all'ideologia di provenienza, e si bada con ciò ad esprimere non più quanto vi è di veritiero e di 'esatto', bensì quanto vi è di 'decisivo' (...). In breve, anziché parlare della cosa stessa (« *von der Sache selbst* »), si parla delle ideologie, le quali sono poste al di sopra delle 'cose' »⁽³²⁾. In questo modo, riuscire a vedere le 'cose' (« *die Dinge* ») appartenenti all'ambito della vita politica, sociale o giuridica, dipende solo da decisioni irrazionali, e non da criteri di valutazione, poiché non si dà in realtà alcuna norma, alcuna obiettività, alcun punto di riferimento solido nella realtà. La norma risulta essere nient'altro che l'espressione di una volontà soggettiva mascherata, e se si procede di smascheramento in smascheramento, alla fine nelle mani resta soltanto una lunga serie di maschere, ma risulta irrimediabilmente perduta « *die eigentliche Sache mit ihrer spezifischen Problematik* »⁽³³⁾.

Kaufmann sostiene, al contrario, che occorre superare l'*impasse* cui conduce il riduzionismo iper-analitico, ed arrestare il procedimento illusoriamente infinito della scepsti. Ciò è possibile avanzando un'istanza antica e sempre nuova: quella rappresentata dall'*idea di cosa*. Quest'ultima — continua Kaufmann — non deve essere intesa né come l'oggetto di un pensiero puramente astratto, né come il risultato di una visione intuitiva (« *intuitive Schau* »); si tratta piuttosto di una sorta di raffigurazione plastica del 'fine interno' — l'*entelechia* — che pervade la totalità dei fenomeni della vita comunitaria. È così che si forma

⁽³²⁾ E. KAUFMANN, *Ideologie und Idee* (unveröffentlichter Vortrag vor der akademisch-literarischen Gesellschaft der Universität Freiburg i.B. am 26. Februar 1932), ora in *GS* III, p. 297.

⁽³³⁾ *Ivi*, p. 298. « In einer typischen Haltung von Skeptizismus, Relativismus und Agnostizismus gegenüber den Phänomenen der historisch-politischen Wirklichkeit konstruiert oder konstatiert man verschiedene Ideologien zu den sachlichen Problemen, die diese Phänomene stellen. Ja, man geht weiter und unterbaut oder substruiert diese Ideologien psychologisch, soziologisch, ökonomisch und sucht sie, sozusagen tiefenpsychologisch, als Täuschungen, Spiegelungen, Verschleierungen, Verhüllungen, Surrogate zu verstehen » (*ibid.*).

l'immagine (indispensabile alla ragion pratica) di un mondo di idee dotate di una loro intrinseca legalità, che si contrappone — in quanto obiettività — al mondo soggettivo, divenendo anzi di quest'ultimo condizione di possibilità e di intelligibilità⁽³⁴⁾.

Fin qui per quanto riguarda i caratteri fondamentali della proposta kaufmanniana del recupero di una aperta metafisica 'idealistica' del diritto. Prima di passare, nella seconda parte di questo capitolo, ad esaminare un altro punto fondamentale della critica di Kaufmann al diritto pubblico — quello relativo al processo di formazione della « volontà popolare » ed alla delicata questione della personalità giuridica dello Stato vista alla luce di una dottrina posta a metà strada tra l'organicismo e l'istituzionalismo giusnaturalistico — sarà bene aprire un piccolo *excursus*, che avrà la funzione di approfondire e chiarire la natura 'anti-psicologica' e ontologica della posizione kaufmanniana.

Ciò mi sembra possibile riprendendo il discorso, poco più sopra interrotto, relativo alla *Auseinandersetzung* tra Kaufmann e Smend, che aveva come oggetto la valutazione da dare ai cd. « atti statali d'integrazione » (« *staatliche Integrationsakte* »). Kaufmann, al di là dell'occasione rappresentata dal saggio sul

(34) « Die Idee — sostiene KAUFMANN in conclusione del proprio saggio — ist *überzeitlich*, aber es gehört auch zu ihrem *Wesen*, in der *Zeit* verwirklicht zu werden. Zu diesem *Wesen* gehören daher auch die Bedingungen und Voraussetzungen für ihre zeitlichen Verwirklichungen. Nur was der Idee nach möglich ist, kann in der *Zeit* wirklich werden; daher sind alle zeitlich bedingten Möglichkeiten in den Ideen keimhaft und potentiell eingeschlossen. Die der *Zeit* entsprechenden Formen und Modalitäten zu finden, ist die verantwortungsvolle Aufgabe jeder *Zeit*. Nur in hierfür begnadeten individuellen Persönlichkeiten kann sich dies Finden vollziehen. (...) Die Idee *setzt* Persönlichkeiten *vor* aus; Persönlichkeit hat aber nur, wer von Ideologien *frei* ist. Der Begriff der Persönlichkeit ist kein bloss psychologischer und wertfreier Begriff » (*Ideologie und Idee*, cit., pp. 302-303).

Alla polemica anti-ideologica contenuta in queste ultime affermazioni kaufmanniane si sarebbe implicitamente riallacciato, negli anni dell'immediato secondo dopoguerra, con il medesimo tono accesamente neo-giusnaturalistico, L. STRAUSS, in *Natural Right and History*, Chicago 1951.

Volkswille ⁽³⁵⁾, sarebbe tornato più volte sull'argomento, mostrando con ciò di riconoscere in esso uno spessore teoretico non trascurabile, al fine di pervenire ad un chiarimento del proprio stesso pensiero.

Il punto di partenza è il seguente: l'« idea » che muove il processo di integrazione è una mera produzione psichica dei soggetti agenti nel processo medesimo, o si deve pensare che essa preesista in qualche modo sul piano metafisico? Ma, in questo secondo caso, come può porsi direttamente in contatto con la realtà storica ed influire su di essa? Kaufmann premette di non voler affrontare la questione in tutta la sua ampiezza — impresa che avrebbe condotto il suo autore a confrontarsi con i supremi problemi metafisici, ed in particolare a prender posizione nei confronti delle dottrine platoniche e hegeliane dell'idea, — ma di voler invece limitarsi a svolgere alcune osservazioni 'collaterali' sull'argomento.

Ogni pensiero — sostiene Kaufmann — si svolge, naturalmente, sul piano della coscienza individuale, ma non è affatto certo che esso si riduca semplicemente a questo piano. La coscienza deve piuttosto essere rappresentata come un 'recipiente' (*Gefäß*) aperto verso l'alto e capace di assumere in sé valori e prodotti spirituali da rielaborare creativamente. Reciprocamente, la sfera dello spirituale ha bisogno di incorporarsi nella realtà concreta delle singole coscienze individuali. Così, ad esempio, il linguaggio, in quanto creazione spirituale, possiede specifiche strutture normative la cui natura ontologica si pone al di là del mondo empirico dei parlanti. Nelle forme pre-date del linguaggio avviene non solo la comunicazione linguistica, ma anche gran parte dello stesso pensiero. Il linguaggio non si riduce a strumento neutrale della comunicazione, ma « parla di noi ». In questo senso peculiare possiamo dire che esso è una vera e propria struttura trans-soggettiva ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ *Zur Problematik des Volkswillens* (1931), in *GS* III, cit. (cfr. sopra, *Introduzione*, nota 3).

⁽³⁶⁾ « Das geistige Gebilde der Sprache hat eine über den Individuen thronende Seinsart mit spezifischen Strukturgesetzen. Man kann eine Sprache lernen und sie mehr oder weniger gut sprechen. Nur in ihren

Ma per Kaufmann anche altre strutture complesse diverse dal linguaggio, come lo Stato e il 'popolo', preesistono — in quanto prodotti spirituali — agli individui che ne sono membri. Tuttavia essi, a differenza del linguaggio, dell'opera d'arte e di altre strutture di significato, non si riducono a semplici prodotti spirituali: essi appartengono anche al mondo morale, ovvero alla sfera del valore etico e del comportamento pratico. Rudolf Smend ha il merito, secondo Kaufmann, di impostare correttamente il proprio discorso su questo piano, ma la sua teoria dell'integrazione, riducendo il fenomeno dello Stato agli « atti di percezione » (« *Erlebnisakte* ») degli individui⁽³⁷⁾, manca di chiarire l'« essere » specifico dello Stato, che è legato all'ordine etico obiettivo⁽³⁸⁾.

La forma primitiva della vita comunitaria è tutta compresa nel « fatto originario » (« *Urtatsache* ») per cui l'io senza il 'tu' ed il 'noi' non appare pensabile: il 'noi' infatti non costituisce né una semplice addizione dell'io e del tu, né un prodotto di essi.

den Individuen vorgegebenen Formen können wir nicht nur mit anderen sprechen, sondern auch denken. Die Sprache spricht ebenso aus uns, wie wir mit ihr sprechen; und durch unser Sprechen nehmen wir an ihrer Weiterentwicklung teil und tragen damit eine Mitverantwortung für ihre Reinheit. Es ist also Etwas 'da', was einer Weiterentwicklung fähig ist. Dies 'Etwas' wird gewiss nur in den individuellen Seelen lebendig, aber als Etwas, was mit seinen objektiven Strukturgesetzen diesen präexistiert. Es gibt auch 'tote Sprachen', die nicht mehr von lebendigen Menschen gesprochen und nicht weiter entwickelt werden, aber auch sie kann man lernen, und auch sie sind Objekt der Geisteswissenschaften. Der Rhythmus der Sprache, ihre Musik, die in ihnen mitschwingenden Gefühlswerte bringen die Seelen in Bewegung. Sie hat daher eine transsubjektive Realität » (E. KAUFMANN, *Vorwort* alle GS III, pp. XXXI-XXXII).

⁽³⁷⁾ R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., spec. § 4 della parte I: « *Integration als grundlegender Lebensvorgang des Staats* ». Cfr. N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico*, cit., p. 59 e ss., e H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 88 e ss., 166, 229, 274.

⁽³⁸⁾ Le osservazioni formulate da Kaufmann su questi punti presentano, a mio giudizio, diversi punti di contatto — che meriterebbe senz'altro valutare più da vicino — con le dottrine del nostro A. RAVÀ, di cui va considerato particolarmente lo scritto *Lo Stato come organismo etico* (1914), in *Diritto e Stato nella morale idealistica*, Padova 1950.

Nel 'noi' è presente una struttura intenzionale trans-soggettiva in cui anche il singolo io trova realizzazione⁽³⁹⁾. Non basta comunque una serie di semplici « atti di integrazione » a far sì, come vorrebbe Smend, che una pluralità di volontà individuali possa pervenire ad una « unità del volere comune » (« *Einheit des Gemeinwillens* »). Se non si suppone una struttura ontologica indipendente con la sua legalità irriducibile al flusso psicologico delle coscienze individuali, non si riesce affatto a configurare — contrariamente a quanto ritiene Smend — una « integrazione delle forme dinamiche del vivente » nella forma politica complessiva. Dice Smend in un punto decisivo del suo *Verfassung und Verfassungsrecht*⁽⁴⁰⁾: « Lo Stato è tale solo in quanto riesce a conseguire effettivamente lo scopo di produrre un'integrazione durevole delle individualità che si muovono

(39) Così Kaufmann: « 'Wir' haben nicht nur eine gemeinsame Aussenwelt, sondern auch einen gemeinsamen νοητός κόσμος und innerhalb dieses allumfassenden Kosmos eine Fülle von konkretisierten geistigen und moralischen transsubjektiven Seinszusammenhängen. Das Ich wird erst zum Ich in und durch sein Sein und Wirken in Gemeinschaften. Individuen und Gemeinschaften sind daher gleich primäre Realitäten. Nur durch Integrationsakte kann es keine 'Vergemeinschaftung der individuellen Willen zur Wirkungseinheit eines Gemeinwillens' geben. Ohne von ihm unabhängige Seins- und Sachgesetze, die es leiten und formen, kann das 'fliessende Leben', in dem die Integrationslehre die Seinsart des Staates sieht, eben nur fließen » (*Vorwort* alle *GS* III, cit., p. XXXIII).

(40) « Der Staat ist nur, weil und sofern er sich dauernd integriert, in und aus den Einzelnen aufbaut — dieser dauernde Vorgang ist sein Wesen als geistig-soziale Wirklichkeit » (R. SMEND, *op. cit.*, cfr. spec. il § 3 della parte I: « *Der Staat als realer Willensverband* », p. 127 ss.).

Numerosi gli scritti polemici, nella letteratura giuspubblicistica dell'epoca, nei confronti della « *Integrationslehre* » smendiana. Oltre al celebre saggio critico di Kelsen (cfr. sopra, cap. I, nota 55), v. le osservazioni contenute in Max RUMPF, *Politische und soziologische Staatslehre*, Tübingen 1933, spec. p. 20 e ss. Ma il punto sull'argomento era già stato fatto qualche anno prima di S. ROHATYN, *Die verfassungsrechtliche Integrationslehre - Kritische Bemerkungen*, in « *Zeitschrift für öffentliches Recht* », IX, 1930, pp. 261-284. « Nun ist es klar — sostiene Rohatyn —, dass diese 'geisteswissenschaftliche Methode' nichts mit Geist zu tun hat. Es ist politisch gefärbter Biologismus und Psychologismus, der als 'Geisteswissenschaft' auftritt! » (p. 264).

al suo interno: questa è la sua autentica realtà spirituale ». Ma — replica Kaufmann ⁽⁴¹⁾ — Smend non dice « quale contenuto debbano avere gli ‘atti di integrazione’ delle individualità », considerando ogni problema riguardante la definizione formale degli elementi qualitativi del processo di integrazione come il prodotto di una filosofia astrattamente razionalistica, con il suo carico di « pregiudizi teleologici ».

Certamente, concede Kaufmann, nel libro di Smend si possono trovare alcuni cenni relativi all'« essenza sovraempirica dello Stato », ma senza che sia mai precisato quale significato specifico attribuire a quel « mondo di contenuti ideali intemporalmente » ed a quella « *objektive Wertgesetzlichkeit* » di cui, in altri contesti, si giunge a parlare. Resta, insomma, il fatto che secondo Smend la dottrina dell'integrazione deve — in quanto teoria dello Stato — « rinunciare al compito di legittimare lo Stato mediante valori », teleologicamente ⁽⁴²⁾. Ma, obietta Kaufmann, se si riducono i valori che compaiono nel processo integrativo a semplici « *Grundvariablen* », la tendenza alla relativizzazione risulta inarrestabile (né si comprende perché ad essa debba sfuggire lo stesso processo di integrazione, il quale non costituisce per sé, come è ovvio, un ‘valore’).

Si può dunque consentire all'ipotesi fondamentale di Smend, secondo cui l'attività dello Stato, riflessa in quella dei suoi organi « funzionalmente agenti », è diretta in larga misura a fini ‘integrativi’, ma agli occhi di Kaufmann non si possono comprendere, a partire da questa affermazione, numerosi altri aspetti egualmente qualificanti dell'azione statale. Basti considerare che, per

⁽⁴¹⁾ Cfr. *Vorwort*, cit., p. XXXIII.

⁽⁴²⁾ Già nello scritto del 1912 *Maßstäbe des parlamentarischen Wahlrechts in der deutschen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts* SMEND polemizzava contro la concezione di una « transzendente Legitimität »: cfr. *Staatsrechtliche Abhandlungen*, cit., p. 30. Ma anche nel libro principale il dato della relativizzazione e della ‘psicologizzazione’ del valore è facilmente avvertibile: cfr. spec. pp. 150 ss. e 166: « Legitimitätsbegründend sind die konkreten Werte, die die Geltung einer bestimmten staatlichen Rechtsordnung einerseits fordern und andererseits tragen. Da diese Werte sehr verschiedener Art sein können, so gibt es verschiedene Legitimitäten und insbesondere auch verschiedene Grade Legitimität ».

quanto riguarda i diritti fondamentali, la loro natura resta inintelligibile se si rinuncia a presupporre l'esistenza di valori supremi non relativizzabili. La natura ontologica dei diritti fondamentali non può essere, per Kaufmann, ridotta senza conseguenze al piano meramente psicologico!

b) *Il processo di formazione della volontà popolare (« Volkswille ») nella critica kaufmanniana del diritto costituzionale.*

Se si procede dunque ad un'analisi approfondita della « *Integrationslehre* » smendiana, si deve concludere che essa — in quanto teoria complessiva dello Stato — appare insostenibile. Di tutt'altro genere vuole invece essere il tentativo kaufmanniano di affrontare e svolgere, a partire da premesse metafisiche spiritualistiche, il problema della formazione della volontà popolare nell'ambito etico statale.

Kaufmann, infatti, anziché procedere dall'analisi dei rapporti immediati intercorrenti tra i singoli individui e lo Stato, preferisce assumere al centro della propria attenzione il concetto classico di « *Volksgeist* », sottolineando la connessione sostanziale esistente tra questo concetto ed i « *Kulturwerte* » che determinano attivamente la vita della comunità⁽⁴³⁾. La problematica della « volontà popolare » (« *Volkswille* ») procede esattamente da questa connessione.

Se le cose vengono impostate in tal senso — sostiene Kaufmann — non si ha più una relativistica attività di « *Selbstgestaltung* », come intende Smend, ma al contrario una ben determinata tensione etica e spirituale del *Volk* ad obiettivarsi, facendosi unità politica. E poiché il *Volkswille* necessita, onde poter produrre effetti esterni, di organi rappresentativi, compito prioritario della *Kultur* diviene quello costituente, ovvero quello di predisporre le norme fondamentali in riferimento alle

(43) *Zur Problematik des Volkswillens*, cit., in *GS* III, p. 276 e *passim*. Cfr. in gen., per la posizione storico-intellettuale del problema, G. GURVITCH, *L'idée du droit social - Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle*. Paris 1932, pp. 470 ss.; 535 ss.

quali il dato pregiuridico della volontà popolare possa essere normativamente regolato. Risulta evidente, a questo proposito, che il costituente non è mai pienamente 'sovrano', ovvero non gode nelle proprie decisioni di una completa libertà da vincoli, ma è sottoposto all'osservanza di precise categorie logiche dell'agire, la cui violazione renderebbe l'atto non già 'invalido', quanto piuttosto radicalmente (*i.e.* 'materialmente') nullo⁽⁴⁴⁾. In tal senso Kaufmann parla di « azione, approvazione o ricusazione, deliberazione in vista di un'azione, deliberazione in vista di un'approvazione o di una ricusazione » come di categorie fondamentali del processo di formazione del *Volkswille*⁽⁴⁵⁾: categorie « reali » (« *sachlich* »), e non già pure forme intellettuali. Queste categorie sono delle « costanti » — delle realtà ontologiche intemporalmente — benché i modi del loro esternarsi mutino ovviamente con il mutare del tempo storico.

È poi compito — come si è già detto — del costituente determinare quali organi considerare « adeguati all'azione », quali facoltà ad essi accordare, quali forme specifiche attribuire all'esercizio del consenso e del dissenso (specie in riferimento alla valutazione dell'istituto elementare del plebiscito), ed infine quale ruolo riconoscere ai vari diritti soggettivi attribuiti alle singole componenti 'individuali' interne all'entità collettiva popolare.

Poiché, per Kaufmann, si tratta di categorie 'ontologicamente' preesistenti ad ogni costituzione positiva, risulta ovvio che esse valgono indipendentemente da ciò che i testi espressamente dicono, ed anche da ciò su cui i testi tacciono. Tali categorie formano cioè una sorta di criterio di valutazione complessivo con cui misurare le regole di volta in volta espresse dalle costituzioni, nonché le stesse ideologie e dottrine costituzionali. Ecco come Kaufmann ricostruisce teoricamente l'argomento: « Il concetto di volontà popolare presuppone quello di *Volksgeist*. Entrambi traggono origine dalla filosofia del diritto illuministica e devono il loro classico svolgimento alle dottrine storicistiche della prima metà del secolo XIX. Con le correnti psicologistiche e positivistiche

⁽⁴⁴⁾ Cfr. *Ideologie und Idee*, cit., p. 299.

⁽⁴⁵⁾ *Zur Problematik des Volkswillens*, cit., p. 283.

della seconda metà dell'Ottocento tali concetti sarebbero stati addirittura negati sul piano teoretico»⁽⁴⁶⁾. Oggi, secondo Kaufmann, va tenuto conto soprattutto del fatto che l'allontanamento dalle premesse neokantiane e la complementare rivalutazione dell'indagine metafisica sul diritto si volgono « contro coloro che avevano creduto di individuare una forma di pensiero specificamente valida per le scienze dello spirito, e quindi logicamente e metodologicamente separata dalle scienze naturali. Costoro infatti avevano trascurato che i due ambiti sono accomunati da precise leggi dell'essere (« *Seinsgesetze* »), e che anche la realtà oggetto delle scienze dello spirito rientra sotto questa legalità complessiva »⁽⁴⁷⁾.

Ma è pur vero — osserva Kaufmann — che la ricerca ontologica non ha ancora sufficientemente approfondito il campo in cui si situano tali fenomeni spirituali. Il tempo in cui un sistema filosofico vedeva partire da sé, egli dice, « come un albero i propri rami, i vari saperi specifici — e tra questi in particolar modo una filosofia della storia ed una filosofia del diritto e dello Stato — è, dopo Hegel, definitivamente trascorso. (...) A questa tendenza io vorrei, malgrado tutto, contrapporre nella sua piena portata ontologica l'indagine sulla struttura dei fenomeni spirituali costituiti dal *Volksgeist* e dal *Volkswille*, ed anche — oltre a ciò — accennare al difficile problema filosofico del carattere personale delle collettività (« *Persönlichkeitscharakter der Kollektivitäten* »), in riferimento al punto di vista sostenuto da importanti teorici dell'etica contemporanea, come Max Scheler e Nicolai Hartmann, riguardo al concetto di volontà »⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ *Zur Problematik des Volkswillens*, cit., p. 273.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁸⁾ *Ivi*, p. 274. Ma è pur vero — aggiungerei a mitigare la portata di quest'ultima affermazione kaufmanniana — che in Hartmann il problema della « personalità » da attribuire alle entità spirituali collettive è risolto solo in chiave negativa. Come osserva esattamente C. Rosso, per Hartmann « vi sono, al di sopra della persona individuale, totalità che mostrano una certa analogia colla personalità vera e propria, come la famiglia, il ceppo etnico, il popolo, lo Stato. Ma qui si tratta di 'analogie della persona': c'è infatti sempre una persona individuale che presta la sua persona al complesso sopraindividuale. In questi prodotti quasi-personali vi sono persone rappresentanti le quali, talvolta, non sanno rappresen-

Secondo Kaufmann, dunque, « *Volksgeist* » e « *Volkswille* » sono entità reali riferibili ad una stessa struttura dell'essere sociale. Tali entità non esauriscono la loro natura nella serie di atti psichici prodotti dai singoli individui che compongono il *Volk*: non si tratta cioè di semplici fattori materiali del processo di integrazione e di unificazione del volere, e neppure di strutture trans-soggettive di significato (« *Sinngefüge* »), dominate da finalità conoscitive. « *Volksgeist* » e « *Volkswille* » sono insomma entità che non possono essere ricondotte a strutture di significato paragonabili a quelle contenute in proposizioni matematiche o logiche, né agli schemi di una melodia o di un'architettura, o agli elementi formali di un sistema giuridico o linguistico. È soprattutto il modo in cui l'insieme di tutti questi fenomeni disparati costituisce un intero, unificando le parti in una determinata connessione di senso, che differisce profondamente rispetto al modello costituito dal *Volksgeist* e dal *Volkswille*, il quale possiede — come va riconosciuto — un altro tipo di « realtà ».

Il *Volksgeist* — sostiene Kaufmann riallacciandosi in pieno alla tradizione della Scuola storica — è una reale entità obiettiva che influisce direttamente sulle singole individualità. L'individuo risulta profondamente caratterizzato da tale entità, e finisce per partecipare alle rappresentazioni etiche emanate dal *Volks-*

tare la volontà degli altri individui: tale disarmonia è una prova di più del carattere fittizio di questa sostituzione. La persona rappresentante presta al prodotto complessivo un certa 'personalità media'. Ma più s'allarga il prodotto stesso, più impallidisce il carattere personale della totalità rappresentata: sicché si può dire che gli ordini più alti della totalità sono quelli più bassi della personalità. (...). Perciò una persona che corrispondesse ad un essere universale assoluto risulterebbe un minimo di personalità, lo *status evanesce* della personalità ..» (*Figure e dottrine della filosofia dei valori*, cit., p. 212, spaziati miei). Per i passi cui si riferisce il brano precedente, cfr. N. HARTMANN, *Ethik*, Berlin 1926, pp. 222-223.

Ma Kaufmann non insiste sul punto, e si vedrà che, relativamente al problema della formazione della volontà collettiva nel diritto pubblico, le tesi hartmanniane e scheleriane rimarranno semplici suggestioni. (Cfr. invece, per una proposta costruttiva che Kaufmann sembra condividere, M. HAURIU, *Du fondement de la personnalité morale* (1899), trad. it. in *Teoria dell'istituzione*, cit., pp. 171 ss.).

geist e per inserirsi nella trama collettiva dei giudizi di valore oggettivati nelle tradizioni, nei costumi, leggende, simboli ed espressioni linguistiche comuni. Ma occorre sempre prestare attenzione a non confondere il *Volkgeist* con quelle che sono le sue forme espressive. Poiché il concetto di popolo (*Volk*) è nel suo nucleo un concetto politico, ne consegue che al popolo deve corrispondere una volontà politica. Questa può essere considerata come la manifestazione sia di una volontà vitale o 'esistenziale' di un popolo, il quale risulta teso a raggiungere e a mantenere la propria natura di popolo, sia di una volontà di validità (*Geltungswille*) normativa, sia di una volontà di costruzione (*Gestaltungswille*) sociologico-politica.

Ma, per quanto « reale », il *Volkswille* è — secondo la sua natura — privo di una forma definitiva, e costantemente consegnato ad un'attività di formazione (« *Formung* »), entro la quale si trova immerso. Nel *Volkswille* sono presenti infatti le tensioni e le motivazioni più diverse, spesso tra loro contrastanti, e suscettibili di spingere l'insieme delle possibilità creative in una direzione piuttosto che in un'altra. I prodotti della volontà popolare sono altrettante conformazioni provvisorie che fissano in forme e istituzioni adeguate il flusso vitale proveniente dalla collettività, la quale si raccoglie così in se stessa come unità spirituale. Questa attività di conformazione necessita comunque — ed il punto è di fondamentale importanza — dell'intervento di singole personalità, mediante le quali il *Volkswille* si attualizza e si rende efficace.

Il problema della personalità che si fa portatrice (*Trägerin*) del *Volkswille* coincide con quella della rappresentanza⁽⁴⁹⁾. E qui va osservato che l'errore più grave e carico di con-

(49) Cfr. su questo punto il libro, ormai classico, di G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, Berlin 1966, 3. erw. Aufl., specialmente alle pp. 160 ss. riguardo alla componente di « creatività » insita nel concetto di rappresentanza. Ma per comprendere pienamente il senso in cui i termini vengono usati nel discorso kaufmanniano si deve tener presente che anche per Kaufmann, come già per Schmitt, « Repräsentation ist kein normativer Vorgang, kein Verfahren und keine Prozedur, sondern etwas Existentielles » (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 209). Gli stessi schemi

seguenze per la dottrina dello Stato è quello espresso dalla teoria *naïve* della democrazia diretta, solitamente conosciuto attraverso la sentenza di Rousseau: « la volonté ne se représente pas ». Al contrario, il concetto di rappresentanza della volontà è una delle categorie decisive nel processo di determinazione dei valori, e necessita quindi di essere sottoposto ad un maggiore sforzo di chiarezza concettuale circa la sua natura e la sua funzione.

« Rappresentanti » del *Volkswille* sono per Kaufmann alcune persone che — quali parti integranti del popolo — sono investite del potere di dar luogo ad una volontà normativa, in modo tale che quest'ultima possa essere attribuita al popolo nella sua interezza come espressione della propria stessa volontà⁽⁵⁰⁾. Con ciò, tali persone diventano giuridicamente *o r g a n i* del popolo. Come questo accada e quando accada, è una questione che non si lascia risolvere facilmente in aprioristiche formule razionalizzatrici, poiché in sede costituente vi è sempre libertà di scelta circa le forme e le procedure di obiettivazione che si ritengono più adeguate allo spirito popolare della nazione⁽⁵¹⁾.

concettuali (ad es.: rappresentanza « esistenziale » *versus* r. « elementare », ecc.) sono sviluppati, su un piano più politologico che giuscostituzionalistico, da E. VOEGELIN, *The New Science of Politics*, Chicago 1952; trad. it. Torino 1968, spec. pp. 87 ss.; 93 ss.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. soprattutto G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., spec. cap. II: *Die allgemeine staats-theoretische Bedeutung der Repräsentation*, pp. 44 ss.

⁽⁵¹⁾ Chiarisce bene questo punto H. TRIEPEL: « Ogni gruppo, ogni associazione quale realtà spirituale ha bisogno, per 'apparire' nella concretezza fisico-psichica, della raffigurazione a mezzo di rappresentanti. Si chiamano questi anche organi. Non vale la pena di discutere su parole, se lo stesso senso serve di base ad espressioni diverse. Io potrei tuttavia non equiparare rappresentanza e organi, e definire invece l'organo come una sottospecie del rappresentante. E ciò sotto un duplice aspetto, Un organo ha il compito specifico di formare la *v o l o n t à* della totalità nella sua volontà e di esprimerla con la sua bocca. Ma non ogni rappresentante di un gruppo è realizzatore di una volontà, perché vi sono dei gruppi che non possiedono alcuna volontà. È inoltre raccomandabile di limitare il concetto degli organi a quello rappresentanza la cui accettazione è diventata per i 'destinatari', mediante un ordinamento *l e g a l e*, coattivamente obbligatoria. Perciò ogni organo è un rappresentante; perfino il titolare del più insignificante ufficio dello Stato 'personifica' in certo qual

Così, si profila a questo punto all'orizzonte la questione delicatissima del *c a r i s m a* ⁽⁵²⁾, sulla quale nessuna costituzione for-

modo lo spirito della comunità statale. Ma non ogni rappresentante è un organo » (*Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Stuttgart 1938; trad. it., Firenze 1949, p. 63).

⁽⁵²⁾ « Es ist eine reine Frage des Charisma, wie, ob und in welchem Masse dies Ziel jeweils erreicht wird. Keine Rechts- und Verfassungsform kann seine Verwirklichung sicherstellen. Eine Verfassung kann überhaupt nur die Formen und Rahmen schaffen und bereitstellen, in der sich die ethischen und charismatischen Kräfte, die in einem Volke vorhanden sind, in einer legalen Ordnung äussern können. (...) Die Rechtsnorm schafft weder ein Charisma, noch macht sie es entbehrlich. Sie stellt Zuständigkeitsnormen, Verfahrensnormen und Verhaltensnormen auf, um einen geordneten Ablauf des Willensbildungsprozesses zu gewährleisten. Den Fundus an ethischen, geistigen und politischen Kräften des Volkes setzt sie voraus. Allen gesunden und aufbauenden gesellschaftlichen Kräften einen Rahmen zu bieten, ist ihre eigentliche und einzige Aufgabe » (E. KAUFMANN, *Zur Problematik des Volkswillens*, cit., p. 276).

La letteratura sociologico-politica sul fenomeno del carisma — tema di tipica derivazione weberiana — è ormai da tempo sterminata: per una sintesi ed una prima panoramica bibliografica mi limito a rinviare a L. CAVALLI, *Il capo carismatico*, Bologna 1981; per quanto riguarda invece il fenomeno da un punto di vista giuridico-costituzionale, cfr. ancora G. LEIBHOLZ, *Das Wesen der Repräsentation*, cit., spec. p. 166 ss.; 173 ss. e R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, cit., alla cui trattazione della cd. « *persönliche Integration* » (p. 142 ss.) lo stesso KAUFMANN si ricollega polemicamente in brani come questo: « Es kann natürlich nicht erwartet werden, dass in jedem Augenblick die Gaben des Erkennens, des Wollens und des Durchführens sowie der Fähigkeit zur substantiellen Repräsentation in bestimmten Menschen verkörpert sind oder dass sie gerade an den rechtlich zuständigen Stellen stehen. Das vollzieht sich nur in seltenen Feierstunden der Geschichte. Der Schrei nach der genialen Führerpersönlichkeit ist ein hysterischer Schrei und ein Schrei der Impotenz. Es ist schon viel erreicht, wenn das Spiel der verfassungsrechtlichen Normen stets Männer mit einer dieser Gaben an die zuständigen Stellen bringt und diese sich mit ergänzenden Ratgebern und Gehilfen zu umgeben verstehen. Dies muss freilich stets das Ziel bei der Handhabung der verfassungsrechtlichen Sätze sein » (*Zur Problematik des Volkswillens*, pp. 276-277, spaziatì miei). — Di lì a poco la tematica del potere carismatico sarebbe stata letteralmente 'incorporata' nel dibattito sulla « *Führung* » interno alla dottrina nazionalsocialista: cfr. C. LAVAGNA, *op. cit.*; R. BONNARD, *Le droit et l'Etat dans la doctrine national-socialiste*, Paris 1936.

male (*i.e.* 'giuridica') può dire l'ultima parola. Attendersi qualcosa di diverso non avrebbe infatti alcun senso, poiché è incontrovertibile che la forma giuridica non possa creare, in quanto tale, un carisma, né — inversamente — renderlo inefficace una volta che questo si sia manifestato. È pur vero tuttavia, ammette Kaufmann, che le sopravvalutazioni spiritualistiche del diritto finiscono spesso per non riconoscere questa realtà e questi limiti. Ma, una volta che ci si sia situati saldamente sul terreno dell'ordinamento positivo, il problema diventa allora questo: come riuscire ancora a comprendere giuridicamente il processo 'irrazionale' di formazione delle decisioni? Ovvero: come continuare ad affrontare, in quanto giuristi, problemi come quelli della rappresentanza e dei modi reali di esplicazione della volontà popolare?

Si tratta senza dubbio di una questione di non facile soluzione, che Kaufmann imposta proseguendo, sulla scia delle note tesi gierkiane e haeneliane⁽⁵³⁾, la critica dei principii fondamentali della dogmatica giuridica positivista, e primo fra tutti il concetto di personalità giuridica dello Stato⁽⁵⁴⁾. Kaufmann infatti da una parte ripropone il concetto di Stato come « *korporativer Verband* »⁽⁵⁵⁾, ma dall'altra mira ad estendere — polemizzando contro il veto antigiusnaturalistico dominante nella stessa dottrina non labandiana — l'area dei rapporti di diritto pubblico all'analisi di quei fenomeni sociali la cui spiegazione richiede necessariamente il richiamo a principii metapositivi ed a strutture ontologiche dell'azione concretamente operanti.

Occorre in ogni caso giungere a conciliare le forme storiche di espressione della volontà comune con le costanti metafisiche che presiedono allo svolgimento di ogni agire sociale⁽⁵⁶⁾: conciliare,

⁽⁵³⁾ Contenute, in primo luogo, rispettivamente in *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, cit. (summa della critica gierkiana alla dogmatica positivista) e in *Deutsches Staatsrecht*, vol. I: *Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt*, Leipzig 1892, in cui HAENEL tenta di impostare una costruzione giuridica alternativa a quella labandiana.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. su questo tema la trattazione storiografica di M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., cap. IV.

⁽⁵⁵⁾ Secondo la dizione che era già stata di A. HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, cit., p. 81.

⁽⁵⁶⁾ Così KAUFMANN: « Normativität und Existentialität sind keine

in altre parole, l'organo con la funzione obiettiva, dove però il termine 'funzione' si colora di tonalità ontologiche e sta ad indicare modi elementari di manifestazione del volere che sono presenti in ogni concreta organizzazione positiva. Così, ad esempio, risulta chiaro di qui quale sia il significato teorico-costituzionale di 'modi' quali l'approvazione o la disapprovazione da parte della volontà popolare di azioni o deliberazioni provenienti dall'autorità politica: tale significato viene in luce se si pensa che il popolo può solo approvare (o disapprovare) un contenuto preesistente, alla costruzione del quale ha forzatamente provveduto un altro organo dell'intero. Sia che l'atto sia posto nella forma dell'acclamazione, sia che sia posto in quella dell'elezione dei rappresentanti, va comunque osservato per Kaufmann che esso proviene dall'insieme dei cittadini attivi, e non immediatamente dalla totalità vivente della comunità. Ciò fa concludere che in ogni manifestazione di volontà collettiva è sempre implicito un certo grado di rappresentanza indiretta, il che fa risaltare ancora di più l'errore contenuto nella frase rousseauiana poco sopra considerata, secondo cui « la volonté ne se représente pas »⁽⁵⁷⁾.

Gegensätze; auf dem Gebiete des Ethischen und Geistigen gibt es Existentielles nur auf der Grundlage des Rechts. Es ist ja gerade die Aufgabe des Rechts, die Bedingungen und Voraussetzungen zum Bewusstsein zu bringen und zu formulieren, unter denen Gemeinschaftsleben überhaupt möglich ist, und unter denen die speziellen Gemeinschaftsverhältnisse, deren Harmonie durch Streit gestört werden kann, möglich sind. Nicht Recht und Gericht, nicht Norm und normanwendende Behörden stören den geistigen Integrationsprozess des politischen Lebens, sondern, wenn dieser Prozess gestört ist, sind sie berufen, ihn mit den Mitteln des Geistes wieder harmonisch zu gestalten, ihn wieder herzustellen. In diesem Sinne formuliert das Recht geradezu wesentliche Seinsgesetze des menschlichen Gemeinschaftslebens, die nur im pathologischen Streitfall als dem bloss subjektiven Willen fremde und äussere Sollens-Gesetze erscheinen» (*Probleme der internationalen Gerichtsbarkeit*, in *Grundfragen der internationalen Politik - Vorträge des Carnegie-Lehrstuhls für Aussenpolitik und Geschichte an der Deutschen Hochschule für Politik*, hrsg. v. H. HOLBORN, Berlin und Leipzig 1932, in GS III, p. 308, spaziatii miei).

⁽⁵⁷⁾ Zur Problematik des Volkswillens, cit., p 278. — In un altro scritto successivo KAUFMANN avrebbe confermato questo suo punto di vista

Si può dire così che Kaufmann, nel trattare degli istituti concreti nei quali si esplica storicamente il *Volkswille*, aggiunga un ulteriore elemento di riflessione: questo elemento è dato dalla difesa formale degli istituti della rappresentanza parlamentare nei confronti degli istituti della democrazia autoritaria dei regimi di massa (essenzialmente il plebiscito e le altre espressioni della democrazia 'diretta'), che costituivano, sotto il profilo della teoria costituzionale, la sfida dell'epoca.

Nella cosiddetta « espressione immediata della volontà popolare » (« *unmittelbare Volksabstimmung* »), sostiene infatti Kaufmann, la collettività non può determinare alcunché di positivo: essa può soltanto rispondere « sì » o « no » ad alcune domande, vale a dire approvare o ricusare alcuni contenuti normativi: manca in ciò completamente tutto quanto integra, nella sua positività, una deliberazione, vale a dire una discussione preliminare, la possibilità di apporre emendamenti, ecc. Tutto si riduce invece all'attività di approvazione o ricusazione, che dipende strettamente dal modo in cui la domanda è stata formulata. È questa pertanto la prima legge di formazione del *Volkswille*: quanto più immediatamente la collettività si esprime, tanto più essa risulta priva di influenza su ciò che accade realmente.

Anche il parlamento appare in ultima istanza, secondo Kaufmann, un organo di approvazione o di ricusazione di deliberazioni precedenti (variamente configurabili), e non già un organo del-

su Rousseau: « Der Fanatismus des Rousseau'schen Freiheitsforderung gestattet, ja verlangt, dass man die Menschen zwingen kann, frei zu sein. In unserer sozial gegliederten Gesellschaft kann es demnach keine "volonté générale" geben, bedarf es der Repräsentation des Volkswillens, während Rousseau folgerichtig sagt: "La volonté ne se représente pas". In unserer Gesellschaft kann es nur Mehrheitsentscheidungen geben, müssen diese irren können, kann die Regierung nicht blosser Agent sein, muss sie vielmehr ein selbständiger Faktor der staatlichen Willensbildung sein und bleiben, der, wenn auch von der Mehrheit kontrolliert und von ihr getragen, nie blosser Agent einer nicht realisierbaren "volonté générale" sein kann » (*Die anthropologischen Grundlagen der Staatstheorien - Bemerkungen zu Rousseau, Luther und Kant, in Rechtsprobleme in Staat und Kirche. Festgabe für Rudolf Smend*, Göttingen 1952, Bd. III, in *GS* III, p. 368).

l'azione nel pieno significato della parola. Il parlamento è il quadro formale entro il quale si attua lo scontro tra gruppi di interesse che si costituiscono nei partiti politici al fine di modellare la vita concreta della comunità sociale senza farle perdere l'unità dei punti di riferimento ultimo, ravvisabile nella struttura formale dello Stato⁽⁵⁸⁾.

Riassumendo: il popolo può, in quanto tale, solo approvare o ricusare contenuti di valore che ad esso vengono proposti dall'esterno. La collettività non può infatti presentare positivamente alcun contenuto, né alcun « candidato » suo proprio: questo principio vale non solo per gli istituti di diritto pubblico, ma ovunque si abbiano norme di regolamentazione giuridica di organi e forme tipiche di esplicazione della volontà, ovvero a proposito di ogni associazione, gruppo, società commerciale, unione, organizzazione, e quindi anche organizzazione partitica. Robert Michels ha spiegato con estrema chiarezza quali siano le leggi della formazione della volontà là dove élites reggano il quadro dell'accadere sociale.

⁽⁵⁸⁾ Questo poiché, per Kaufmann, il pericolo sempre incombente è quello della dissoluzione della comunità nel caos della guerra civile — tema tipicamente schmittiano cui Kaufmann fornisce una risposta assai diversa da quella di Schmitt, ed attenta a valutare le debolezze della soluzione plebiscitaria: « Ein Volk, in dem die inneren Gegensätze lebendiger sind als die einende Kraft der politischen Schicksalsgemeinschaft und des Zwanges zum geordneten politischen Handeln, in den Abgrund eines Bürgerkrieges gerissen wird. Die rein plebisitäre Regierungsform, der Bonapartismus, setzt einen Bonaparte voraus; fehlt der, so bedeutete sie die Allgewalt der Bürokratie, die allein über die zum Plebiszit zu stellenden Fragen zu entscheiden hätte. Eine plebisitäre Regierungsform bleibt stets prekär, weil man nicht sagen kann, woher der neue Bonaparte kommen soll, wenn der bisherige plebisitär unterliegt » (*Zur Problematik des Volkswillens*, p. 280).

Kaufmann avrebbe ripreso la propria critica a Schmitt, precisandone la portata ed il significato generale, nella lettera aperta a Ernst Forsthoff: *Carl Schmitt und seine Schule*, in « Deutsche Rundschau », 84, 1958, pp. 1013-1015 (ora in GS III, pp. 375-377). Su questa problematica in Schmitt cfr. soprattutto, da noi in Italia, F. MERCADANTE, *La democrazia plebiscitaria*, Milano 1974, pp. 63-152 (« *La democrazia dell'identità nella dottrina di Carl Schmitt* »), e P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano 1982, spec. capitolo II.

CAPITOLO V

IL PROBLEMA DELLA GIUSTIZIA INTERNAZIONALE E IL « FONDAMENTO NON SCRITTO » DEL DIRITTO

« Il est naturel de poser la question de savoir où l'on trouve ces règles au sujet desquelles le droit écrit garde le silence... ».

(E. KAUFMANN, *Règles générales du droit de la paix*, 1935).

« ... il faut, pleins de confiance en notre conscience morale comme en notre raison, d'une part, interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice; d'autre part, s'adresser au phénomènes sociaux, pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent ».

(F. GÉNY, *Méthode et sources en droit privé positif*, vol. II).

Si è già detto come, secondo Kaufmann, il problema del significato e dell'efficacia della *Rechtsidee* rispetto alla realtà storica dell'ordinamento giuridico positivo possa essere illuminato soprattutto a partire dall'ambito del diritto internazionale.

È in questa prospettiva infatti che, riscontrandosi la mancanza di un'autorità suprema, la questione del fondamento teorico della giustizia assume la maggiore possibile evidenza, conducendo infine ogni intelletto ragionante a scartare le assunzioni del positivismo sociologico e del realismo volgare, ovvero la tendenza a non problematizzare ulteriormente il « dato di fatto » dell'ordinamento internazionale, e ad accettarlo invece

come unica entità 'positiva', scaturente dalla semplice osservazione⁽¹⁾. Nell'ambito di quest'ultima tendenza, invece, l'*idea obiettiva* del « giusto », che singole personalità eticamente affinate e dedite ad una continua ricerca di perfezionamento interiore riescono comunque ancora ad intuire, diviene un fenomeno inesplicabile, e non si contribuisce in alcun modo a risolvere il compito assai importante di analizzare i modi concreti in cui questa idea obiettiva entra in rapporto con l'esperienza giuridica⁽²⁾.

(1) Cfr., per una rassegna delle principali posizioni, R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., cap. I. Lo stesso Quadri non si distacca però — sembra di capire — da una forma di « realismo psicologico »; per un punto di vista, invece, analogo a quello sostenuto da Kaufmann, cfr. F.A. Freiherr von der HEYDTE (discepolo di Kaufmann), *Völkerrecht. Ein Lehrbuch*, Köln 1958, vol. I, spec. pp. 19-26 e A. von VERDROSS, *Völkerrecht*, cit.

(2) In questo senso si esprime ripetutamente Kaufmann, il quale sembra voler coniugare la « *Rechtsidee* » obiettiva, necessaria a rendere intelligibili i « fatti » del diritto internazionale, con la disposizione soggettiva alla saggezza da parte dei giudici e dei governanti.

A questo ideale quasi platonico, e per molti versi simile a quello nutrito dal 'secondo' Gustav RADBRUCH, approda il Kaufmann maturo, che reinterpreta così le considerazioni del *Wesen des Völkerrechts* (si pensi soprattutto allè soluzioni fornite ai problemi della clausola *rebus sic stantibus* ed al cd. « *absolutes Selbsterhaltungsrecht* » statale!). Ma ecco Kaufmann: « Das Problem der internationalen Gerichtsbarkeit unterscheidet sich darum im letzten Grunde nicht von allen grossen Problemen des menschlichen Lebens und des Gemeinschaftslebens. Die objektiven Einrichtungen und ihre feine technische Durchbildung allein tun es nicht; sie müssen da sein und vollendet ausgebildet sein. Aber alle objektiven Institutionen bedürfen eines bestimmten, ihnen zugeordneten subjektiven Ethos, das sie trägt und lebendig erhält. Alle letzten Fragen menschlichen Handelns und menschlichen Wirkens sind Fragen des Geistes und Fragen der Moral » (*Probleme der internationalen Gerichtsbarkeit*, cit., in *GS III*, p. 319). « Aber freilich, in sinnvolles Leben in der Welt, in die wir hineingeboren und in der zu handeln wir berufen sind, ist nur möglich, wenn weder diese Welt noch unser Inneres völlig chaotisch sind; das heisst, wenn es eine moralische Ordnung gibt und wenn unsere Seele nach oben offen ist als ein Gefäss, das fähig ist, geistige Werte zu empfangen. Auch wenn sie kein reine Gefäss ist, so muss sie doch auf einen *kosmos noetos* hingeordnet sein. Gemeinschaft mit anderen hat nicht nur die Gemeinschaft der äusseren Welt, sondern auch die eines *kosmos noetos* zur Voraussetzung » (*Die anthropologischen Grundlagen der Staatstheorien*, cit., in *GS III*, p. 374).

Il punto di partenza di Kaufmann è la frase — assai centrata — con cui Montesquieu illustra la propria convinzione dell'esistenza di un *ordo ordinans* necessariamente presupposto: « Avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux » (3). Quale senso avrebbero infatti i concetti del diritto e dell'etica una volta che fossero stati svuotati dell'idea del giusto? E come potrebbe quest'idea del giusto non essere pensata come obbiettiva, al di là dei singoli contenuti (certo, solo « soggettivamente giusti ») empiricamente osservabili? Il positivismo sociologico non è in grado di cogliere il senso di queste domande fondamentali: così per Léon Duguit — che Kaufmann considera uno dei maggiori rappresentanti della dottrina sociologico-positivistica in campo giuridico — vige una pregiudiziale antimetafisica che ostacola, anziché agevolare, la comprensione della realtà empirica stessa (4).

Per Duguit, sostiene Kaufmann, il diritto non consiste in un prodotto della volontà statale, ma piuttosto in una creazione immediata dell'evoluzione sociale: il diritto è l'emanazione diretta dei rapporti sociali, ovvero semplice espressione di « fatti » sociali, considerati come la « realtà ». Lo Stato invece è sottoposto alla « *règle de droit* » (5), la quale però non è vista come idea,

(3) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, I, 1, cit., da KAUFMANN in *Règles générales du droit de la paix*, in « *Recueil des Cours* », cit., p. 461 (GS III, p. 343).

(4) Cfr., su questo punto, F. GÉNY, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, « *Revue trimestrielle de droit civil* », 1922, pp. 801 ss.; L. LE FUR, *Le fondement du droit dans la doctrine de Léon Duguit*, « *Archives de philosophie du droit* », I/1932, pp. 175 ss.; G. GURVITCH, *L'idée du droit social et l'objectivisme sensualiste de Léon Duguit*, in *L'idée du droit social*, cit., pp. 595 ss. — Come osserva LE FUR in altro luogo (« *Recueil des Cours* », IV, 1935, p. 72), la dottrina di Duguit sulla natura del diritto internazionale si trova esposta principalmente nella seconda e terza edizione del grande *Traité de droit constitutionnel* (Paris, t. I, §§ 13 e 62).

(5) « J'estime qu'en fin de compte peu importe le fondement qu'on donne au droit; l'important est d'affirmer énergiquement qu'il existe une

ma come norma tra le norme, positivisticamente. È dunque particolarmente importante, secondo Kaufmann, procedere a criticare l'impostazione duguitiana, che parecchio seguito aveva avuto anche sul piano della teoria del diritto internazionale⁽⁶⁾, e far partire una nuova ricerca che sappia avvalersi costruttivamente della grande tradizione del diritto naturale, in special modo della « idea del diritto » da quest'ultima elaborata. François Gény e Maurice Hauriou sono, a questo proposito, i punti di riferimento kaufmanniani.

Le pagine delle *Règles générales du droit de la paix* hanno dunque la funzione di rinnovare i rapporti tra la filosofia anticlassica e la grande giurisprudenza europea di diritto internazionale. Ciò implica su un piano metafisico il recupero di quello che Kaufmann definisce un *realismo autentico*. Ogni analisi approfondita della realtà conduce infatti al reperimento di elementi ideali che, benché non osservabili esteriormente e lontani anche dal possedere un'esistenza semplicemente soggettiva o psicologica, sono costitutivi di fenomeni reali: si tratta di categorie generali e di forme sostanziali inerenti alle sostanze particolari ed individuali. Accade così che soltanto quando ci si renda conto della penetrazione reciproca sussistente tra questi due tipi di sostanza, si possa evitare di considerare come assoluto ciò che non è altro che relativo e viceversa. Infatti, soltanto un punto di vista che sappia osservare e riunire gli elementi costanti e statici, da una parte, e quelli dinamici dall'altra, permette di cogliere la realtà obiettiva collocandola nel tempo e nello spazio⁽⁷⁾

règle de droit antérieure et supérieure à l'Etat et qui s'impose à lui » (L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, IIe éd. cit., vol. II, p. 93; vol. III, pp. 547-8). Per la critica, cfr. soprattutto M. HAURIOU, *Théorie de l'institution*, trad. it. cit., pp. 44 ss.; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Bruxelles 1944, § 107; 112 ss.

⁽⁶⁾ E. KAUFMANN, *Règles*, cit., p. 318 ss.; L. LE FUR, « *Recueil des Cours* », cit.

⁽⁷⁾ Un brano di KAUFMANN in questo senso, che non esiteremmo a definire neo-aristotelico ed onto-teologico, nelle *Règles*, p. 319. — Ma, nella teoria generale del diritto di lingua francese, questa tendenza dottrinale deve essere collegata essenzialmente alla produzione scientifica di G. RENARD e J. DABIN.

Quanto allo pseudo-idealismo che è capace di vedere negli elementi spirituali costanti nient'altro che astrazioni analitiche, esso è erroneo così come lo sarebbe uno pseudo-idealismo, che non vi vedesse altro che manifestazioni di uno spirito soggettivo. Non diversamente, uno pseudo-realismo che neghi l'esistenza obiettiva di elementi ideali (psicologismo), ovvero non riconosca come reale ed oggettivo altro che ciò che risulta empiricamente osservabile (sensismo), o che appartiene al mondo materiale (ad es. materialismo economico), sarebbe incapace di afferrare la vera realtà. Un autentico realismo ed un autentico idealismo si escludono tanto poco reciprocamente, da potersi dire senza errore che essi designano la medesima tendenza conoscitiva: l'idealismo obiettivo è anche un realismo metafisico.

In questa prospettiva filosofica dovrà essere posto anche il problema dell'ordinamento internazionale, prestando attenzione ad evidenziare i principii generali e le regole che — quali strutture « reali » di senso — dominano i rapporti tra gli Stati appartenenti alla comunità internazionale e che sono costitutivi dell'ordine di questa comunità.

a) I principii generali del diritto internazionale non scritto.

Prima di tutto va detto che la distinzione tra diritto internazionale generale non scritto e diritto internazionale particolare scritto non deve essere presa in assoluto, quasi che sia possibile separare nettamente le due sfere. Si consideri ad esempio che il patto della Società delle Nazioni, benché in vigore solo tra gli Stati membri, voleva esprimere con le sue regole idee generali e tendenti il più possibile all'universalità: in esso si combinavano quindi la generalità del principio e la convenzionalità della scrittura. Quest'esempio, ed altri ancora possibili, pongono il problema del rapporto teorico tra forma giuridica generale e forma giuridica particolare, che Kaufmann ritiene di dover affrontare preliminarmente alla trattazione concreta delle *Règles*.

Ora, malgrado su un piano logico il generale debba essere necessariamente pensato come anteriore rispetto al particolare, nello sviluppo reale delle cose il generale si manifesta sempre

innanzitutto nelle forme del particolare: si può dire anzi che esso consiste nel segno che idee generali conferiscono ad una forma particolare. Ci si trova così posti spesso di fronte al problema di capire se una regola particolare (« *règle particulière* ») sia davvero soltanto particolare, o non sia invece la veste particolare di una regola generale.

La distinzione tra diritto generale e diritto particolare risulta pertanto essere nient'altro che un aspetto del problema delle relazioni logiche che sussistono, in astratto, tra generalità e particolarità, ovvero della grande questione teoretica che ha occupato lo spirito umano fin dalla filosofia antica, pre-aristotelica e anche pre-platonica. Infatti il generale influisce sempre sul particolare, ne è in qualche modo l'anima, la forma, ovvero la forza formativa, l'energia vivente. D'altronde è anche vero l'inverso: cioè che il particolare, benché costituisca — come si è detto — la determinazione e la specificazione del generale, non rappresenta in alcun modo una privazione o un difetto rispetto a questo: al contrario, ne rafforza l'immagine sostanziale (εἶδος) nella forma visibile (μορφή) e nelle leggi individuali che lo contraddistinguono, e possiede così una propria dignità reale⁽⁸⁾.

Nella prassi giuridica concreta accade non raramente che si giunga a dover decidere di una fattispecie la quale non trova riscontro in alcun testo scritto, dal momento che il diritto particolare scritto appare muto sul punto in questione. È allora che il diritto generale non scritto viene in soccorso, rivelando se nel caso specifico (ad es. di diritto internazionale) vi sia una regola che autorizza lo Stato ad agire liberamente in base al proprio apprezzamento della situazione, ovvero vi sia una regola che limita la libertà d'azione statale.

Va considerato inoltre, che, tra le regole generali che prendono corpo nel diritto internazionale, si possono annoverare regole universali che non sono, in quanto tali, proprie del solo diritto, ma che appartengono invece ad un ordine etico ideale capace di far sentire i propri effetti anche sui valori del diritto interno (civile, pubblico e procedurale). Un'attenzione del tutto particolare dovrà essere dedicata quindi a quelle regole che rivelano l'unità

(8) E. KAUFMANN, *Règles*, cit., p. 314.

dell'idea del diritto nella diversità degli ambiti giuridici positivi. Infatti, dietro alla varietà delle regole tecniche e delle norme, esistono fondamentali uniformità del diritto, che occorre ricercare per poter afferrare il senso dell'esperienza nel suo complesso. Le regole generali del diritto internazionale, in questo senso, non costituiscono affatto un sistema puramente astratto e separato dal diritto particolare: esse formano una parte integrante del corpo giuridico positivo, fornendo il senso allo stesso diritto convenzionale. Senza coscienza di questo diritto generale, il diritto particolare non potrebbe essere applicato né spiegato scientificamente⁽⁹⁾.

Ma proprio di qui partono le difficoltà maggiori, relative al modo concreto in cui può avvenire il rilevamento dei principii generali sui quali il diritto scritto tace. Ciò soprattutto perché l'educazione giuridica europea si fonda sul primato implicito del diritto interno, solitamente codificato, ed anche se è vero che i codici contengono una parte dedicata ai principii generali, si è persa per lo più — tra i giuristi pratici — la capacità di valutarne compiutamente la portata. Si tende a dimenticare infatti, sulla scia della giurisprudenza statualistica ottocentesca, che le parti generali dei codici, prima di essere in questi incorporate, sono state il frutto di ricerche scientifiche e di attività giurisprudenziali e giurisdizionali secolari⁽¹⁰⁾, che solo il « fétichisme de la loi écrite » (F. Génv) dovuto alla dogmatica positivista dello Stato borghese ottocentesco ha costantemente rimosso ed ignorato⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ *Règles*, p. 315.

⁽¹⁰⁾ Cfr. in generale, per una ricostruzione filosofico-giuridica e storico-culturale del problema, L. LOMBARDI, *Saggio*, cit., spec. primi tre capitoli; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976.

⁽¹¹⁾ Prova ne sia, come è risaputo, che i popoli anglosassoni « ont témoigné plus de confiance dans le droit trouvé pour l'espèce concrète que dans le droit abstrait formulé par le législateur; ils ont ainsi élaboré un réseau, de plus en plus perfectionné, de *case laws* dont la substance juridique n'en est pas moins établie. Dans la fabrication du tapis du droit international, à laquelle toutes les nations ont apporté leurs contributions spécifiques, la part anglo-saxonne est très considérable, au point de vue des résultats aussi bien que de la méthode juridique » (*Règles*, p. 316).

Occorrerà quindi per Kaufmann, tenuto conto di tutto ciò, suddividere la trattazione in due punti concettualmente distinti ma, in realtà, profondamente collegati l'uno con l'altro: relativo alla dottrina dei principii generali del diritto internazionale (soprattutto alla luce dello Statuto della Corte permanente di giustizia dell'Aja) il primo, ed alla dottrina dei principii generali della giustizia, il secondo. Quest'ultimo punto consentirà di chiarire ancora meglio il rapporto che lega il concetto di giustizia a quello di « *institution* » e di « *ordre* » nell'istituzionalismo kaufmanniano, evidenziando i punti di contatto con il pensiero di Hauriou, cui si era già fatto cenno.

Kaufmann assume come punto di partenza l'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia e nota come in questo articolo il problema dei principii generali del diritto compaia come caso particolare del problema delle fonti del diritto internazionale. In questa prospettiva, « fonti del diritto internazionale » risultano essere: in primo luogo « *les conventions internationales, soit générales, soit spéciales* »⁽¹²⁾; in secondo luogo, « *la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit* »⁽¹³⁾; ed infine « *les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* »⁽¹⁴⁾. Secondo Kaufmann

(12) « Il faut assimiler aux conventions tous les textes que les Etats en litige ont reconnus comme obligatoires pour eux, tels que les décisions d'organes internationaux qu'ils ont acceptées d'avance ou après coup, ou qu'ils ont approuvées par leur participation au vote » (*Règles*, cit., p. 494).

(13) Questo secondo comma dell'articolo indica che « ce n'est pas l'attitude, même souvent renouvelée, l'habitude comme telle, qui permet de conclure à des règles de droit, mais que la 'coutume' doit être qualifiée et caractérisée par l'élément de l'*opinio juris*: les mêmes attitudes observées par les mêmes Etats dans les mêmes circonstances ne constituent pas comme telles un 'droit' coutumier. Il faut que le lien spirituel qui les relie soit la conviction qu'elles sont dictées par le droit; lorsque ce sont des liens et convictions d'un autre genre qui ont dicté la 'pratique générale', on n'est pas en présence de droit coutumier » (*Règles*, p. 501).

(14) L'art. 38 va integrato comunque con l'art. 36, che al comma 4 prevede un ulteriore elemento: « les décisions judiciaires », poste sullo stesso piano de « la doctrine des publicistes les plus qualifiés », ma con la semplice funzione — entrambe — di fornire un « moyen auxiliaire de détermination

gli autori dello Statuto avevano inteso, malgrado le numerose obiezioni sollevate dalla dottrina, la categoria dei principii come indicativa di regole non ricomprese nelle altre voci dell'articolo. Tali regole costituivano *jus cogens*, e non meramente *jus dispositivum*.

Dovendo riassumere la problematica posta alla base dell'assunzione del principio come fonte⁽¹⁵⁾, si può dire che, certamente, i principii generali sono spesso impliciti nelle forme convenzionali, e che inoltre anche « par la coutume on arrive à la reconnaissance des principes généraux »⁽¹⁶⁾; tuttavia che essi possono essere rilevati pure dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Occorre infatti

des règles du droit ». In ogni caso, osserva KAUFMANN che « le fait que le Statut caractérise les règles conventionnelles comme 'expressément' reconnues n'exclut évidemment pas que les règles 'impliquées' ne soient appliquées en même rang. Et, lorsque le Statut place les conventions au premier rang et ne mentionne les principes généraux qu'au numéro 3, il n'en veut pas renverser l'ordre hiérarchique entre droit général et droit particulier, et entre principes généraux non écrits et droit écrit. Nous avons vu que précisément le problème de l'interprétation de la 'volonté d'un traité' présuppose cette hiérarchie. L'oeuvre d'interprétation d'un texte cherche à découvrir ce qui se trouve 'derrière' le texte et qui n'est pas la 'volonté subjective des Parties contractantes', mais une objectivité 'au-dessus' de cette volonté: le but objectif du traité, son objet. C'est cet objet transcendant de la volonté des Parties, qui a la puissance génératrice de règles non formulées » (*Règles*, pp. 494-5).

Per una panoramica delle difficoltà presentate dall'interpretazione dell'art. 38, cfr. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., pp. 109 ss.; 119 ss., il quale però aderisce ad una dottrina assai differente. Nel senso di KAUFMANN, cfr. invece, tra gli altri, A. v. VERDROSS, in « Zeitschrift für öffentliches Recht », 1936, pp. 87 ss.; F.A. Freiherr von der HEYDTE, *Die Erscheinungsformen des zwischenstaatlichen Rechts: « jus cogens » und « jus dispositivum » im Völkerrecht*, in « Zeitschrift für Völkerrecht », 1932, pp. 461 ss. — Più in particolare, sul problema in questione, G. BALLADORE PALLIERI, *I principii generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili nell'art. 38 dello Statuto della Corte permanente di giustizia internazionale dell'Aja*, Torino 1931; WOLFF, *Les principes généraux du droit applicables dans les rapports internationaux*, in « *Recueil des Cours* », II, 1931, p. 544 ss.

⁽¹⁵⁾ Kaufmann si richiama apertamente, in questo senso, all'esposizione del conte STAUFFENBERG, *Statut et règlement de la Cour permanente de justice internationale. Eléments d'interprétation*, p. 274 ss. (cfr. *Règles*, p. 508).

⁽¹⁶⁾ STAUFFENBERG, *op. cit.* (*Règles*, ibidem).

considerare che esistono principii giuridici, esterni e ' superiori ' alle concrete controversie, i quali non provengono da una regola consuetudinaria, vuoi perché privi di precedenti, vuoi perché i precedenti — pur sussistendo — non sono sufficientemente numerosi o seguiti al punto di dar luogo ad una regola consuetudinaria. In tal caso la corte di giustizia deve procedere a sviluppare (« *développer* ») il diritto, fissando in norme di diritto giurisdizionale il contenuto di regole latenti « qui s'imposent à la raison des peuples par la force des principes desquels on les avait déduites »⁽¹⁷⁾. I principii menzionati al comma 3 dell'art. 38 saranno pertanto in primo luogo quelli accettati da tutte le nazioni *in foro domestico*, ovvero nel campo del diritto interno, come ad esempio i principii procedurali, il principio di buona fede, quello di cosa giudicata, ecc., — ogniqualvolta cioè si presenti la necessità di introdurre, mediante norme di giustizia obiettiva, « des conditions qui fussent de nature à prévenir l'arbitraire »⁽¹⁸⁾.

Il problema diviene allora a questo punto quello di scoprire quali siano le condizioni occorrenti a far sì che l'intervento del tribunale internazionale abbia l'effetto di creare veri e propri principii di giustizia obiettiva. Inanzitutto — va pensato — occorre che i principii possiedano un'evidenza particolare (« *évidence particulière* ») che li faccia assurgere, una volta riprodotti nelle sentenze, a vere e proprie regole, al di là del rapporto concreto tra le parti. Le sentenze devono cioè poggiare su motivazioni che facciano chiaramente risultare le regole generali da cui prendono vita, così da poter valere in seguito anche per casi analoghi. Con le parole di Max Huber: « la decisione giudiziaria trae la propria autorità non dal fatto di adattarsi perfettamente alle esigenze di una situazione particolare e momentanea, ma dal fatto che essa riposa su ragioni che sono dotate di un valore generale al di fuori del caso concreto, nonché di una forza decisiva nei confronti di tutti. Le istituzioni giudiziarie si fondano su due principii di ordine spirituale: la logica giuridica, elemento razionale, e la giustizia, elemento morale ... La garanzia di tale elevazione, di tale indipen-

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁸⁾ STAUFFENBERG, *op. cit.* (*Règles*, p. 509).

denza, è data per il giudice dall'enumerazione dei motivi (« *motifs* ») da cui è fatta dipendere la decisione. Le motivazioni (« *considérants* ») costituiscono qualcosa come l'anima della sentenza. Essa ha valore di cosa giudicata non solo tra le parti, ma nei confronti della Corte stessa »⁽¹⁹⁾.

Le decisioni giudiziarie devono dunque presupporre l'esistenza di regole generali dotate di una precisione e di una determinazione sufficienti ad imporsi alla coscienza ed alla ragione giuridica: in una parola, esse devono essere portatrici di una « *évidence spécifiquement judiciaire* ». È facile intuire che, alla luce dell'art. 38, possiederanno una simile evidenza giudiziaria solo quei principii generali che — vere e proprie « idee del diritto » — siano suscettibili di una determinazione concettuale e di una precisa applicazione.

Ma quali sono allora, dettagliatamente, tali principii? In primo luogo, ritiene Kaufmann⁽²⁰⁾, il principio della *buona fede*, riscontrabile in tutti i campi del diritto, alla cui base sta l'idea della protezione della fiducia (« *confiance* ») e della sicurezza. In base a questo principio, la cui portata nel campo del diritto internazionale è particolarmente evidente, ogni soggetto (ogni Stato) ha diritto a non essere ingannato nella propria attesa legittima di uno sviluppo naturale del rapporto giuridico instaurato con la controparte; la sua attesa appare legittima allorché risulta fondata sulla fiducia nelle dichiarazioni o nel comportamento concludente delle altre parti, ovvero in uno sviluppo 'normale', vale a dire conforme alle leggi intrinseche al rapporto sociale in questione⁽²¹⁾, che le altre parti sono obbligate a rispettare. Quanto

⁽¹⁹⁾ M. HUBER, in *Publications de la Cour* (série C. n° 7, I, p. 18). Il passo cui si riferisce Kaufmann è tratto da un discorso inaugurale pronunciato da Huber il 16 gennaio 1935, in occasione della ripresa della presidenza della Corte di giustizia internazionale. Su Huber, cfr. il commosso articolo di Kaufmann (assai più di un semplice necrologio): *Max Huber - ein grosser Rechtsgelehrter* (Bonn, 16 giugno 1960), ora in *GS III*, pp. 378-390). Per una critica 'immanente' delle posizioni di Huber, cfr. già L. NELSON, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht*, cit., cap. IV.

⁽²⁰⁾ *Règles*, cit., pp. 510 ss.

⁽²¹⁾ In questa espressione kaufmanniana (« *lois intrinsèques du rapport social* ») è probabilmente ravvisabile un richiamo implicito alla nozione di « natura della cosa » (« *Natur der Sache* »), che Kaufmann usa con sicu-

poi alle misure che ogni soggetto deve prendere al fine di premunirsi nei confronti di una possibile attività pregiudizievole delle controparti, esse variano col variare dei caratteri particolari propri del rapporto giuridico di cui si tratta⁽²²⁾.

Il principio di buona fede presenta dunque un duplice aspetto: da una parte esso protegge la fiducia, ma dall'altra non dispensa

rezza in più d'un contesto, specie negli scritti del secondo dopoguerra [cfr. il *Vorwort* del 1960 alle *GS III*, cit., p. XXXVII: « Die ' Dinge ' haben eine ' Vernunft ', die der Mensch vernehmen soll; das bedeutet, dass er sie erkennen, aber auch verkennen kann. Die ' Natur der Sache ', von der die Rechtsphilosophie immer wieder spricht, ist keine (neukantische) ' Denkform ' neben anderen Denkformen oder ein (neukantischer) ' Idealtypus ' (Radbruch in der *Laun-Festschrift*, 1948), sondern die in der ' Sache ' verwirklichte und durchscheinende ' Idee ' »].

Sul problema teorico-generale della « natura della cosa » fa il punto, criticamente, N. BOBBIO nel suo scritto *Über den Begriff der Natur der Sache* (apparso nell'« *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* », XLIV, 1958 e tradotto e ricompreso in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 197 ss.). Bobbio propone di pervenire ad una definizione tecnica del concetto facendo coincidere la « natura della cosa » con quello che è, sul piano metodologico-interpretativo, il cd. « ragionamento teleologico », e sostituendo infine « l'espressione troppo vaga di n.d.c. con quella di ' funzione economico-sociale ' di un istituto » (p. 212). Non so tuttavia se una simile soluzione riesca davvero ad evitare — come Bobbio ritiene — di ricadere sotto la critica che lo stesso Bobbio muove ad ASQUINI, il quale (in « *Archivio giuridico* », LXXVI, 1921, pp. 129-167) interpretava il concetto di n.d.c. « in modo da spogliarlo — è vero — di ogni suo intento polemico, ma anche della sua ragione di essere, che sta proprio nel suggerire al giurista l'idea dell'esistenza di una realtà oggettiva da cui egli possa trarre regole giuridiche » (BOBBIO, *op. cit.*, p. 199). Personalmente credo che, al di là di ogni legittimo tentativo di ridefinizione del concetto, la « natura della cosa » stia e cada con l'impostazione metafisico-realistica che essa necessariamente presuppone in sede filosofico-generale. È difficile, insomma, parlare di n.d.c. restando al di fuori delle dottrine obiettivistico-istituzionalistiche e dei loro concetti-corollario di « *Dingbegriff* », « *institution réelle* », ecc. sostenuti conseguentemente da Kaufmann e da Hauriou. Allo snaturamento del concetto è senz'altro preferibile l'aperta rinuncia all'uso del concetto stesso.

(22) Kaufmann rinvia a questo proposito al proprio *Wesen des Völkerrechts*, cit., pp. 225-226, ed all'importante articolo di J.W. HEDEMANN, *Verwendung von Denkformen des bürgerlichen Rechts in der Politik und im Völkerrecht*, in « *Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt* », LXII, 1915, pp. 121-122.

dall'osservanza dell'adagio « *vigilanti jus est scriptum* », ovvero « *trau schau wem* » (« guarda a chi presti la tua fiducia »). Da una parte, cioè, è destinato a far prevalere le ragioni dell'equità sulle pure formalità del diritto convenzionale; dall'altra attribuisce un'importanza particolare alla forma solenne conferita agli impegni assunti, al fine di rafforzare la fiducia nel loro valore.

A prima vista si potrebbe essere portati a vedere in questa « testa di Giano » del principio di buona fede una disturbante ambiguità, il che si tradurrebbe nella mancanza di quella precisione concettuale che si è visto essere il requisito necessario ai fini dell'applicabilità giudiziaria di un principio generale. Ma in realtà non è così per Kaufmann, poiché il principio di buona fede « *renvoie aux caractères et buts, aux entéléchies spéciaux de rapports sociaux suffisamment déterminés et spécialisés; ce sont précisément ces spécialités qui le précisent et le déterminent pour l'application judiciaire: la ratio, qui est à la base de ces rapports sociaux, fournit les arguments rationnels nécessaires pour l'évidence judiciaire* »⁽²³⁾. Il principio di buona fede è, in qualche modo, un principio 'in bianco', ma non per questo deve essere considerato completamente 'vuoto': esso infatti rinvia a contenuti materiali di razionalità che lo completano; non può comunque produrre effetti concreti senza un atto preliminare di regolamentazione.

Di tutt'altra natura è invece il principio di autodeterminazione (« *self-determination* ») dei popoli, il quale — costituendo certamente uno (ma non il solo!) dei principii che presiedono al fenomeno della formazione e delle trasformazioni degli Stati — difetta probabilmente della precisione e della determinatezza necessarie a dar luogo all'applicazione giudiziaria, — e ciò specialmente allorché vi sia conflitto tra gli Stati interessati.

Il principio di autodeterminazione rientra nell'ambito della giustizia distributiva e, per risultare applicabile in sede giudiziaria, deve preliminarmente essere stato precisato in relazione al caso concreto cui si riferisce. Comunque, una volta che tali precisazioni siano intervenute, il principio — con tutte le sue conseguenze ed

(23) E. KAUFMANN, *Règles*, cit., p. 511.

i suoi corollari — va considerato come immediatamente applicabile in sede giudiziaria internazionale, e va ritenuto inoltre in grado di funzionare anche come fonte ausiliaria, guidando l'attività interpretativa e colmando le lacune o i difetti rilevabili nei testi scritti. In concreto però si può dire che la giurisprudenza internazionale — e ciò è particolarmente evidente nel parere espresso dalla Commissione internazionale della Società delle Nazioni sul caso delle isole Aaland⁽²⁴⁾ — dimostra come il problema fondamentale sia sempre quello di sapere se, nel caso in esame, si presentino o meno situazioni estreme (ad esempio quella costituita da un abuso continuato e manifesto dei diritti di sovranità di un determinato Stato) che rendano il principio evidentemente applicabile.

Una terza categoria, intermedia alle prime due, è costituita dai principii di coesistenza e di « *bon voisinage* » che regolano, ad esempio, la materia del diritto internazionale fluviale. Si ha

(24) « Cette Commission, qui était composée de trois des plus éminents juristes (MM. Larnaude, Struycken et Max Huber), a toutefois laissé ouvert le “ point de savoir si un abus manifeste et continu de la souveraineté au détriment de la population d'un Etat pourrait, le cas échéant, donner à un conflit international, qui s'élèverait à ce sujet, un caractère tel que son objet dût être considéré comme dépassant les limites de la compétence exclusive de l'Etat en cause ». D'autre part, la Commission a reconnu que, dans des circonstances extraordinaires de fait, résultant de transformation politiques, le fait que pareille transformation “ a sa cause et prend sa source dans les manifestations séparatistes de la population, invoquant le principe que les peuples doivent disposer d'eux-mêmes », entraîne la conséquence que la question n'appartient pas à la compétence exclusive des Etats en cause, mais rentre dans la sphère des compétences du Conseil de la S.d.N., appelé à recommander des solutions qu'il considérera comme les “ plus équitables et les mieux appropriées à l'espèce ” ».

Conclude Kaufmann che « le principe de *self-determination* n'est donc pas un principe qui ne serait d'aucune relevance dans le domaine du droit international: il fournit un élément essentiel d'appréciation pour les litiges internationaux à l'occasion des situations de fait, transitoires et inachevées, mais qui peuvent s'étendre à une période prolongée, et résultant de la formation, de la transformation et du démembrement d'Etats, éventuellement même vis-à-vis d'Etats définitivement constitués, lorsqu'un abus manifeste et continu de la souveraineté a donné lieu à un litige international » (E. KAUFMANN, *Règles*, pp. 367-368).

infatti in questo caso uno speciale rapporto sociale di vicinato tra le popolazioni abitanti le rive di un fiume di interesse internazionale, che separa o semplicemente attraversa più Stati. Ma poiché gli interessi in gioco sono complessi ed il giusto equilibrio tra di essi è quanto mai difficile da conseguire, i principii generali che sono chiamati a definire i rapporti di vicinato esigono una determinazione convenzionale (regolamentare) ulteriore. In mancanza di ciò, non appare possibile trarre altro che **diritti imperfetti**.

I tre esempi fin qui delineati permettono di classificare i principii generali del diritto in tre gruppi. Primo gruppo: l'applicazione dei principii esige l'intervento di un atto regolamentare (legislativo, convenzionale o consuetudinario). Prima eventualità: l'atto in questione non è intervenuto; il principio resta allora **extra-legale**, ed il giudice non può prenderlo in considerazione altro che come limite del proprio potere. Seconda eventualità: l'atto regolamentare è intervenuto; il principio viene allora legalizzato, ma non cessa di essere, nella propria natura, **sovrà (meta- o trans-) legale**, nel senso che continua a preesistere all'atto regolamentare ed a restare 'dietro' e 'alla base' della regolamentazione. Secondo gruppo: l'applicazione dei principii non esige un atto di regolamentazione, poiché tali principii sono suscettibili di applicazione giudiziaria in quanto tali (nessuna difficoltà in questo caso). Terzo gruppo: il principio in quanto tale è applicabile da parte dei giudici, ma perché esso produca **pieni effetti** occorre l'intervento di un atto regolamentare che precisi la materia. Una volta che questo sia intervenuto, ci troviamo in presenza della seconda eventualità del primo gruppo. In mancanza, il principio appare, sotto il profilo dell'applicazione giudiziaria, **imperfetto**; si tratta cioè di un ibrido, con la conseguenza che il giudice non lo può applicare altro che ai casi estremi.

Risulta da quanto si è detto finora che anche i principii extralegali sono principii generali di diritto in senso lato: essi contribuiscono a formulare idee giuridiche e ad enunciare concrete motivazioni nell'ambito processuale. Non sono dunque affatto **extragiuridici**: sono invece suscettibili di divenire legali e di servire all'interpretazione dei testi ed al superamento delle

lacune. Infine, anche prima di essere stati legalizzati, possiedono una loro funzione giuridica, che si esplica — come si è detto — nel far rientrare il caso estremo nell'area dell'attività giudiziaria⁽²⁵⁾.

Ma il punto forse più delicato dell'intera dottrina dei principii generali del diritto internazionale continua, secondo Kaufmann, ad essere un altro: quello del difficile rapporto tra il principio « *pacta sunt servanda* » e la clausola connessa « *rebus sic stantibus* », la quale assume essa stessa il rilievo di un principio.

A prima vista i due elementi appaiono in netto contrasto reciproco: se infatti la regola « *pacta sunt servanda* », in quanto emanazione del criterio generale della buona fede, esige ai fini della sicurezza sociale che agli atti giuridici formali sia assicurata una stabilità ed un rispetto particolare, poiché — come Kaufmann ricorda — « *lo i comporte f o i* »⁽²⁶⁾, ciò sembra escludere la possibilità di un ricorso alla clausola « *rebus sic stantibus* », la quale ha l'effetto di produrre un'irruzione del mondo instabile del « fatto » in quello fisso del diritto e della norma⁽²⁷⁾. In realtà invece, ad un esame più approfondito, appare chiaro che la regola « *pacta sunt servanda* » non indica soltanto la forza e l'autorità, ma anche i limiti intrinseci ad ogni vincolo ed obbligo contrattuale.

Il creditore può esigere soltanto ciò che è in grado di reclamare onestamente e lealmente dal debitore sulla base dell'interpretazione del contratto: la regola « *impossibilium nulla obligatio* », che comprende anche il campo morale, è il limite implicito ad ogni obbligo contrattuale. Questa impossibilità può essere o originaria o il risultato di un mutamento delle circostanze (« *Änderung der Umstände* ») intervenuto dopo la conclusione del contratto (è questa seconda ipotesi la più interessante). Allorché le circostanze che esistevano all'epoca della conclusione del contratto subiscano un mutamento tale da modificare sostanzialmente i presupposti e le basi dell'accordo iniziale (in altre parole, ciò che la dottrina tedesca chiama « *Geschäftsgrundlage* »),

⁽²⁵⁾ *Règles*, pp. 513-514.

⁽²⁶⁾ *Règles*, p. 515.

⁽²⁷⁾ Cfr. le nostre osservazioni in conclusione al cap. II, nonché le opinioni dottrinali riportate nella nota 56 dello stesso capitolo.

ed allorché la *ratio* — la finalità obiettiva della convenzione — risulti talmente intaccata da non consentire al creditore di richiedere in buona fede l'adempimento delle obbligazioni stipulate, accade che lo spirito stesso della convenzione determini la cessazione del vincolo⁽²⁸⁾. In tal senso può dirsi che è lo stesso principio di buona fede a richiedere l'intervento della clausola *rebus sic stantibus*.

Inteso dunque così, il principio della clausola *rebus sic stantibus*, lungi dal rappresentare una deroga al principio « *pacta sunt servanda* », fa invece parte della sua struttura complessiva. Ne deriva che problemi come quello di sapere se, con quali modalità ed in quali casi la clausola possa essere applicata risultino infine nient'altro che problemi « d'interpretazione e d'applicazione » della convenzione, i quali ricadono (o perlomeno possono ricadere) sotto la potestà di una clausola compromissoria⁽²⁹⁾. In tal senso, la clausola appare come una manifestazione tipica della giustizia commutativa.

Ma i trattati internazionali non appartengono esclusivamente all'ambito della giustizia commutativa, bensì adempiono alla stessa funzione di giustizia distributiva cui nel diritto interno adempiono le leggi. E qui va notato che, mentre i contratti di diritto interno (corrispondenti alla funzione di giustizia commutativa) sono sottoposti alle leggi statali che coordinano e limitano le libertà delle parti in nome dell'interesse generale (ovvero della giustizia distributiva), nei trattati internazionali la funzione distributiva delle leggi e la funzione commutativa dei contratti si confondono tra loro.

Ciò non toglie, secondo Kaufmann, che anche nel diritto internazionale esista — a proposito della clausola *rebus sic stan-*

(28) Kaufmann rinvia a questo proposito al libro di Sir John FISCHER WILLIAMS, *International Change and International Peace*, 1932, pp. 37-38, dove l'autore sostiene che la dottrina della clausola « ist thus a doctrine of preservation, not of destruction, of the *status quo*. (...) It clarifies an existing situation, it does not introduce anything new into it ».

(29) Cfr., per questa opinione, D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 465.

tibus — la possibilità teorica di operare una distinzione fondamentale tra la sua invocazione sulla base del principio della giustizia commutativa in vista del mantenimento della *ratio* contrattuale e la sua invocazione sulla base del principio della giustizia distributiva in vista della caducazione di norme giuridiche generali formalmente difettose o materialmente ingiuste⁽³⁰⁾. Potrebbe sembrare una sfumatura irrilevante quella che determina siffatta distinzione, la quale si riduce ad una maggiore enfasi ora sull'uno, ora sull'altro dei due momenti comunque *compresenti* nella clausola, ma in realtà non è così, poiché — sostiene Kaufmann — soltanto la prima delle due ipotesi appare suscettibile di virtuale soluzione giudiziaria: la seconda ipotesi, come dimostrano particolarmente i celebri *affaires* del Ponto, del porto di Batum e della Bosnia-Erzegovina⁽³¹⁾, ammette solo una soluzione politica di potenza.

(30) Infatti, secondo Kaufmann, « le vice dont le droit injuste est entaché exige que, si les possibilités légales de le modifier ont été épuisées ou sont restées futiles, l'Etat ait le droit de s'en délier en temps utile ». « L'existence de tensions entre légalité et justice est un fait fatalement lié aux affaires humaines: en élevant les légalités au rang de seul mode de réalisation du droit, comme le fait tout positivisme, on ne rehausse pas la valeur des légalités, mais on abaisse la valeur du droit » (*Règles*, p. 520).

(31) Su cui Kaufmann si era soffermato già nel *Wesen des Völkerrechts*, cap. II: *Geschichtliche Zeugnisse für die clausula rebus sic stantibus*, §§ II, III, VI.

Kaufmann stesso, del resto, ammette di non aver saputo distinguere, nel libro del 1911 sul *Wesen des Völkerrechts*, tra queste due diverse manifestazioni della clausola, e di essere invece debitore della distinzione all'articolo di WACKERNAGEL, *Zur Lehre von der einseitigen Auflösung völkerrechtlicher Verträge*, in « Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Basel für Paul Speiser », pp. 139 ss. — Secondo le parole di KAUFMANN, « la faute que j'avais commise repose sur une erreur plus fondamentale: j'avais reconnu l'importance décisive de la justice distributive (*Wesen*, p. 130 e ss., p. 151 e *passim*) et de la justice compensatoire (p. 224), ainsi que celle de la justice commutative, qui contient toujours un renvoi aux "*Wesenszwecke*" de différents rapport sociaux suffisamment précisés et concrétisés; mais j'avais tort de borner l'importance de la justice commutative au domaine du droit privé et de sous-estimer sa fonction pour les rapports sociaux de l'ordre international (cfr., p. es., p. 192); d'où la formule de la page 204 et autres erreurs connexes » (*Règles*, p. 522, nota 1).

Ma il diritto ad invocare titoli sopra- o extra-legali contro la legalità delle convenzioni, proprio perché « diritto », non è affatto illimitato: non esistono « diritti » senza corrispettivi « limiti ». A questa regola non sfuggono gli Stati, i quali non sono esseri isolati, ma — pur nel rispetto della loro completa autodeterminazione — membri della comunità internazionale. Ne consegue che l'esercizio di tali loro diritti è subordinato alle regole della coesistenza, le quali esigono che gli interessi della comunità siano dovutamente tenuti in considerazione, che le ripercussioni derivanti dall'esercizio dei diritti degli Stati sulla situazione generale siano coscienziosamente soppesate⁽³²⁾, e che l'apprezzamento della situazione da parte degli Stati non direttamente coinvolti resti sempre possibile.

Anche a questo proposito tuttavia, osserva Kaufmann⁽³³⁾, va rilevato che la questione di sapere se lo Stato che ha proceduto ad un atto unilaterale di attuazione dei propri pretesi diritti ha operato, o meno, nell'osservanza dei limiti imposti internazionalmente, non è di ordine giudiziario: le regole del gioco sono invece regole di saggezza politica che il giudice non è in grado di applicare né di apprezzare. Così, nes-

Kaufmann, che afferma di mantenere sostanzialmente, a prescindere dalle inesattezze ora rilevate, la concezione generale che sorreggeva il libro del 1911, trova modo di riprendere anche, *en passant*, la sua polemica contro positivisti e neokantiani: « le passage de la page 146, qu'on a presque aussi souvent cité que mal entendu [Kaufmann si riferisce qui alla celebre formula del " *siegreicher Krieg* " come ideale sociale: cfr. sopra, cap. II, nota 45], doit être lu dans le contexte de la polémique contre le néo-kantianisme de Stammler, dans lequel il se trouve. Je comprends bien que le positivisme était incapable de saisir le sens dialectique des pages 146 et suiv.: 'vivre' dignement exige une perpétuelle μελέτη θανάτου; la 'vie' ne peut sérieusement être comprise que sous l'aspect de l'omniprésence de la 'mort' » (*ibidem*).

⁽³²⁾ In questo senso l'orientamento formalmente espresso dalle potenze internazionali nella dichiarazione annessa al processo verbale della Conferenza di Londra del 1871 (prima sessione), in occasione della denuncia da parte russa delle clausole di neutralizzazione del Mar Nero. Cfr. KAUFMANN, *Wesen des Völkerrechts*, p. 16 e ss.; D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 459.

⁽³³⁾ *Règles*, p. 523.

suna analogia con la dottrina amministrativistica dell'abuso di potere può valere in questi casi: l'« abuso » è caratterizzato infatti dalla devoluzione (« *détournement* ») di una facoltà o di un potere discrezionale conferito in vista della realizzazione di uno scopo (in diritto amministrativo di un « servizio pubblico ») concreto e ben individuato ad altri scopi diversi da quello originario —: in ciò sta il suo essere « giustiziabile ». Ma la devoluzione di poteri di ordine amministrativo a finalità diverse da quelle considerate in origine come ' tipiche ' di un determinato servizio pubblico è tutt'altra cosa che non l'« auto-autorizzazione » di uno Stato ad atti di sovranità su materie ritenute di interesse vitale per lo Stato stesso. In tutti i diritti positivi interni, compresi quelli che conferiscono al controllo giudiziario i poteri più estesi, esiste ed è riconosciuta la categoria degli « atti politici di governo » —: gli « *acts of State* », di fronte ai quali il controllo giudiziario si arresta. A giudizio di Kaufmann, in conclusione, con la clausola *rebus sic stantibus* intesa non come oposto logico, ma come integrazione della regola *pacta sunt servanda* e del criterio di buona fede sotto il profilo della giustizia distributiva, si è in presenza di un vero e proprio « principio giuridico generalmente riconosciuto dalle nazioni civili », che esige in quanto tale applicazione nella sfera internazionale. I soli mezzi disponibili per discutere della questione sono tuttavia mezzi politici, canali diplomatici, conferenze od altro —: non certamente gli strumenti dogmatici approntati dalla dottrina positivista del diritto internazionale!

d) *Idea di giustizia e « ordine istituzionale concreto » tra diritto pubblico interno e diritto internazionale.*

Come si è visto finora, secondo Kaufmann « l'idea del giusto non è un'idea astratta ricavabile dal mondo dei fenomeni empirici per via di induzione; essa è invece una realtà spirituale, transoggettiva e preesistente ad ogni fenomeno sociale particolare » ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ *Règles*, p. 459. Sul rapporto tra « idea » e « ordinamento giuridico », cfr. in questo senso L. LOMBARDI VALLAURI, *Il diritto come ordi-*

Senza una simile concezione del giusto è impossibile comprendere l'idea del diritto, ed in particolare del diritto internazionale, in quanto « corpo di regole superiori alla volontà umana ed agli interessi in causa »⁽³⁵⁾. Occorre infatti riconoscere che « la vita sociale e morale non si sviluppa su un solo piano, ma si richiama invece all'immagine di un tutto organizzato ed articolato, di un edificio costruito sulla base di un ordine gerarchico. Essa si dispiega in categorie reali prestabilite, che non sono state da noi create e nelle quali siamo chiamati a vivere fino alla morte: le istituzioni dell'ordine morale »⁽³⁶⁾.

Somiglianze anche testuali sono rilevabili tra questi scritti kaufmanniani e l'opera di Maurice Hauriou. Abbiamo già più volte notato questo concetto. In questa sede ci si limiterà quindi ad esplicitare alcune note tesi del teorico francese, poiché queste costituiscono qualcosa come il presupposto teoretico necessario ai fini di una piena comprensione dell'atteggiamento di Kaufmann riguardo al problema dei rapporti tra la giustizia e l'ordine sociale in primo luogo, e riguardo alla piena definizione dei diritti fondamentali in seguito. Tale tematica si situa a metà strada tra la teoria del diritto pubblico generale e la teoria del fondamento del diritto internazionale.

È nel saggio *L'ordre social, la justice et le droit*⁽³⁷⁾ che Hauriou fornisce i principali elementi di riflessione. Secondo Hauriou, ordine sociale e giustizia « sebbene intimamente legati, non sono affatto una sola cosa »⁽³⁸⁾. Anzi, sia nella loro qualità di idee obiettive, sia nella loro realtà storico-fenomenica, essi entrano talora in forte contrasto reciproco — contrasto che dà luogo ad epoche storiche di crisi⁽³⁹⁾. Certamente, per il sociologo « l'ordine

namento, in « Atti del X Congresso nazionale di filosofia giuridica e politica » (Bari, 3-5 ottobre 1974), Milano 1975, pp. 42-43 dell'estratto.

⁽³⁵⁾ *Règles*, p. 460.

⁽³⁶⁾ *Ivi*, p. 476.

⁽³⁷⁾ In *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 67-99.

⁽³⁸⁾ *Ivi*, p. 70.

⁽³⁹⁾ Così, « chi consideri la storia della civiltà a periodi ampi, constata che l'ordine sociale e la giustizia si trovano ora in congiunzione, ora in opposizione; nel primo caso si danno epoche organiche, nel secondo crisi sociali più o meno lunghe, con intermezzi nei quali compromessi e pratici accomodamenti procurano momenti di respiro. (...) Prendiamo, per esempio,

è un elemento sociale anteriore alla giustizia. (...) L'ordine costituito è ciò che ci separa dalla catastrofe, e la maggior parte degli uomini, nei paesi civili, preferisce sopportare una certa dose d'ingiustizia piuttosto che rischiare la catastrofe. L'ordine rappresenta il minimo d'esistenza, e la giustizia è un lusso del quale, entro certi limiti, si può fare a meno»⁽⁴⁰⁾. Ma quello del sociologo non è l'unico punto di vista possibile, ed in ogni caso — fatto salvo il problema del valore da attribuire ai due concetti limite di ordine e giustizia — resta sempre aperto il compito di pervenire ad una necessaria conciliazione tra di essi, conciliazione che tanto Hauriou quanto Kaufmann ritengono possibile soltanto mediante il richiamo alla tradizione del diritto naturale⁽⁴¹⁾.

Jus naturale e *jus gentium* sono i nomi che la civiltà giuridica ha dato alle relazioni di giustizia cui l'ordine politico si sottomette, rispettivamente al proprio interno e nei confronti di altri ordini politici. Secondo Kaufmann si apre a questo proposito nella teoria giuridica una delicatissima questione, il cui oggetto è l'indagine — alla luce dell'idea del diritto naturale — del tema classico dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno⁽⁴²⁾, ed il cui

la crisi rivoluzionaria del diciottesimo secolo, che sfociò in Francia nella distruzione violenta dell'antico regime feudale, medioevale ed aristocratico, e generò il nuovo regime statale, democratico ed egualitario. Un nuovo ordine si sostituì indubbiamente all'antico, ma questo non venne distrutto da quello, sibbene depresso dalle idee di giustizia, mentre l'ordine nuovo si affermò per ragioni di stabilità» (*op. cit.*, pp. 70-71). HAURIOU conclude proponendo tre idee direttive sul rapporto giustizia-ordine sociale: « 1) L'ordine sociale è mutevole, nel senso che esistono molti tipi di ordine organico ed un'infinità di forme intermedie; l'idea di giustizia è sempre la stessa, solo si combina variamente con i diversi assetti sociali e agisce in molteplici casi specifici; 2) Un ordine sociale costituito contiene sempre in pratica una certa giustizia in esso incorporata, ma — pure — in pratica, si trova sempre in conflitto con una nuova dose di giustizia che non gli si è ancora incorporata; 3) Incorporata o no nell'assetto sociale, la giustizia resta sempre separabile dall'ordine, in quanto non tende al medesimo scopo e, inoltre, per opposizione ad esso, appare rivoluzionaria» (*op. cit.*, p. 74).

⁽⁴⁰⁾ HAURIOU, *op. cit.*, p. 75.

⁽⁴¹⁾ HAURIOU, *op. cit.*, pp. 94 ss.; KAUFMANN, *Règles*, cap. IV.

⁽⁴²⁾ A questo tema Kaufmann dedica specificamente il saggio *Traité international et loi interne*, in « Rivista di diritto internazionale », XLI, 1958, pp. 369-389 (in *GS II*, pp. 473-488).

interrogativo essenziale è quello circa la preminenza dell'atto internazionale (il trattato) sull'atto interno (la legge) regolativo della stessa materia, o viceversa. E qui va detto che Kaufmann non aderisce né all'impostazione dottrinale monistica, nella sua duplice versione⁽⁴³⁾, né a quella dualistica dominante nella dottrina positivista⁽⁴⁴⁾: il problema è per lui piuttosto quello di uscire dal giogo della dogmatica giuridica e di esaminare l'intera questione alla luce del diritto naturale, poiché « en effet, en parlant de principes intimement liés à l'idée même du droit, j'avais en vue les principes du droit naturel. Nous avons entretemps appris qu'il y

(43) « D'après la première théorie moniste, le droit interne ne serait qu'une émanation, dérivation ou délégation de l'ordre international; l'ordre interne ne reposerait que sur une autorisation donnée par le droit international. Cette théorie méconnaît le caractère propre, originaire et non dérivé de la vie nationale. Les règles qui dominent la vie nationale ont une source originaire et indépendante de l'ordre international; elles sont dictées par les très différents besoins des différentes nations. Les règles du droit international présupposent même l'existence de ces différentes vies et se superposent à elles.

D'après l'autre théorie moniste, l'ordre international ne serait qu'une émanation, dérivation ou délégation de l'ordre national; le droit international ne serait qu'une partie de l'ordre interne, la partie qui a pour objet les relations extérieures, pour ainsi dire un droit public extérieur (" *äusseres Staatsrecht* "). Comme la première théorie moniste absorberait la vie interne dans le droit international, la deuxième théorie moniste absorberait la vie internationale dans le droit national. Elle méconnaît le caractère propre et non dérivé de la vie internationale; les règles qui dominent la vie internationale sont supranationales. Elles ont une source indépendante de la vie interne des différentes nations; elles se superposent aux différents ordres internes et ont, de ce chef, une dignité qui leur est propre et une autorité supranationale » (*Traité international et loi interne*, cit., p. 474).

(44) « La doctrine dualiste tient à séparer nettement les deux domaines, le droit international, qui a pour seul objet les relations entre États souverains, et le droit national, qui a pour seul objet les relations entre l'État et les particuliers ainsi qu'entre les particuliers qui se trouvent dans son territoire et qui sont ainsi soumis à son pouvoir public. (...) La théorie dualiste, telle qu'elle a été professée surtout par ANZILOTTI et TRIEPEL, est encore à la base notamment de la doctrine et de la jurisprudence allemandes. (...) Elle mérite d'être reconsidérée à la lumière de conceptions nouvelles » (*op. cit.*, p. 473).

a une masse énorme de règles de droit non écrites qui ne découlent d'aucune volonté humaine, mais qui ont leur source dans la raison objective, supérieure à toutes volontés et raisons subjectives des hommes » (45).

Il giusnaturalismo cui approda infine, in questi scritti del secondo dopoguerra, il filosofo liberale-organicista Kaufmann non potrebbe essere più esplicito. Kaufmann è anzi portato a rivedere, sulla scia di esso, la tematica dei *Grundrechte* già affrontata negli scritti degli anni '30, calcando sulla componente metafisico-idealistica che determina la genesi di ogni concreto diritto fondamentale (46). Non è indubbiamente facile — come lo stesso Kaufmann non esita ad ammettere — tornare a parlare di giusnaturalismo dopo più di un secolo di primato pressoché incontrastato del positivismo giuridico, ma occorre farlo — se non si intende rinunciare a rendere intelligibile agli occhi dell'umanità l'esistenza di

(45) *Op. cit.*, pp. 474-475. Poco più avanti, nel saggio, gli interrogativi di partenza riemergono: « L'autorité d'une loi interne, acte unilatéral et national, est-elle plus haute que l'autorité d'un traité international, acte bilatéral ou multilatéral, signé et ratifié par plusieurs Etats? Ne faut-il pas admettre qu'il y a une différence essentielle entre une loi qui ne regarde que l'Etat qui l'a édictée, et un traité qui regarde non seulement l'un des Etats mais tous ses partenaires et en vertu duquel ils ont contracté des engagements mutuels? ». Fa subito seguito la risposta di Kaufmann: « Il me semble que poser la question de cette façon implique la réponse. J'estime en effet que le traité doit l'emporter sur la loi. La bonne foi due aux traités me semble exclure toute autre solution » (*op. cit.*, p. 487).

Mi sembra di poter ravvisare qualche analogia tra la posizione kaufmanniana circa i rapporti di preminenza tra diritto internazionale e diritto interno a quella espressa da R. LAUN nel bel libro *Staat und Volk. Eine völkerrechtliche und staatsrechtliche Untersuchung*, Barcelona 1933. Ma la questione meriterebbe di essere approfondita.

(46) Così, ad esempio, negli scritti *Grundrechte und Wohlfahrtsstaat*, in *Recht - Staat - Wirtschaft*, hrsg. v. H. WANDERSLEB, Düsseldorf 1953, Bd. IV, pp. 77-87 (GS I, pp. 589-597); *Die Grenzen des verfassungsmässigen Verhaltens nach dem Bonner Grundgesetz, insbesondere: Was ist unter einer freiheitlichen demokratischen Grundordnung zu verstehen?*, in *Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1951*, Tübingen 1952, pp. A 17 - A 31 (GS I, pp. 515-528); *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, H. 9, Berlin 1952, pp. 1-16 (GS I, pp. 500-514).

diritti di libertà individuale⁽⁴⁷⁾. E non solo di questi diritti, poiché — come Kaufmann ricorda⁽⁴⁸⁾ — rientrano nell'orbita del diritto naturale anche i diritti 'strutturali', finalizzati al consolidamento delle istituzioni della vita associativa, senza i quali gli stessi diritti individuali di libertà — nonché lo stesso fondamentale diritto alla « piena realizzazione della personalità » (« *freie Entfaltung der Persönlichkeit* ») — sarebbero di fatto impensabili.

Nella prospettiva di Kaufmann i *Grundrechte* consistono dunque non solo (e forse non tanto) in libertà individuali nel senso stretto del termine, ma piuttosto in valori obiettivi della vita comunitaria, che lo Stato è obbligato a riconoscere ed a proteggere. Non per questo tuttavia i diritti fondamentali (specie quelli di libertà individuale) vanno considerati come « il semplice riflesso di proposizioni giuridiche obiettive » (« *blosse Reflexe objektiver Rechtssätze* »)⁽⁴⁹⁾, ma piuttosto come veri e propri diritti soggettivi, alla cui osservanza corrisponde una legittima pretesa, civile e politica ad un tempo, da parte dei cittadini.

Kaufmann — va notato a questo proposito — sembra essere a tratti conscio dei limiti impliciti nella propria impostazione ancora essenzialmente giuridica dei problemi concernenti la libertà civile e politica nella società massificata contemporanea, organizzata nella forma del *Wohlfahrtsstaat*. Gli strumenti teorici a sua disposizione sono quelli del giurista di diritto pubblico, reso sempre più avvertito delle difficoltà e delle restrizioni che il suo intervento incontra. E qui si deve ribadire che il valore delle proposte kaufmanniane va ricercato nelle indicazioni di più ampio

⁽⁴⁷⁾ Quanto mai convincente sembra a questo proposito la dichiarazione di un teorico contemporaneo come Norberto BOBBIO, lucidamente critico — per altri versi — delle manchevolezze di vario genere che la teoria giusnaturalistica nel suo complesso mostra, qualora venga sottoposta ad una stringente indagine analitica: « Ciò che oggi rinasce col nome di giusnaturalismo è la perenne esigenza, particolarmente intensa nei periodi di guerre interne ed esterne, che la vita, alcuni beni ed alcune libertà dell'individuo siano protette giuridicamente contro la forza organizzata di coloro che detengono il potere » (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 192).

⁽⁴⁸⁾ *Grundrechte und Wohlfahrtsstaat*, cit., p. 591.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*.

respiro, le indicazioni — direi — di saggezza politica cui egli si preoccupa sempre di riallacciare i suoi interventi teorico-giuridici.

Così, particolare significato assume in quest'ottica l'accostamento della tematica dei *Grundrechte* a quella dell'« immagine dell'uomo » (« *Menschenbild* ») tipica di una società massificata, che Kaufmann istituisce in chiusura del suo saggio sul *Wohlfahrtsstaat* ⁽⁵⁰⁾. La massificazione non è già la semplice negazione logica dell'« immagine dell'uomo », come taluni pensatori umanisti sembrerebbero sostenere, ma produce essa stessa un'immagine dell'uomo che è dotata di tratti altamente specifici. Le accuse di utopismo idealistico e di romanticismo solitamente rivolte ad ogni progetto culturale di revisione dell'immagine dell'uomo non si farebbero attendere — e questo è sicuramente, ritiene Kaufmann, un dato di fatto che ogni osservatore realista non deve trascurare.

Ma per verità tali accuse sarebbero infondate, poiché il compito di reinfluire sul clima spirituale e culturale del proprio tempo esiste obiettivamente: riconoscere ciò non è né romanticismo né utopia, poiché alla civiltà è intrinseco il riplasmarsi spirituale — un riplasmarsi che non è un librarsi nell'universale e nell'indifferenziato, ma un costruire forme concrete « um im beschränkten Kreise ein volles und harmonisches Leben zu führen und so auch diesen Kreis zu vermenschlichen » ⁽⁵¹⁾.

E con ciò si perviene, secondo Kaufmann, all'ultimo compito realmente importante in questione: quello di aggiungere al catalogo dei *Grundrechte* esistenti un nuovo *Grundrecht*, che costituisce — in una certa misura — la condizione di possibilità di tutti gli altri. È questo il diritto fondamentale alla solitudine, alla riflessione ed alla meditazione. Si tratta qui di comprendere che questo è un problema politico per eccellenza, non solo nel senso che la sua soluzione è di natura politica, ma soprattutto nel senso che sono qui in gioco le potenzialità di crescita della dimensione etico-politica dell'uomo contemporaneo. Il processo di individuazione delle coscienze dei singoli

⁽⁵⁰⁾ *Ivi*, p. 596.

⁽⁵¹⁾ *Ivi*, p. 597.

uomini è dunque il vero oggetto della filosofia politica come saggazza, in un senso platonico che mostra oggi nel modo più lampante la sua attualità.

Per potere realmente adempiere a questo compito di individuazione e di crescita interiore, cui davvero non si potrebbe rinunciare senza danno, il riconoscimento del diritto fondamentale alla solitudine ed alla riflessione è premessa indispensabile⁽⁵²⁾.

⁽⁵²⁾ *Ibidem.* Ma cfr. anche la conclusione del saggio *Die anthropologischen Grundlagen der Staatstheorien*, cit., p. 374.

CONCLUSIONE

Erich Kaufmann appartiene al mondo di ieri. Più che dalla pur riconoscibilissima impronta personale del suo pensiero, il valore dell'opera kaufmanniana è dato forse per noi dall'importanza teorico-generale di gran parte delle tematiche sorte all'interno della *Staatslehre* europea della prima metà del nostro secolo, dall'autore descritte con lucidità e affrontate con impegno. Così — a proposito della clausola « *rebus sic stantibus* » — per quanto riguarda il tentativo di risolvere il problema del conflitto tra diritto positivo e « principii generali », tanto nel diritto interno che nel diritto internazionale, ma anche — su un diverso piano — a proposito dell'interessante, e per qualche aspetto a tutt'oggi valida, critica dei principii gnoseologici della filosofia giuridica neokantiana — critica che assume il rilievo di sintomo premonitore di quella svolta antiformalistica che avrebbe prevalso, di lì a poco, nel filone del razionalismo politico occidentale.

Nel pensiero kaufmanniano manca, senza dubbio, la risposta (e forse anche il tentativo di risposta) a più d'uno dei problemi seri e pressanti che la moderna dimensione massificata della democrazia ci propone. Problemi come quelli della partecipazione sempre più ridotta del cittadino alle decisioni politiche fondamentali; dei limiti del parlamentarismo; della conflittualità intra-sistemica; del *minimum* di « democrazia plebiscitaria » che è s t r u t t u r a l m e n t e indispensabile anche ai regimi liberaldemocratici dell'occidente, dove l'uso della propaganda da parte di uno Stato divenuto strumento di persuasione ed artefice 'spettacolare' del consenso costituisce la versione aggiornata di quello che è stato tradizionalmente definito il « mito politico »: — problemi come questi ricevono, è vero, da parte di Kaufmann un'attenzione soltanto episodica e, tutto sommato, marginale. E ciò non tanto per motivi 'storici', quasi che Kaufmann non fosse apparso testimone,

nel secondo dopoguerra, dei medesimi fenomeni descritti con ricchezza di particolari da altri uomini della sua generazione, come Carl Schmitt, Franz Neumann o — per citare invece un nome più vicino a noi — Georges Burdeau ⁽¹⁾.

La ragione è piuttosto un'altra, ed è che il filosofo liberale- 'germanista' Kaufmann rappresenta davvero, nel pieno significato del termine (vale a dire con tutti i pregi e tutti gli immancabili difetti), l'ultimo degli *Staatslehrer* idealisti europei, — di teorici cioè operanti con entità concettuali di riferimento che ricalcano ancora i modelli della classica filosofia tedesca dello Stato, riassumendo con ciò significativamente il modo di pensare di un'epoca determinata della nostra cultura.

Malgrado questo indubbio limite, credo che l'opera scientifica di Kaufmann consenta al lettore d'oggi di procedere ad alcune brevi considerazioni che merita senz'altro formulare qui.

Si tratta di questo: Kaufmann, che come si è visto nasce dal neokantismo ed entra quindi per lungo tempo proficuamente in contatto con le correnti (all'epoca indiscutibilmente dominanti) del formalismo etico, da una parte, e della dogmatica positivistico-statualistica, dall'altra, vive dall'interno i problemi immanenti al relativismo etico-giuridico europeo novecentesco, e s'ce poi deliberatamente da questo alveo dopo averne riconosciuto la ste-

(1) « Nous avons des expériences quotidiennes qui nous sont présentées à un rythme accéléré où le peuple adhère à des actes imputés à sa volonté sans qu'il ait participé à leur rédaction... Avec une société de masse c'est ce que l'on peut attendre aujourd'hui d'un procédé démocratique; ce n'est peut-être pas rationnellement ce que l'on pourrait en souhaiter, mais c'est en fait ce qui est possible... Je ne me fais pas d'illusion sur la qualité de cette participation, mais j'ai très sincèrement, quoiqu'avec quelque regret, la conviction que c'est le seul type de participation auquel nous puissions prétendre aujourd'hui » (G. BURDEAU, *Le plan comme mythe*, in *La planification comme processus de décision*, « Cahiers de la Fondation Nationale des Sciences Politiques », Paris 1965, pp. 43-44).

Tali osservazioni di Burdeau sembrano costituire il commento, semplice ed aggiornato, della constatazione schmittiana secondo cui « Immer kann das Volk im allgemeinen nur Ja oder Nein sagen, zustimmen oder ablehnen, und sein Ja oder Nein wird um so einfacher und elementarer, je mehr es sich um eine fundamentale Entscheidung über die eigene Gesamtexistenz handelt » (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 84).

rità, ed infine — nel corso della fase più matura del suo pensiero — giunge a proporre in chiave costruttiva alcune linee di sviluppo teorico apertamente ispirate ad una forma rivalutata di *r e a l i s m o m e t a f i s i c o*.

Non è questa la sede più adatta per sottoporre ad una (pur indispensabile) verifica alla luce del presente quella che è l'indicazione kaufmanniana fondamentale: essenzialmente, attraverso il concetto di *Rechtsidee*, la domanda di un'etica materiale e contenutistica (domanda, è appena il caso di dirlo, caratteristica della grande tradizione del diritto naturale). Anche se — come ritengo — tale indicazione è lasciata da Kaufmann al semplice stato programmatico e difetta dunque di svolgimenti adeguati, va detto che essa è paradossalmente tanto più probante quanto meno rappresenta il frutto di un sistema giusnaturalistico preformato, vale a dire quanto meno sorge all'interno di un pensiero educato ai valori di un'etica contenutistica. (E basti, per convincersi di ciò, richiamare quelle che erano state le tesi giovanili di Kaufmann: l'oltranzistica posizione statalista e l'ideologia imperialistica e bellicista espresse nel *Wesen des Völkerrechts!*).

Al di là, dunque, dell'apprezzamento specifico che ai singoli contenuti del discorso kaufmanniano può provenire dal lettore smagliato di oggi, un rilievo particolare acquista — mi sembra — la direzione stessa in cui procede il pensiero di Kaufmann: direzione espressamente cognitivistica ed antirelativistica assunta (qui sta il punto che preme evidenziare) da un pensiero originariamente estraneo ad ogni tentazione giusnaturalistica.

Se tutto ciò viene compreso, può allora risultare non inutile ripercorrere con Kaufmann — ovvero con gli strumenti tecnici del giurista di diritto pubblico, uniti a quelli del filosofo 'classico', — quei problemi concreti del presente che dei contenuti etici materiali rivelano con maggior chiarezza la lamentabile mancanza. Così ad esempio per quanto riguarda il problema de « la disproportion qui existe entre le cadre économique international et le cadre politique national », che Kaufmann denuncia con fermezza all'origine della crisi politico-internazionale contemporanea, fino a concludere che lo Stato nazionale — e con esso, naturalmente, lo 'Stato' che incarna la forma politica delle due super-

potenze — non va oggi preso più da alcuno come punto di riferimento per un ordine mondiale (2).

L'opportunità di queste ultime considerazioni dovrebbe essere evidente ad ognuno. Esse suggeriscono conclusivamente di chiedersi se dalla direzione fondamentale di pensiero che abbiamo rilevato non possa discendere un nuovo e più ricco conferimento di senso per quello stesso apparato conoscitivo e metodologico, concettualmente assai elaborato, che costituisce il nucleo tradizionale della riflessione giuridica europea: un apparato che, proprio (e forse solo) nel quadro di una reinterpretazione non formalistica si vede garantita e fondata una funzione imprescindibile, come modesto ma non trascurabile riparo dagli effetti dirompenti di quello che ormai tutti vediamo essere il gioco tragico della negazione delle forme (3).

(2) E. KAUFMANN, *Règles générales du droit de la paix*, cit., p. 341 (cfr. anche GS III, p. 329 e *Le contrôle politique des institutions européennes* (1953), in GS II, spec. p. 394).

V. su questi punti il recente saggio di I. TEBALDESCHI, *Verso la federazione mondiale. Presupposti filosofici e giuridici*, Milano 1983, ed il mio *La ricerca del nomos*, introduzione a C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello jus publicum europaeum*, Milano 1984.

(3) Credo a questo proposito che un grave malinteso, ricorrente in gran parte del razionalismo filosofico contemporaneo, sia originato proprio dal far coincidere il problema generale della forma con quello neokantiano del formalismo. Ma una simile riduzione è evidentemente del tutto arbitraria. Ad una riconsiderazione complessiva del problema fondamentale della forma sto attendendo da qualche tempo: un primo risultato di questa ricerca è contenuto nella raccolta di studi *La forma e la decisione*, Milano, Giuffrè, 1984, spec. Introduzione e parte IV.

APPENDICE

BIBLIOGRAFIA DELLE OPERE DI ERICH KAUFMANN

1. *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzipes (Einleitung; die historischen und philosophischen Grundlagen)*, Dissertation Halle Leipzig 1906.
2. *Auswärtige Gewalt und Kolonialgewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika — Eine rechtsvergleichende Studie über die Grundlagen des amerikanischen und deutschen Verfassungsrechts*, in *Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen*, herausgegeben von Dr. Georg Jellinek und Dr. Gerhard Anschütz, Bd. VII/1, Leipzig 1908.
3. *Über den Begriff des Organismus in der Staatslehre des 19. Jahrhunderts — Ein Vortrag*, Heidelberg 1908.
4. *Die Juristischen Fakultäten und das Rechtsstudium*, Berlin 1910.
5. *Kirchenrechtliche Bemerkungen über die Entstehung des Begriffes der Landeskirche — Vortrag gehalten auf der 15. Generalversammlung des Vereins für schleswig-holsteinische Kirchengeschichte zu Kiel am 5. Juli 1911*, in *Schriften des Vereins für schleswig-holsteinische Kirchengeschichte*, Kiel 1910-1913, pp. 369-393.
6. *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus — Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriffe*, Tübingen 1911.
7. *Verwaltung, Verwaltungsrecht*, in *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, begründet von Karl Freiherrn v. Stengel, herausgegeben von Max Fleischmann, 2. Auflage, Tübingen 1914, Bd. III, pp. 688-718.
8. *Das materielle und formelle Legalitätsprinzip im Ausländer-Strafverfahren in besetztem feindlichen Gebiete*, in *Brüsseler Militärjuristentag*, 1915.
9. *Bismarcks Erbe in der Reichsverfassung*, Berlin 1917.
10. *Zu den neuen preußischen Verfassungsvorlagen*, in *Deutsche Juristenzeitung*, 23. Jahrg. (1918), pp. 12-18.

11. *Gefahren für die deutsche Einheit*, in *Der Tag*, Ausgabe B, Berlin 26. und 27. November 1918.
12. *Das Wahlrecht zur deutschen Nationalversammlung*, in *Deutsche Juristenzeitung*, 24. Jahrg. (1919), pp. 25-29.
13. *Zur neuen Reichsverfassung*, I, *Reichsbeer und Reichseisenbahnen*, in *Der Tag*, Ausgabe B, Berlin, 27. Februar 1919; II, *Der Reichsrat des Regierungsentwurfs*, in *Der Tag*, Ausgabe B, Berlin, 9. und 11. März 1919.
14. *Der Verfassungsentwurf des Vereins «Recht und Wirtschaft»*, in *Recht und Wirtschaft*, Monatsschrift der Vereinigung zur Förderung Zeitgemäßer Rechtspflege und Verwaltung, 8. Jahrg., Berlin 1919, pp. 46-51.
15. *Grundfragen der künftigen Reichsverfassung*, in *Im neuen Deutschland*, Grundfragen deutscher Politik in Einzelschriften, herausgegeben von Prof. Dr. Hermann Jordan, Heft 6, Berlin 1919.
16. *Die Verfassungswidrigkeit des § 46 des Gesetzes über die Reichsfinanzverwaltung (§ 451 des Entwurfs der Reichsabgabenordnung)*, in *Juristische Wochenschrift*, 48. Jahrg. (1919), pp. 901-903.
17. *Die reichseigene Steuerverwaltung — ihre politische Bedeutung und ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen*, in *Recht und Wirtschaft*, Monatsschrift der Vereinigung zur Förderung zeitgemäßer Rechtspflege und Verwaltung, 8. Jahrg., Berlin 1919, pp. 211-218.
18. *Die Rechtsverhältnisse der an Polen abgetretenen Ostmark*, Berlin 1919.
19. *Untersuchungsausschuß und Staatsgerichtshof*, Berlin 1920.
20. *Die Regierungsbildung in Preußen und im Reiche*, in *Die Westmark — Rheinische Monatsschrift für Politik, Wirtschaft und Kultur* — herausgegeben von Dr. jur. Max Heimann, 1. Jahrg., Köln 1921, pp. 205-218.
21. *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie — Eine Betrachtung über die Beziehungen zwischen Philosophie und Rechtswissenschaft*, Tübingen 1921.
22. *Über die konservative Partei und ihre Geschichte*, in *Schriften der Deutschen Gesellschaft für Politik an der Universität Halle-Wittenberg*, im Auftrage der Gesellschaft herausgegeben von Professor Dr. Heinrich Waentig, Heft 2: Die Entwicklungsgeschichte der großen politischen Parteien in Deutschland, Bonn und Leipzig 1922, pp. 19-72.

23. *Deutsche Hypothekenforderungen in Polen — Ein Beitrag zur Liquidations-, Valuta- und Entschädigungsfrage*, in *Abhandlungen zum Friedensvertrage*, herausgegeben von Josef Partsch und Heinrich Triepel 2. Heft, Berlin 1922.
24. *Das polnische Liquidationsrecht in Oberschlesien*, in *Recht und Wirtschaft*, Zeitschrift für deutsches und ausländisches Wirtschaftsrecht, 11. Jahrg., Mannheim, Berlin, Leipzig 1922, coll. 7-22.
25. *Der Ersatzanspruch für Schäden durch außerordentliche Kriegsmaßnahmen — Seine zeitlichen und räumlichen Voraussetzungen*, Berlin 1923.
26. *Die Stellung der deutschen Ansiedler*, in *Studie zur Lehre von der Staatensukzession — 3 Gutachten von Sir Thomas Barclay, Dr. A. Struycken, Dr. E. Kaufmann*, *Abhandlungen zum Friedensvertrage*, herausgegeben von Josef Partsch und Heinrich Triepel, 5. Heft, Berlin 1923, pp. 67-156.
27. *Die Frage der deutschen Ansiedler in Polen vor dem Ständigen Internationalen Gerichtshof*, in *Deutsche Juristenzeitung*, Bd. 28 (1923), pp. 608-609.
28. *Der serbisch-kroatisch-slowenische Staat — ein neuer Staat*, in *Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht*, Bd. 31 (1924), pp. 211-251.
29. *Studien zum Liquidationsrecht — Die räumlichen Grundlagen des Liquidationsrechts, zugleich ein Beitrag zur Konstruktion der Gebietsveränderungen nach den Friedensverträgen*, Berlin 1925.
30. *Otto Mayer*, in *Verwaltungsarchiv*, 30. Bd., Berlin 1925, pp. 377-402.
31. *Der Rechtsstandpunkt*, in *Deutsche Allgemeine Zeitung*, Reichsausgabe, 12. e 18. November 1925.
32. *Die Bedeutung Locarnos für die deutsche Ostpolitik*, in Th. Niemeyer, A. Mendelssohn-Bartholdy, Erich Kaufmann, Wilhelm van Calker, Philipp Zorn, *Deutsche Völkerrechtslehrer über Locarno*, Berlin 1925, pp. 14-22.
33. *Gutachten in der Frage des Klagerechts der im polnischen Dienst befindlichen Eisenbahnbeamten in Danzig gegen den polnischen Fiskus vom 21. 7. 1927*, in CPJI, série C, no. 14, I, pp. 166-197.
34. *Der ungarisch-rumänische Streit über die rumänische Agrarreform vor dem Völkerbundsrate*, in *Zeitschrift für Ostrecht*, 1. Jahrg., Berlin 1927, S. 1243-61; anche nel volume *La Réforme Agraire en Transylvanie devant la Justice Internationale et le Conseil de la Société des Nations — autres opinions*, Paris 1928, pp. 169-224.

35. *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 3. Heft, Berlin und Leipzig 1927, pp. 2-24.
36. *Heinrich Triepel, zu seinem 60. Geburtstage*, in *Der Tag*, Ausgabe B, Berlin, 12. Februar 1928.
37. *Hegels Rechtsphilosophie*, in *Hegelfeier der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin am 14. 11. 1931*, Berlin 1932, pp. 15-24.
38. *Zur Problematik des Volkswillens*, in *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, herausgegeben in Gemeinschaft mit Friedrich Glum, Ludwig Kaas, Erich Kaufmann, Ernst Schmitz, Rudolf Smend, Heinrich Triepel von Viktor Bruns, Heft 17, Berlin und Leipzig 1931.
39. *Carl Georg Bruns als Persönlichkeit und Vorkämpfer der deutschen Minderheiten*, in *Nation und Staat*, Deutsche Zeitschrift für das Europäische Minoritätenproblem, 4. Bd. (1931), pp. 372-381; anche in C. G. BRUNS, *Gesammelte Schriften zur Minderheitenfrage*, herausgegeben von M. H. Boehm, Berlin 1933, pp. 1-10.
40. *Probleme der internationalen Gerichtsbarkeit*, in *Grundfragen der internationalen Politik*, Vorträge des Carnegie-Lehrstuhls für Außenpolitik und Geschichte an der Deutschen Hochschule für Politik, herausgegeben von Dr. Hajo Holborn, Heft 1, Berlin und Leipzig 1932.
41. *Die Stellung von Polizei und Gemeinde bei der Versagung der Baugenehmigung gemäß § 11 des Fluchtliniengesetzes und die Grenzen ihres Ermessens*, in *Verwaltungsarchiv*, 37. Bd. (1932), pp. 228-246.
42. *Der Völkerbund*, in *Krisis*, Ein politisches Manifest, Herausgeber Oscar C. Müller, Weimar 1932, pp. 23-38.
43. *Die Okkupationskosten und die Militärrenten des Memelgebietes — Ein Beitrag zur Lehre von der Autonomie und von der Staatensukzession*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd. III, Teil 1, 1933, pp. 297-312.
44. *Das Geheimnis von Verona*, in *Deutsche Zukunft*, Wochenzeitung für Politik, Wirtschaft und Kultur, Berlin, 11. März 1934.
45. *Was will Oberst Beck?*, in *Deutsche Zukunft*, Wochenzeitung für Politik, Wirtschaft und Kultur, Berlin, 23. September 1934.
46. *Règles générales du Droit de la Paix*, in *Recueil des Cours*, Académie de Droit international, 1935, IV. Tome, 54 de la Collection, Paris 1936, pp. 309-620.

47. *La concurrence de titres juridictionnels — Observations au sujet de l'arrêt de la Cour Permanente de Justice Internationale du 4 avril 1939*, in *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, Troisième Série, Tome XXI, La Haye et Paris 1940, pp. 34-73.
48. *Heinrich Triepel †*, in *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 2. Jahrg. (1947), pp. 60-61.
49. *Die Freilassung und Heimschaffung der deutschen Kriegsgefangenen in völkerrechtlicher Beleuchtung*, in *Süddeutsche Juristenzeitung*, 2. Jahrg. (1947), coll. 57-60.
50. *Autorität und Freiheit*, in *Der bayerische Bürgermeister*, Monatsschrift für Verwaltungspraxis, München, 1. Jahrg., 1947, Heft 1.
51. *Satzung der Vereinigten Nationen und Statut des Internationalen Gerichtshofes*, edito in collaborazione con Erich Kordt, Bonn 1948.
52. *Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung*, Stuttgart 1948.
53. *Die völkerrechtlichen Grundlagen und Grenzen der Restititionen*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 75 (Bd. 36 NF), 1949, pp. 1-26.
54. *Statut der internationalen Kontrolle*, in *Wirtschaftszeitung*, 4. Jahrg., 21. Mai 1949 (Beilage *Die Rubr.*).
55. *Grundtatsachen und Grundbegriffe der Demokratie*, in *Schriftenreihe der Hochschule für politische Wissenschaften München*, Heft 1, München 1950.
56. *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 9, Berlin 1952, pp. 1-16.
57. *Die anthropologischen Grundlagen der Staatstheorien — Bemerkungen zu Rousseau, Luther und Kant*, in *Rechtsprobleme in Staat und Kirche*, Festschrift für Rudolf Smend, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, herausgegeben von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, Bd. 3, Göttingen 1952, pp. 177-188.
58. *Die Grenzen des verfassungsmäßigen Verhaltens nach dem Bonner Grundgesetz, insbesondere: was ist unter einer freibeilichen demokratischen Grundordnung zu verstehen?*, in *Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1951*, Tübingen 1952, pp. A 17-A 31.
59. *Gutachten über die Gründung der EVG und zum Deutschlandvertrage*, in *Der Kampf um den Wehrbeitrag* (Veröffentlichungen des Instituts

- für Staatslehre und Politik e. V. in Mainz Bd. 2) München: Hauptgutachten vom 17. 8. 1952 (2. Halbband 1953, pp. 42-71); Ergänzungsgutachten vom 2. 12. 1952 (2. Halbband 1953, pp. 786-801); Stellungnahme vom 15. 8. 1953 (Ergänzungsband 1958, pp. 314-329).
60. *Grundrechte und Wohlfahrtsstaat*, in *Recht - Staat - Wirtschaft*, Schriftenreihe des Innenministers des Landes Nordrhein-Westfalen für staatswissenschaftliche Fortbildung, herausgegeben von Hermann Wandersleb, bearbeitet von Erich Traumann, Bd. IV, Düsseldorf 1953, pp. 77-87.
 61. *Der Berliner Mittagstisch*, in H. Bott, H. Leins, *Begegnungen mit Theodor Heuß*, Tübingen 1954, pp. 86-90.
 62. *Die für die Aburteilung von « Kriegsverbrechen » eingesetzten Gerichtsbarkeiten und der Kontrollrat*, in *Völkerrechtliche und staatsrechtliche Abhandlungen*, Festschrift für Carl Bilfinger, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Heft 29, Köln und Berlin 1954, pp. 123-148.
 63. *Deutschland und das Potsdamer Abkommen — Stellungnahme zu den Ausführungen der KPD vor dem Bundesverfassungsgericht am 7. Dezember 1954*, in *KPD-Prozeß*, Dokumentarwerk zu dem Verfahren über den Antrag der Bundesregierung auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit der KPD vor dem 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von G. Pfeiffer und H. G. Strickert, 1. Band, Karlsruhe 1955, pp. 224-236.
 64. *Normenkontrollverfahren und völkerrechtliche Verträge*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht*, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, herausgegeben von Otto Bachof, Martin Draht, Otto Gönnewein, Ernst Walz (Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e. V. Mainz Bd. 6), München 1955, pp. 445-456.
 65. *Warum konnte der Krieg zum Verbrechen erklärt werden?*, in *Schicksalsfragen der Gegenwart*, Handbuch politisch-historischer Bildung, herausgegeben vom Bundesministerium für Verteidigung, Innere Führung, 1. Band, Tübingen 1957, pp. 271-294.
 66. *Die völkerrechtlichen Vorkriegsverträge*, in *Festgabe für Alexander N. Makarov*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht Bd. 19, Heft 1-3 (1958), pp. 225-233.
 67. *Traité international et loi interne*, in *Rivista di diritto internazionale*, Volume XLI (1958), pp. 369-389.
 68. *Carl Schmitt und seine Schule — Offener Brief an Ernst Forsthoff*, in *Deutsche Rundschau*, 84. Jahrg. (1958), pp. 1013-1015.

INDICE DEI NOMI

- Ahrens H., 90.
Anschütz G., 70, 129, 138.
Antoni C., 94.
Anzilotti D., 59, 70, 175, 177, 181.
Apel K.-O., 95, 96.
Aron R., 94, 116.
Asquini A., 170.
- Balladore Pallieri G., 27, 167.
Banfi A., 102.
Baratta A., 134.
Barsanti E., 67.
Baudelaire Ch., 29.
Benjamin W., 29.
Benn G., 111.
Bernatzik E., 33.
Beseler (von) G., 16, 37.
Bierling E.R., 74.
Binder J., 88, 90, 91, 99, 119, 120,
123, 134.
Biscottini G., 69.
Bismarck (von) O., 83, 84.
Bluntschli J.C., 40, 51, 64.
Bobbio N., 92, 105, 108, 112, 120,
145, 170.
Bodin J., 31.
Böckenförde E.-W., 35.
Bonfils H., 64, 85.
Bonnard R., 154.
Brunner O., 10, 21, 22, 27, 28, 29,
33, 34.
Bruns V., 2.
Burdeau G., 188.
Bynkershoek (van) C., 77.
- Calasso R., 47.
Cantimori D., 38.
- Cassirer E., 94, 97, 105.
Cavalli L., 154.
Cesarini Sforza W., 134.
Cohen H., 93, 97, 104, 105, 112.
Constant B., 19, 32.
Contri G., 27.
- Dabin J., 162.
Däubler Th., 58.
De Ruggiero R., 67.
De Sanctis F., 51.
Dilthey W., 91.
Duguit L., 141, 161, 162.
- Ehrlich E., 91.
Ellwein T., 29.
- Fauchille P., 64.
Federici F., 116.
Ferrero G., 46.
Fichte J. G., 113.
Fioravanti M., 13, 35, 76, 78, 140,
155.
Fischer Williams J., 175.
Forsthoff E., 158.
Freund J., 52.
Fricker, 84.
Fritze O., 67.
- Galli C., 46.
Gargiulo A., 47.
Geffcken F.H., 64.
Gentile G., 120.
Gény F., 5, 6, 18, 159, 161, 162,
165.
Gerber C.F., 13, 16, 40, 52, 103.
Giannini M.S., 41, 42.

- Gierke (von) O., 5, 16, 17, 18, 34, 37, 39, 40, 41, 42, 48, 52, 71, 73, 78, 79, 82, 122.
 Gönner N.Th., 25.
 Grandville, 29.
 Grozio, 77.
 Gruner R., 41.
 Gurvitch G., 148, 161.
- Haerberlin C.F., 25.
 Haenel A., 14, 16, 17, 73, 78, 140, 155.
 Hall W.E., 85.
 Hartmann N., 150, 151.
 Hauriou M., 5, 6, 128, 129, 133, 141, 151, 162, 166, 170, 179, 180.
 Hedemann J.W., 70.
 Heffter A.W., 64.
 Hegel G.W.F., 6, 10, 11, 15, 42, 48, 80, 83, 85, 90, 102, 124, 150.
 Held J., 40, 51.
 Heller H., 108, 121, 145.
 Hensel A., 132.
 Hensel P., 90, 112.
 Herrigel E., 91.
 Heydte (von der) Freiherr F.A., 2, 56, 122, 160, 167.
 Hintze O., 27, 30, 33, 78.
 Hoenigswald R., 105.
 Hohenhauer, 108.
 Holborn H., 156.
 Huber E.R., 131.
 Huber M., 68, 81, 82, 168, 169, 172.
 Hume D., 108.
 Hsü Dau-Lin, 22.
- Jellinek G., 16, 17, 18, 21, 27, 29, 70, 75, 78, 86, 89, 90, 102, 111, 124.
 Jellinek W., 111.
 Jhering (von) R., 102, 103.
- Kaempff H., 22.
 Kant I., 42, 46, 47, 48, 56, 93, 95, 99, 101, 103, 113-119, 124.
- Kantorowicz H., 71.
 Kelsen H., 27, 38, 94, 96, 104, 105-111, 112, 146.
 Kierkegaard S., 29.
 Klüber J.L., 25.
 Kordt E., 2.
 Krause K. Ch. Fr., 90.
 Kroner R., 88.
- Laband P., 13, 16, 17, 78, 103.
 Larenz K., 88, 90, 99.
 Larnaude, 172.
 Lask E., 17, 56, 90, 91, 94, 112-116, 120, 124.
 Lasson G., 86.
 Laun R., 66, 182.
 Lavagna C., 38, 154.
 Le Fur L., 161, 162.
 Leibholz G., 133, 152, 153, 154.
 Leibniz G.W., 24, 44.
 Leist A., 25.
 Liszt (von) F., 64.
 Locke J., 12.
 Loewenstein K., 29.
 Lombardi L., 66, 136, 165, 178.
 Losano M.G., 104.
 Lotze R.H., 114.
 Luigi XVIII, 26.
 Luigi Filippo, 19, 35.
 Lukács G., 114.
- Mach E., 108.
 Marck S., 105.
 Marsilio da Padova, 31.
 Martitz (von) F., 33, 34, 64.
 Mayer O., 33, 41.
 Meinecke F., 77.
 Meisner H.O., 33.
 Mejer O., 25, 70.
 Mercadante F., 158.
 Michels R., 158.
 Miglio G., 20.
 Mitteis H., 16.
 Mohl (von) R., 16.
 Mokre H., 22.

- Montesquieu G.-L., 12, 161.
 Mortati C., 22, 35.
 Mosler H., 2.
 Münch F., 102.
- Napoleone Bonaparte, 26, 158.
 Natorp P., 94, 105.
 Negri A., 118.
 Nelson L., 88, 89, 123, 169.
 Neumann F., 188.
 Nipperdey H.K., 132.
- Oertmann P., 55, 66.
 Oertzen (von) P., 12, 13, 14 39, 43,
 50, 51, 52, 53.
 Oestreich G., 30.
 Oppenheim L., 64.
 Osti G., 67.
- Paci E., 115.
 Palazzolo V., 120, 123.
 Partsch K.J., 2.
 Pascal B., 122.
 Pasqualucci P., 89.
 Passerin d'Entrèves A., 33.
 Phillimore R., 85.
 Piédelièvre, 64.
 Pierandrei F., 132.
 Pitamic L., 108.
 Portinaro P.P., 158.
 Pradier-Fodéré P., 65.
 Preuss H., 38, 39, 43, 50.
 Pütter J.S., 25.
- Quadri R., 4, 66, 160, 167.
- Radbruch G., 15, 18, 60, 66, 80, 90,
 120, 160, 170.
 Ranke (von) L., 80, 82.
 Rathenau W., 31.
 Ravà A., 145.
 Renard G., 162.
 Rickert H., 90, 94, 95, 96, 100, 112,
 114, 116, 117.
- Rivier A., 85.
 Rohatyn S., 146.
 Ross A., 108.
 Rossi (Pietro), 94, 116.
 Rosso C., 115, 116, 150.
 Rothenbücher K., 130.
 Rousseau J.-J., 10, 153, 156, 157.
 Rümelin G., 66.
 Rümelin M., 93.
 Rumpf M., 146.
- Salvioli G., 70, 83, 85.
 Sander F., 108.
 Savigny (von), F.K., 51.
 Scarpelli U., 111.
 Scharpenberg (van) A.H., 2.
 Scheler M., 94, 150.
 Schelting (von) A., 99.
 Schiera P., 10, 20, 78.
 Schmidt B., 70.
 Schmitt C., 19, 20, 21, 26, 27, 33,
 35, 36, 37, 40, 46, 49, 50, 52,
 53, 58, 91, 87, 132, 152, 158,
 188, 190.
 Schmitthenner F., 25.
 Schnur R., 78.
 Sedlmayr H., 29.
 Seydel (von) M., 37.
 Siegers J., 112.
 Simmel G., 111.
 Smend R., 26, 27, 38, 53, 130, 138,
 139, 143-148, 154.
 Solari G., 102.
 Stahl F.J., 6, 7, 8, 10, 11, 20, 25,
 35, 36, 42, 43, 45, 46, 58, 59, 90.
 Stahl L., 67.
 Stammler R., 17, 74, 91, 94, 96, 97-
 105, 119, 177.
 Stauffenberg (von) B., 167.
 Stein (von) L., 51.
 Stengel (von) K., 43.
 Strauss L., 143.
 Strauss W., 2.
 Struycken, 172.

- Talleyrand (de) C.M., 32.
 Tarello G., 105, 165.
 Taylor A.J.P., 65.
 Tebaldeschi I., 190.
 Thiers A., 19.
 Thoma R., 129, 138.
 Toennies F., 48.
 Travers-Twiss, 85.
 Treitschke (von) H., 25, 49.
 Trendelenburg A., 90.
 Treves R., 88, 103, 104, 105.
 Triepel H., 59, 70, 82, 153, 181.

 Ueberweg F., 104.
 Ullmann, 85.

 Vattimo G., 96.
 Verdross (von) A., 59, 160, 167.
- Voegelin E., 153.
 Vollrath E., 93.

 Wackernagel J., 175.
 Wandersleb H., 182.
 Weber M., 19, 31, 71, 90, 99.
 Westlake J., 65.
 Wheaton H., 85.
 Wielikowski G., 102.
 Windelband W., 112, 117, 124.
 Wolff H., 41.
 Wolff K., 167.
 Wolzendorff K., 50.
 Woolsley, 85.

 Zachariae H.A., 25, 51, 103.
 Zachariae K.S., 25.
 Zitelmann E., 66.
 Zöpfl H., 51, 103.

INDICE

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| Premessa | VIII |
| Sommario | IX |
| Introduzione | 1 |
| Capitolo I | 7 |
| Capitolo II | 55 |
| Capitolo III | 87 |
| Capitolo IV | 127 |
| Capitolo V | 159 |
| Conclusione | 187 |
| Appendice: Bibliografia delle opere di Erich Kaufmann | 191 |
| Indice dei nomi | 197 |

L. 14.000 I.V.A. inclusa

0942-62

[ISBN 88-14-00116-2]

