

L'etica del positivismo giuridico Dovere e responsabilità nella *Dottrina pura del diritto* di Hans Kelsen

Matteo Bonomi

In un breve passo della *Dottrina pura del diritto*, Hans Kelsen svolgeva alcune importanti riflessioni sulla libertà, capovolgendo tanto il senso comune quanto una consolidata tradizione filosofica:

Da quanto si è detto risulta che l'imputazione è resa possibile non dalla libertà, cioè dall'indeterminatezza causale del volere, ma, proprio al contrario, dalla determinabilità causale del volere. Non si effettua un'imputazione nei riguardi di un uomo perché egli è libero, ma l'uomo è libero perché nei suoi riguardi si effettua un'imputazione. L'imputazione e la libertà sono di fatto strettamente collegate l'una con l'altra. Ma questa libertà non può escludere la causalità e di fatto non la esclude. L'uomo è libero [...] non perché questo comportamento sia causalmente indeterminato, bensì nonostante che esso sia causalmente determinato; anzi, proprio perché è causalmente determinato¹.

In questo passo emerge come il pensiero di Kelsen, lontano dall'essere quello che Carl Schmitt riteneva un mero esercizio di burocrazia giuridica², abbia invece notevoli risvolti nell'ambito della filosofia morale³. Generalmente infatti si usa

¹ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), tr. it. di M. G. Losano, Einaudi Editore, Torino 1966 (1990²), p. 118.

² C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (1922), in C. Schmitt, *Le categorie del politico*, tr. it. di P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972, p. 68.

³ Il pensiero di Kelsen è stato interpretato in modi molto diversi. Il mio approccio in questo articolo è guidato principalmente da due letture che di esso sono state date. Per quel riguarda l'interpretazione del testo kelesniano, seguo la lettura, in chiave empiristico trascendentale, sviluppata da Vincenzo Vitiello, alla cui base sta l'idea che il pensiero kelseniano non è riducibile all'ambito di un positivismo giuridico che non medita sui suoi presupposti, ma nasce piuttosto da un confronto radicale con il nichilismo giuridico (V. Vitiello, *Ripensare il Cristianesimo. De Europa, Ananke*, Torino 2008, pp. 209-28; V. Vitiello, *La spada, l'amore e la nuda esistenza, ovvero: cristianesimo e nichilismo*, in R. Esposito R., C. Galli, V. Vitiello (a cura di), *Nichilismo e politica*, Laterza, Roma-Bari 2000, pp. 240-242). Per quel che riguarda l'impatto storico-politico dal pensiero di Kelsen mi rifaccio invece all'interpretazione fornita da Hasso Hofmann, che mette in luce l'assoluta predominanza del pensiero kelseniano, rispetto alle teorie politico-giuridiche concorrenti, nell'ambito della ricostruzione degli Stati europei a partire dal secondo dopoguerra (H. Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica* (2000), tr. it. di G. Duso, Laterza, Roma-Bari 2003; H.

contrapporre libertà e necessità per poi cercare nell'emancipazione della volontà dell'uomo dalla legge di causalità la possibilità di affermare che l'uomo è libero. Su questa libertà dell'uomo è quindi fondata la sua responsabilità ed, infine, la sua imputabilità rispetto a un ordinamento normativo che prescrive doveri.

Guardando a questo problema dalla prospettiva della dottrina pura del diritto, Kelsen ci invita a procedere in senso inverso. All'interno della dottrina pura del diritto, l'uomo non appare imputabile perché libero, ma, piuttosto, libero perché imputabile. Solo in quanto l'uomo è punto finale di imputazione in un ordinamento prescrittivo egli è considerato libero. Solo in quanto la norma prescrive un dovere di cui l'uomo deve rispondere, quest'uomo è ritenuto responsabile. In altri termini, all'interno della prospettiva offerta da Kelsen, non è perché sei libero che hai delle responsabilità e, infine, dei doveri, ma accade piuttosto il contrario: tu devi, quindi sei responsabile e quindi libero.

Emblematica, da questo punto di vista, è la rottura kelseniana con la tradizione del kantismo morale che aveva costituito il circolo tra libertà e legge morale. Kant infatti aveva fatto della libertà condizione sostanziale (*ratio essendi*) della morale, e della legge morale condizione di conoscibilità (*ratio conoscendi*) della libertà⁴. Attraverso l'imperativo morale si rivelava all'uomo la propria essenza noumenica in quanto non condizionata dalla natura e la legge morale si poteva perciò presentare come categorica, ossia assoluta.

La dottrina kelseniana nasce invece non semplicemente dalla constatazione del pluralismo dei valori ma da una precisa lettura sottrico-politica che vede nel richiamo di valori morali assoluti uno strumento di prevaricazione politica. L'assoluta distinzione tra *essere* e *dover essere*, punto di partenza della riflessione di Kelsen⁵, non solo rende logicamente non correlabili descrizione e normazione, ma identifica la confusione tra questi due ambiti come un'operazione che distorce l'applicazione uniforme dell'ordinamento giuridico in favore dell'esercizio di poteri politici di parte.

Contro il personalismo schmittiano, che aveva inteso rispondere alla crisi di una verità sostanziale da porre alla base del diritto con una volontà sovrana ancora

Hofmann, *La libertà nello Stato moderno*, Alfredo Guida Editore, Napoli 2009). Di fondamentale importanza per la recezione del pensiero di Kelsen in Italia sono state le interpretazioni fornite da Mario Giuseppe Losano e da Norberto Bobbio, delle quali non ci occuperemo qui, anche per la brevità dell'intervento (M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano 1981; N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992). Un buon esempio della eterogeneità delle interpretazioni e degli usi che del pensiero di Kelsen sono state fatte è dato, nell'ambito del diritto internazionale, dalle diverse letture di Luigi Ferrajoli e Danilo Zolo (L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Laterza, Roma-Bari 1998; D. Zolo, *La guerra il diritto e la pace in Hans Kelsen*, in «Filosofia Politica», XII, n. 1, 1998, pp. 187-208).

⁴ I. Kant, *Critica della ragion pratica* (1788), tr. it. di F. Capra, Laterza, Roma-Bari 1983, p. 4, n.1.

⁵ «Dal fatto che qualcosa esiste non può derivare che qualcosa debba essere, così dal fatto che qualcosa deve essere non può derivare che qualcosa è». Questa distinzione tra *essere* e *dover essere* è indicata da Kelsen come un dato immediato della coscienza, non ulteriormente esplicabile (H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 14).

concepita come sostanza, Kelsen non si limita a constatare la natura relativa di ogni ordinamento morale, ma elevava il lavoro epistemologico a compito etico-politico.

Da questo punto di vista è fondamentale la sua critica nei confronti delle teorie che ponevano un presunto dualismo tra potere statale e ordinamento giuridico. Tali teorie non coglievano infatti come nella natura formale del diritto moderno si desse un legame intrinseco tra razionalizzazione giuridica della realtà sociale e la giuridificazione dello stesso potere politico:

Allora il dualismo fra persona dello stato e ordinamento giuridico – considerato da un punto di vista della teoria della conoscenza – si rivela parallelo al dualismo (egualmente contraddittorio) fra Dio e il mondo. Come la teologia ritiene che potenza e volontà siano l'essenza di Dio, così la teoria del diritto e dello stato considera potere (*Macht*) e volontà come l'essenza dello stato. Come la teologia afferma la trascendenza di Dio di fronte al mondo, ribadendone però l'immanenza nel mondo, così la teoria dualistica del diritto e dello stato afferma la trascendenza dello stato di fronte al diritto, la sua esistenza metagiuridica, ribadendone però contemporaneamente l'immanenza nel diritto. Come il Dio creatore del mondo – nel mito della sua incarnazione – deve scendere sulla terra, sottomettersi alle leggi terrene (cioè all'ordinamento naturale), nascere, soffrire e morire, così lo stato, nella dottrina dell'auto-obbligazione, deve assoggettarsi al diritto che esso stesso ha creato. E come si deve innanzitutto raggiungere, per mezzo del panteismo, la via che conduce a un'autentica scienza della natura (identificando cioè Dio col mondo ovvero con l'ordinamento naturale), così l'identificazione dello stato col diritto, il riconoscere che lo stato è ordinamento giuridico, è la premessa per un'autentica scienza del diritto⁶.

Il senso etico dell'operazione kelseniana può quindi essere visto come una rottura del circolo kantiano tra libertà e legge a favore di un approccio che sacrifica l'ontologia – rifiutando ogni pretesa metafisica – in favore dell'epistemologia e che riproduce, per le scienze normative, quella stessa operazione che Kant aveva svolto per la teoria della conoscenza e che tuttavia non era giunto ad applicare pienamente alla propria filosofia pratica.

L'operazione portata avanti da Kelsen consiste infatti nella trasformazione della logica del pensiero giuridico da una logica dell'inerenza a una logica della sussunzione con l'intento di ripetere, per le scienze normative, l'operazione che caratterizza la nascita della scienza moderna della natura, e che è stata esplicitata da Kant. Se il giudizio di inerenza fa inerire il predicato al soggetto, il giudizio di sussunzione, invece, fa inerire il soggetto al predicato. In questo modo l'oggetto non ha più un valore in sé, ma è tale solo perché viene catturato da determinate categorie. Come, per la scienza della natura, l'assunzione dell'assoluta indifferenza degli oggetti dell'intero universo permette l'elaborazione di una *mathesis universalis* come schema per catturare i fenomeni, così, per la scienza giuridica, l'assunzione della assoluta mancanza di un valore giuridico intrinseco nei fatti naturali, permette l'elaborazione di una dottrina pura del diritto. I fatti sono quindi assolutamente indifferenziati e costituiscono solo i referenti, mentre sono le categorie a costituire l'in sé del fatto. Un medesimo atto quindi, non presentando alcun valore giuridico

⁶ Ivi, pp. 350-351.

intrinseco, rispetto al modo in cui certe categorie lo sussumono, può essere considerato come omicidio o come atto dovuto.

Ma questo evento come tale, come elemento cioè del sistema della natura, non è specificamente oggetto di conoscenza giuridica e non è quindi nulla di giuridico. Ciò che trasforma questo fatto in atto giuridico o antiggiuridico non è la sua concreta esistenza, la sua esistenza naturale (cioè causalmente determinata), racchiusa nel sistema della natura, bensì il senso oggettivo che si ricollega a questo atto, cioè il suo significato. Il fatto in questione ottiene infatti il suo senso specificamente giuridico, il suo particolare significato giuridico, per mezzo di una norma il cui contenuto si riferisce a tale fatto attribuendogli un significato giuridico, cosicché l'atto può essere qualificato in base alla norma. *La norma funge da schema qualificativo*⁷.

L'epistemologia kelseniana, piuttosto che riflettere un mero convenzionalismo, si presenta quindi come un *empirismo trascendentale applicato al mondo giuridico*. Kelsen parifica il mondo dell'essere e del dover essere riconducendo anche quest'ultimo all'interno di una prospettiva fenomenica, per attenersi rigorosamente ai limiti della ragione.

Le norme giuridiche sono descrivibili dalla scienza giuridica attraverso giudizi ipotetici di *Sollen* ("se è A, deve essere B"), che si contrappongono ai giudizi della scienza della natura ("se è A, è B"). Il diritto non è altro che un sistema di prescrizioni, un ordinamento normativo. Esso designa il mondo del dover essere (*Sollen*) e si contrappone al mondo dell'essere (*Sein*). Mentre le scienze naturali descrivono il proprio oggetto attraverso il principio di causalità, le scienze normative utilizzano come criterio ordinatore il principio di imputazione. Nell'ambito dell'ordinamento giuridico, che è un ordinamento normativo caratterizzato dal fatto di essere un ordinamento sociale (ossia che regola in maniera diretta e indiretta il comportamento di uomini) e di essere coercitivo, la formulazione generale di questo principio è: «in presenza di determinate condizioni (e precisamente delle condizioni stabilite dall'ordinamento giuridico) deve aver luogo un certo atto coercitivo (e precisamente l'atto coercitivo previsto dall'ordinamento giuridico)»⁸.

La scienza giuridica quindi può solo descrivere il fatto della norma e cogliere i rapporti che si danno tra le norme all'interno di un sistema giuridico, ma non può spiegare il perché di questo fatto. Come Kant nella *Critica della ragion pura* afferma che possiamo spiegare i fenomeni attraverso il principio di causalità, ma non possiamo spiegare perché la nostra ragione utilizzi questo principio e non un altro⁹, così Kelsen sostiene che è possibile spiegare le norme attraverso il principio di

⁷ Ivi, p. 12 (corsivo mio).

⁸ Ivi, p. 94.

⁹ I. Kant, *Critica della ragion pura* (1781), tr. it. a cura di C. Esposito, Bompiani, Milano 2004, pp. 815-817, A 556, B 584.

imputazione, ma che non possiamo spiegare perché la vita sociale sia regolata da un tale principio¹⁰.

Il dover essere si configura quindi come limite logico-trascendentale della stessa normatività, non ulteriormente spiegabile, pena un regresso all'infinito¹¹. Nel diritto tutto dipende dal dovere-essere. Diritti soggettivi, potere, responsabilità, interesse, personalità¹², non hanno un valore intrinseco, ma dipendono interamente dal dover-essere, in quanto possibilità istituite dalla norma che le prescrive. Tutte queste possibilità non esistono prima dell'ordinamento giuridico, che le istituisce nella misura in cui le legittima e le protegge. La stessa libertà degli individui dipende da questo dovere.

Tutto ciò, per altro, non significa per Kelsen che il diritto positivo possa essere «conforme a un concreto sistema morale, fra i molti possibili»¹³. Anzi esso rifletterà le credenze morali di quello specifico orizzonte storico-normativo in cui sorge¹⁴. Tuttavia, tale morale non può fornire una unità di misura per il diritto e, tanto meno, quegli specifici valori che esso tutela dovranno essere posti a fondamento della vigenza dell'ordinamento giuridico:

La tesi che il diritto sia per sua natura morale [...] è respinta dalla dottrina pura del diritto *non soltanto perché* presuppone una morale assoluta, *ma anche perché* dalla sua effettiva applicazione, ad opera della giurisprudenza dominante sottoposta al medesimo diritto,

¹⁰ Particolarmente efficaci per indicare l'impossibilità di un approccio genealogico che voglia spiegare il perché del fatto normativo sono le riflessioni di Kelsen sulle società degli uomini primitivi. Secondo Kelsen alla base dell'animismo dei primitivi, non vi è una visione antropomorfa della natura ma vi è una visione sociomorfa, in quanto nell'opinione che tutte le cose siano animate ed interagiscano con gli uomini è racchiusa l'idea che gli oggetti agiscano secondo le stesse norme sociali che regolano la vita del gruppo, ossia attraverso il principio di retribuzione. Originariamente non c'è alcuno spazio naturale nel quale si forma la società, ma avviene piuttosto il contrario. Infatti Kelsen ci spiega che il dualismo tra società e natura viene istituito solo successivamente attraverso la scoperta della differenza tra uomini e cose. È solo grazie alla scoperta che le cose non rispondono alle norme della società umana, che si attua la trasformazione, per l'ambito della natura, del principio di imputazione in principio di causalità. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 101-103. Questo tema si trova sviluppato più ampiamente in: H. Kelsen, *Società e natura* (1943), tr. it. di L. Fuà, Einaudi, Torino 1953.

¹¹ Questo il grande tema kelseniano della norma fondamentale, nel qual viene distinto nettamente tra la norma fondamentale intesa come una certa costituzione in senso positivo e la norma fondamentale come presupposto logico-trascendentale, del quale non abbiamo lo spazio di trattare adeguatamente in questo breve intervento: «Poiché soltanto presupponendo la norma fondamentale è possibile interpretare il senso soggettivo dell'atto costituente e degli atti costituiti conformemente alla costituzione come loro senso oggettivo, cioè come norme giuridiche oggettivamente valide, la norma fondamentale (così come la definisce la scienza giuridica) può essere definita la condizione logico-trascendentale di questa interpretazione, se è lecito applicare per analogia un concetto della teoria kantiana della conoscenza» (H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 227).

¹² Questi sono alcuni dei principali temi che Kelsen eredita dalla tradizione e che rilegge nell'ambito della statica del diritto.

¹³ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 82.

¹⁴ Ivi, p. 83.

scaturisce una giustificazione acritica dell'ordinamento coercitivo statale su cui si fonda tale comunità¹⁵.

Il relativismo dei valori impone quindi al giurista di muoversi nell'ambito del solo diritto positivo, unico diritto in senso proprio, per svolgere un'importante funzione etico-politica di "critica della ragione giuridica". Il continuo mutamento delle comunità umane e, con esse, dei loro relativi sistemi morali, non permette infatti di porre alcun contenuto morale positivo a fondamento del diritto. In questo modo, infatti, si subordinerebbe l'ordinamento giuridico come organismo dinamico ad elementi statici, che verrebbero così ipostatizzati. L'empirismo trascendentale kelesniano si propone invece di guardare al diritto come ad un organismo fenomenico in continuo divenire, rifiutando per il diritto un ruolo ancillare al potere politico e anzi favorendo, attraverso il suo lavoro di critica, un continuo cambiamento degli stessi ordinamenti positivi il linea con il continuo mutamento delle stesse esigenze e bisogni delle comunità umane.

Per di più, uno degli elementi che maggiormente colpisce della dottrina kelseniana è come questa si sia prestata a svolgere questo ruolo critico in un preciso contesto storico, dimostrandosi, se vogliamo in maniera quasi sorprendente, dotato di un'eccezionale efficacia pratica. Lo Stato costituzionale europeo della seconda metà del Novecento, nel quale il concetto di costituzione come legge fondamentale ha assunto un assoluto primato sul concetto di Stato, sembra aver presentato un significativa corrispondenza proprio con la dottrina kelseniana, portando a compimento quel processo storico di identificazione – e dissoluzione – dello Stato con il suo ordinamento giuridico. Come scrive Hasso Hofmann proprio a proposito dello Stato costituzionale affermatosi nel secondo dopoguerra – e con in mente la lezione kelseniana – «questo successo del concetto di Costituzione, molto superiore alle teorie politiche concorrenti, portava a conclusione il processo specificamente europeo durato secoli, in cui [...] l'ordinamento giuridico ha conquistato in questa, e solamente in questa, cultura occidentale una relativa autonomia dinnanzi a tutte le rivendicazioni politiche e ideologiche. Nel moderno concetto di Costituzione si realizza il pensiero dell'autodeterminazione del diritto, della garantita unità, stabilità e giuridicità dell'ordinamento giuridico e della sua positiva libertà per principio dall'arbitrio politico»¹⁶.

Eppure, il mondo contemporaneo sembra porre nuove sfide alla dottrina di Kelsen. Anche se limitiamo il nostro sguardo a quelle che è avvenuto in Europa, con l'avanzamento del processo di integrazione europea, la perdita di autonomia degli ordinamenti nazionali non sembra essere avvenuta in favore di un nuovo monismo, e l'autonomia del giuridico sembra oggi essere minacciata su nuovi fronti. L'odierno pluralismo delle fonti del diritto, che ha portato tanti giuristi a parlare di "pluralismo

¹⁵ Ivi, p. 85 (corsivo mio).

¹⁶ H. Hofmann, *La libertà nello Stato moderno*, cit., pp. 20-21.

costituzionale”¹⁷, se dà ragione alla distinzione kelseniana tra la norma fondamentale intesa come una certa costituzione in senso positivo e la norma fondamentale come presupposto logico-trascendentale, mette tuttavia in crisi profonda la capacità della nomodinamica di Kelsen di descrivere la concreta evoluzione degli ordinamenti.

Da una parte infatti, l'emergere di un ordinamento europeo come ordinamento composto di diritto nazionale e sovranazionale toglie – in linea con la lezione di Kelsen – ogni possibilità di equivoco tra la norma fondamentale come presupposto logico trascendentale e un diritto costituzionale positivo – la norma fondamentale in senso logico trascendentale infatti non viene oggi più a coincidere, nemmeno in senso pratico, con le costituzioni nazionali senza per questo poter essere identificata con i trattati europei. D'altra parte però, il venire meno di una chiara gerarchia delle fonti mette in crisi la capacità del diritto di indicarci con sicurezza quale sia la legge da applicare in caso di conflitto e a chi spetti l'autorità di dare un giudizio di ultima istanza – facendo così saltare la kelseniana struttura a piramide del diritto quale metodo di risoluzione su base giuridica del conflitto tra norme.

Tra le conseguenze più evidenti di tutto ciò vi è stata una chiara politicizzazione dell'attività delle corti di giustizia¹⁸, tanto nazionali quanto europee, dando conferma in negativo, ossia nel momento in cui questo principio viene contraddetto, di come l'autonomia del giuridico in senso epistemico-scientifico fosse condizione, anche, della sua autonomia in senso pratico.

Di fronte a questo stato di cose, mi sembra allora importante distinguere, nella dottrina kelseniana, tra la sua capacità descrittiva e il ruolo critico, di valore etico-politico, che egli affidava alla teoria del diritto. Se quelle costituzioni democratiche, affermatesi in Europa nel secondo dopoguerra, hanno realizzato, in un preciso momento storico, l'autonomia del giuridico secondo i dettami della dottrina kelseniana, ciò non significa che queste possano continuare a svolgere questa funzione acriticamente e indipendentemente da un contesto storico-sociale profondamente mutato. Oggi il compito del teorico del diritto di difendere l'autonomia del giuridico, portandone avanti la funzione di razionalizzazione della

¹⁷ Per una buona panoramica sull'odierno dibattito sul pluralismo costituzionale si veda: M. Avbelj, J. Komarek, (a cura di), *Constitutional Pluralism in European Union and Beyond*, Hart Publishing, Oxford 2012.

¹⁸ Il ruolo politico svolto dalla Corte di giustizia europea e dalle Corti costituzionali nazionali, specialmente rispetto al processo costituzionalizzazione dei Trattati delle Comunità, è stato da lungo riconosciuto da molti accademici. Si veda a tale proposito gli ormai “classici” studi di Joseph H.H. Weiler raccolti in: *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?' and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge 1999. Molto interessanti a tale proposito sono anche quegli studi, ispirati all'approccio politologico al diritto di Martin Shapiro, che tendono a mettere in luce il ruolo politico delle corti di giustizia nell'ambito del processo di integrazione, come quello di Alec Stone Sweet, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford 2004. L'intensificazione del ruolo politico delle Corti costituzionali nazionali dopo l'adozione del Trattato di Maastricht è ben mostrato da J. Baquero Cruz: *The Legacy of Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement*, in «European Law Journal», XIV, n. 4, 2008, pp. 389-342.

realtà sociale, si configura su rotte estremamente più complesse, abbracciando una pluralità di piani che erano sconosciuti alla riflessione kelseniana.

Eppure, nonostante la complessità di questo compito, mi sembra si possa trovare proprio nel valore etico-politico del pensiero di Kelsen una spinta per procedere in questa direzione. L'etica del positivismo giuridico di Hans Kelsen mi sembra infatti ci inviti a non fare neppure di quelle costituzioni, e dei valori da esse tutelati, dei nuovi idoli. Essa infatti ci ricorda come nell'ipostatizzazione dei valori, ossia nella subordinazione della vigenza dell'ordinamento a una specifica morale, si celi spesso la tutela di interessi di parte che cercano di resistere all'evoluzione degli ordinamenti. Il compito critico del teorico del diritto si configura allora come lotta contro questi idoli per facilitare il cambiamento dello stesso ordinamento positivo di fronte all'inevitabile mutamento della realtà storica e sociale e ai nuovi bisogni e esigenze che in essa si manifestano.