

Hans Kelsen

Che cos'è la giustizia?
Lezioni americane

A cura di Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel

Quodlibet



Indice

Testi originali

I. *Hans Kelsen lectures*

Due dattiloscritti inediti, privi di titolo, in “J.B. Condliffe Papers, [ca. 1910-1960]”, The Bancroft Library, University of California, Berkeley.

II. *What Is Justice?*

Registrazione audio della “Bernard Moses Lecture” *What Is Justice?* (27 maggio 1952), University of California, Berkeley.

III. *Law, Politics, Ethics, and Religion*

Registrazione audio della lezione *Law, Politics, Ethics, and Religion* (20 novembre 1962), University of California School of Law (Boalt Hall), Berkeley.

Per aver permesso la traduzione e la pubblicazione dei testi qui raccolti si ringraziano le seguenti istituzioni:

Hans Kelsen-Institut, Vienna; The University of California, Berkeley; The Bancroft Library, University of California, Berkeley; The Law Library, University of California School of Law (Boalt Hall), Berkeley.

Prima edizione nella collana «Quodlibet» ottobre 2015

Seconda edizione riveduta e corretta nella collana «Saggi» febbraio 2021

© 2015, 2021 Quodlibet srl

Macerata, via Giuseppe e Bartolomeo Mozzi, 23

www.quodlibet.it

ISBN 978-88-229-0568-0

9 Premessa

17 I. Elementi di teoria pura del diritto

I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949

19 Prima lezione

Scienze della natura e scienze sociali: causalità e imputazione

1. Natura e società (p. 19); 2. La struttura della regola di diritto (p. 20); 3. Il principio di imputazione (p. 23); 4. L'interpretazione socio-normativa della natura nei popoli primitivi (p. 24); 5. L'origine del principio di causalità dalla norma della retribuzione (p. 26); 6. L'applicazione del principio di causalità nelle scienze del comportamento (p. 27); 7. Prima differenza tra principio di causalità e principio di imputazione (p. 29); 8. Seconda differenza tra principio di causalità e principio di imputazione (p. 30); 9. Il problema del libero arbitrio (p. 31); 10. Rapporto tra libertà e imputazione (p. 32); 11. Critica dell'antitesi tra determinismo e indeterminismo (p. 33); 12. Fatti diversi dal comportamento umano come contenuto di norme sociali (p. 35); 13. Incompatibilità delle norme categoriche con gli ordinamenti sociali (p. 37).

39 Seconda lezione

L'oggetto della scienza del diritto

1. L'aspetto statico del diritto (p. 39); 2. L'aspetto dinamico del diritto (p. 42); 3. Le norme giuridiche e la ragione della loro validità (p. 43); 4. La norma fondamentale (p. 44); 5. Le regole di diritto e le norme giuridiche (p. 46); 6. La regola di diritto quale legge sociale (p. 49); 7. Diritto positivo e diritto naturale (p. 51); 8. Diritto, morale e religione (p. 54); 9. Teoria del diritto e logica del dovere (p. 55); 10. La tecnica specifica del diritto e il monopolio dell'uso della forza (p. 57); 11. Gli elementi giuridicamente indifferenti nel contenuto delle norme giuridiche (p. 58); 12. Significato giuridico soggettivo e significato giuridico

oggettivo (p. 59); 13. L'obbligo giuridico (p. 61); 14. La sanzione come elemento essenziale del diritto (p. 62); 15. Obbligo e imputazione (p. 64); 16. L'illecito come condizione della sanzione (p. 68); 17. Illecito e responsabilità (p. 69); 18. Responsabilità individuale e responsabilità collettiva (p. 71); 19. Responsabilità e obbligo (p. 73).

75 II. Che cos'è la giustizia?

University of California, Berkeley, 27 maggio 1952

1. La giustizia come problema della soluzione dei conflitti di interessi o di valori (p. 78); 2. La gerarchia dei valori (p. 81); 3. La giustizia come problema della giustificazione del comportamento dell'individuo (p. 84); 4. Platone e Gesù (p. 88); 5. Formule della giustizia vuote di contenuto (p. 90); 6. Kant (p. 93); 7. La dottrina del diritto naturale (p. 94); 8. La giustizia assoluta come ideale irrazionale (p. 96).

99 III. Politica, etica, diritto e religione

University of California, Berkeley, 20 novembre 1962

1. Etica, politica e scienza giuridica come scienze normative (p. 101); 2. La relatività dei valori morali, politici e giuridici (p. 102); 3. Il carattere scientifico dell'etica e della politica, e le credenze religiose come fatti psicologici (p. 104); 4. Il carattere descrittivo delle scienze normative (p. 105); 5. Critica del concetto di «religione secolare» e funzione morale della religione (p. 108); 6. È possibile una morale senza religione? (p. 109); 7. Il *Geltungstrieb* e la possibilità di separare la morale dalla religione (p. 111).

115 Norma forma: Hans Kelsen oltre il formalismo

di Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel

o. Introduzione (p. 117).

1. Il diritto in quanto oggetto della scienza del diritto nelle due lezioni: *Elementi di teoria pura del diritto* del 1949 (p. 121); 1.1. Il diritto in quanto oggetto di una scienza sociale normativa (p. 122); 1.2. Il diritto in quanto oggetto *specifico* della *scienza del diritto* (p. 126); 1.3. Due livelli di costitutività trascendentale della scienza del diritto (p. 134).

2. La filosofia relativistica della giustizia nella lezione: *Che cos'è la giustizia?* del 1952 (p. 136); 2.1. Il senso della domanda «Che cos'è la giustizia?»: la giustizia come felicità sociale (p. 138); 2.2. L'impossibilità di rispondere razionalmente alla domanda «Che cos'è la giustizia?», e la

giustizia assoluta come ideale irrazionale (p. 139); 2.3. Il senso relativo delle risposte alla domanda «Che cos'è la giustizia?» (p. 141); 2.4. La risposta di Kelsen alla domanda «Che cos'è la giustizia?»: il principio della tolleranza (p. 143).

3. Spirito scientifico e morale secolare nella lezione: *Politica, etica, diritto e religione* del 1962 (p. 144); 3.1. Una difesa dello spirito scientifico della modernità (p. 145); 3.2. Scienze sociali normative, ordinamenti normativi e religione (p. 148); 3.3. Confini della *scienza* e confini della *religione* (p. 152).

155 Hans Kelsen (1881-1973). Cronologia della vita e delle opere

167 Bibliografia selettiva delle traduzioni italiane delle opere di Hans Kelsen

175 Indice analitico

185 Indice dei nomi

Norma forma:
Hans Kelsen oltre il formalismo

di Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel

It is not the answer which counts, it is the question. For it is doubtful whether we will ever find a definite and absolute answer to any question. In the course of the scientific evolution any answer implies a new question. What we may learn from science is perhaps nothing else but: asking questions.

Non è la risposta ciò che conta: è la domanda. Forse non saremo mai in grado di trovare una risposta definitiva e assoluta ad alcuna domanda. Nel corso dell'evoluzione della scienza ogni risposta implica una nuova domanda. Ciò che la scienza ci insegna non è forse altro che questo: porre domande.

Hans Kelsen, *Origins of Legal Institutions*

o. Introduzione

Nel 1934 Hans Kelsen (1881-1973) pubblicò la prima edizione del suo capolavoro, la *Reine Rechtslehre (La dottrina pura del diritto)*¹, che divenne da subito, e resta tutt'ora, un'opera di riferimento per la riflessione filosofica sul diritto².

Pur mantenendone ferme le tesi fondamentali, Kelsen continuò a sviluppare la propria teoria pura del diritto fino alla

¹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Wien 1934. Questa prima edizione della *Reine Rechtslehre* è stata tradotta in italiano da Renato Treves nel 1952 con il titolo *La dottrina pura del diritto* (Einaudi, Torino), ma dalla riedizione del 1967 reca il titolo *Lineamenti di dottrina pura del diritto*.

² Sull'attualità della teoria pura del diritto di Kelsen, cfr. tra gli altri Stanley L. Paulson (ed.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford University Press, Oxford 1999.

Paolo Di Lucia è autore dei paragrafi 1.2., 1.3. e 3; Lorenzo Passerini Glazel è autore dei paragrafi o, 1.1. e 2; il saggio è stato, tuttavia, congiuntamente discusso in ogni sua parte da entrambi gli autori.

pubblicazione, nel 1960, di una seconda edizione notevolmente accresciuta, ma recante ancora il titolo *Reine Rechtslehre*³.

Un'importante fase di sviluppo della teoria pura del diritto ebbe inizio nel 1940, quando Kelsen, dopo aver lasciato definitivamente l'Europa a causa della persecuzione nazista, riprese l'insegnamento e l'attività di ricerca negli Stati Uniti⁴.

Nella rielaborazione della teoria pura del diritto, in questi anni, ebbero un ruolo particolarmente rilevante tre fattori.

In primo luogo, negli Stati Uniti Kelsen era stato indotto ad intensificare il confronto critico, avviato fin dagli anni '30, con la tradizione anglosassone di *jurisprudence* (con la *analytical jurisprudence* dell'inglese John Austin, e con la più recente *sociological jurisprudence* dei realisti giuridici americani Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin N. Cardozo e Roscoe Pound)⁵.

³ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien 1960. La seconda edizione della *Reine Rechtslehre* è stata tradotta in italiano da Mario G. Losano nel 1966 con il titolo *La dottrina pura del diritto* (Einaudi, Torino). Oltre alle due edizioni della *Reine Rechtslehre* Kelsen dedicò alla teoria pura del diritto altre due delle sue opere maggiori: la *General Theory of Law and State* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1945; *Teoria generale del diritto e dello stato*, tr. it. di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, Edizioni di Comunità, Milano 1952; nuova edizione, con una prefazione di Ettore Gallo e una introduzione di Gaetano Pecora: RCS, Milano 2000), e la *Allgemeine Theorie der Normen* (Manz, Wien), opera che lo impegnò a partire dal 1959, ma che vide la luce soltanto postuma vent'anni più tardi, nel 1979. Nella prefazione all'edizione italiana di quest'opera postuma, il curatore, Mario G. Losano, definisce la dottrina pura del diritto di Kelsen un *opus perpetuum* (Hans Kelsen, *Teoria generale delle norme*, tr. it. di Mirella Torre, a cura di Mario G. Losano, Einaudi, Torino 1985, p. XVII). Per una bibliografia aggiornata delle opere di Kelsen, cfr. Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (eds.), *Hans Kelsens stete Aktualität. Zugleich eine Neuauflage des Bandes 10 der Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts «Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft» mit der aktualisierten Bibliographie der Werke Hans Kelsens*, Manz, Wien 2003.

⁴ Cfr. Hans Kelsen, *Autobiographie (1947)*, in Id., *Werke. Band 1. Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, herausgegeben von Matthias Jestaedt, in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Mohr, Tübingen 2007, pp. 29-91, alle pp. 88-91 (Hans Kelsen, *Autobiografia (1947)*, in Id., *Scritti autobiografici*, tr. it. e cura di Mario G. Losano, Diabasis, Reggio Emilia 2008, pp. 67-138, alle pp. 135-138) e Rudolf Aladár Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Franz Deuticke, Wien 1969, pp. 77 sgg.

⁵ Cfr., ad esempio, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, in «Harvard Law Review», 55 (1941), pp. 44-70 (Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, tr. it. di Renato Treves, Einaudi, Torino 1967, pp. 173-206). Sugli anni americani di Kelsen cfr., in particolare, Carlo Nitsch, «Holmes Lectures, 1940-1941». *Studio storico-critico su Kelsen in America*, in Hans Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures*,

In secondo luogo, Kelsen intensificò negli anni americani anche il dialogo con la filosofia giuridica latino-americana, in particolare con i due argentini Carlos Cossio e Ambrosio L. Gioja, e con il messicano Eduardo García Máynez⁶.

In terzo luogo, Kelsen (che dal 1942 al 1952 tenne regolarmente un corso di antropologia giuridica intitolato *Origins of Legal Institutions* presso l'Università della California di Berkeley)⁷ aveva ripreso e approfondito le indagini antropologico-giuridiche intraprese fin dagli anni '30⁸.

Ma negli anni americani le ricerche di Kelsen non si focalizzarono soltanto sulla *teoria pura del diritto*: parallelamente alla rielaborazione della teoria pura del diritto, infatti, Kelsen ebbe modo di sviluppare le proprie ricerche sull'*etica* (considerata anch'essa da Kelsen una scienza sociale normativa al pari della teoria pura del diritto) e sulla *sociologia dell'idea di «giustizia»* (concepita da Kelsen come una scienza sociale causale). Kelsen

1940-1941, Giuffrè, Milano 2009, pp. V-LXXXI; Carlo Nitsch, *Diritto e forza nella comunità degli stati. Studi su Hans Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, Satura, Napoli 2012; Mario Patrono, *Hans Kelsen: A Peacemaker Through Law*, in Victoria University Law Review, 45 (2014), n. 4, pp. 647-662; e D.A. Jeremy Telman (ed.), *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, s.l., Springer, 2016.

⁶ Cfr. Luis Recaséns Siches/Carlos Cossio/Juan Llambías de Azevedo/Eduardo García Máynez, *Latin-American Legal Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts) 1948. Tra i filosofi del diritto latino-americani con i quali Kelsen entrò in contatto ricordiamo anche il colombiano Luis Eduardo Nieto Arteta (1913-1956) autore di *Un diálogo con el profesor Kelsen sobre la lógica jurídica*, in «Revista de la Universidad Nacional de Colombia», 3 (1945), pp. 111-131.

⁷ Gli altri corsi che Kelsen tenne regolarmente a Berkeley presso il Department of Political Science tra il 1942 e il 1952, anno in cui si ritirò dall'insegnamento, furono: *Elements of Jurisprudence* e *Principles of International Law*.

⁸ Nell'ottobre del 1935 Kelsen aveva presentato a Parigi una relazione intitolata *L'âme et le droit*, alla presenza, tra gli altri, dell'antropologo francese Marcel Mauss e del sociologo russo (naturalizzato francese) Georges Gurvitch (cfr. Hans Kelsen, *L'âme et le droit*, in *Droit, Morale, Mœurs*, II° Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, 1935-1936, Travaux de la seconde session, Paris, vol. II, 1936, pp. 60-82; *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, ed. it. a cura di Agostino Carrino, Edizioni Lavoro, Roma 1989, pp. 77-91). Negli anni americani le ricerche antropologiche e sociologiche di Kelsen assunsero una forma sistematica: Kelsen elaborò un progetto di ampio respiro, del quale poté però portare a termine soltanto la prima parte, con il volume *Society and Nature. A Sociological Inquiry* (The University of Chicago Press, Chicago 1943); della seconda parte di questo progetto è rimasto un manoscritto inedito intitolato *Sociology of the Belief in the Soul* (cfr. Carlo Nitsch, «Holmes Lectures, 1940-1941». *Studio storico-critico su Kelsen in America*, cit., p. LXII).

era stato costretto, in precedenza, «obbedendo al principio austero della purezza del metodo», a tenere separate queste ricerche dalle ricerche sulla struttura formale del diritto positivo⁹.

Come attestano anche le lezioni americane tradotte nel presente volume, grazie allo sviluppo di questi filoni di ricerca differenti, nelle opere di questi anni si precisano i rapporti che intercorrono tra la teoria pura del diritto, la filosofia relativistica della giustizia, e quelle scienze sociali che Kelsen chiama scienze sociali *normative* (come l'etica e la scienza politica) e scienze sociali *causali* (come la sociologia e, in particolare, la sociologia del diritto).

Nei successivi tre paragrafi del presente saggio *Norma forma: Hans Kelsen oltre il formalismo* ci occuperemo, rispettivamente:

- (i) delle principali novità della teoria pura del diritto introdotte nelle due lezioni di Berkeley del 1949 (§ 1. *Il diritto in quanto oggetto della scienza del diritto nelle due lezioni: Elementi di teoria pura del diritto del 1949*);
- (ii) della filosofia della giustizia di Kelsen delineata nella *farewell lecture* (lezione di congedo) tenuta a Berkeley nel 1952 (§ 2. *La filosofia relativistica della giustizia nella lezione: Che cos'è la giustizia? del 1952*);
- (iii) dei rapporti tra politica, etica, diritto e religione delineati da Kelsen nella lezione tenuta alla Boalt Hall di Berkeley nel 1962 (§ 3. *Spirito scientifico e morale secolare nella lezione: Politica, etica, diritto e religione del 1962*).

⁹ Cfr. Hans Kelsen, *Preface to the Spanish Edition*, in Id., *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, Depalma, Buenos Aires 1945, pp. XIV-XVI, qui p. XIV (Hans Kelsen, *Presentazione dell'edizione castigliana di Society and Nature*, in Hans Kelsen/Renato Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, tr. it. di Agostino Carrino, a cura di Stanley L. Paulson, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, pp. 195-197, qui p. 195).

1. *Il diritto in quanto oggetto della scienza del diritto nelle due lezioni: Elementi di teoria pura del diritto del 1949*

Le due lezioni tradotte nella prima sezione del presente volume, qui intitolate *Elementi di teoria pura del diritto* (lezioni che risalgono all'autunno del 1949, ma che sono state ritrovate a Berkeley soltanto nel 2013), presentano alcune importanti novità della teoria pura del diritto, che in parte riprendono e in parte integrano gli sviluppi introdotti da Kelsen con la *General Theory of Law and State* del 1945 (opera che, come testimonia Josef L. Kunz, Kelsen aveva per un certo tempo considerato la formulazione definitiva della teoria pura del diritto)¹⁰.

Dopo la pubblicazione della *General Theory of Law and State*, infatti, tra il 1945 e il 1949, Kelsen fu indotto dal confronto con la filosofia del diritto latino-americana (in particolare, con la teoria egologica del diritto dell'argentino Carlos Cossio)¹¹ ad approfondire la riflessione sui fondamenti epistemologici della scienza del diritto, e a riformulare esplicitamente la domanda: «Qual è l'oggetto della scienza del diritto?», o, in altri termini: «Qual è l'essenza del diritto in quanto oggetto della scienza del diritto?».

Per rispondere a questa domanda Kelsen si avvale, in queste lezioni, di quattro nuovi importanti paradigmi concettuali che non erano presenti (o erano soltanto accennati) nella prima

¹⁰ Cfr. Josef L. Kunz, *La teoría pura del derecho. Cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, Imprenta Universitaria 1948; nuova edizione: México, Ediciones Coyoacán 2010, p. 29. Per un esame analitico della teoria pura del diritto incentrato sulla *General Theory of Law and State* del 1945, cfr. Bruno Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna 1999. Ulteriori modifiche alla teoria pura del diritto (alcune delle quali già presenti nelle lezioni tradotte nel presente volume) furono introdotte da Kelsen nel 1953, in occasione della traduzione francese (curata da Henri Thévenaz) della *Reine Rechtslehre* (Hans Kelsen, *Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*, Éditions de La Baconnière, Boudry-Neuchâtel 1953), e furono poi riprese nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960).

¹¹ Carlos Cossio aveva tradotto la teoria pura del diritto in Argentina nel 1940 (Hans Kelsen, *La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Losada, Buenos Aires 1940). Sul rapporto tra Cossio e Kelsen, cfr. Antônio Luiz Machado Neto, *La lógica deontica en Kelsen y Cossio (La Norma y el Imperativo)*, in «CUYO. Anuario de Filosofía Argentina y Americana», 5 (1969), pp. 35-45.

edizione del 1934 della *Reine Rechtslehre*, e che egli aveva soltanto parzialmente introdotto prima nel saggio *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence* del 1941, poi nel volume *General Theory of Law and State* del 1945.

Questi quattro paradigmi sono:

- (i) il paradigma «scienze causali *vs.* scienze sociali normative»;
- (ii) il paradigma «teoria statica del diritto *vs.* teoria dinamica del diritto»;
- (iii) il paradigma «norme giuridiche *vs.* regole di diritto»;
- (iv) il paradigma «forma logica *vs.* contenuto specifico» delle regole di diritto.

La risposta di Kelsen alla domanda: «Qual è l'essenza del diritto in quanto oggetto della scienza del diritto?» si articola in due momenti.

In un primo momento (al quale Kelsen dedica la *prima* delle due lezioni del 1949), Kelsen, attraverso il paradigma «scienze causali *vs.* scienze sociali normative», definisce il diritto come un fenomeno sociale e la scienza giuridica come una *scienza sociale normativa*.

In un secondo momento (al quale Kelsen dedica la *seconda* delle due lezioni del 1949), avvalendosi degli altri tre nuovi paradigmi, Kelsen si propone invece di determinare l'essenza *specificata* del diritto in quanto oggetto di una *specificata* scienza sociale normativa: la *scienza del diritto*.

1.1. *Il diritto in quanto oggetto di una scienza sociale normativa*

1.1.1. *Il paradigma «scienze causali *vs.* scienze sociali normative»*

Per Kelsen, il diritto è un fenomeno sociale, e la scienza del diritto è una delle più antiche scienze sociali che l'uomo conosca: una scienza sociale che si fonda su presupposti epistemologici totalmente differenti da quelli delle scienze naturali.

Kelsen muove da un'osservazione:

Se analizziamo le proposizioni che vertono sul comportamento umano (vale a dire sugli atti degli esseri umani), ci accorgiamo che noi colleghiamo questi atti fra loro (e con altri fatti) non soltanto, e non in modo esclusivo, secondo il principio di causalità (vale a dire come cause ad effetti), ma anche secondo un principio completamente differente da quello di causalità, un principio per il quale la scienza non ha ancora fissato un termine universalmente riconosciuto¹².

Kelsen propone di chiamare questo principio con un'espressione mutuata dal linguaggio della scienza del diritto: principio di «imputazione» (in inglese: "*imputation*", in tedesco: "*Zurechnung*"). Questo principio di imputazione, che Kelsen contrappone al principio di causalità, non è, tuttavia, un principio *specifico* della scienza del diritto: esso è comune a (e funge da *principium individuationis* di) una intera classe di scienze sociali: le scienze che Kelsen chiama «scienze sociali normative». Alla classe delle scienze sociali normative Kelsen ascrive, oltre alla *scienza del diritto* (o *giurisprudenza*), anche l'*etica* e la *teologia*¹³.

Kelsen contrappone le scienze sociali *normative* alle scienze naturali *causali*.

Se le scienze naturali *causali* descrivono, infatti, i fenomeni naturali attraverso il *principio di causalità* (secondo il quale «Se v'è *A* (causa), v'è (o vi sarà) *B* (effetto)»), le scienze sociali *normative* descrivono, invece, i fenomeni sociali attraverso il *principio di imputazione*, secondo il quale «Se v'è *A* (illecito), *deve* esservi *B* (sanzione)»¹⁴. Il nesso tra *A* e *B* è in questo caso

¹² Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, p. 20.

¹³ Nella lezione di Berkeley del 1962 intitolata *Politica, etica, diritto e religione* (tradotta nella terza sezione del presente volume) Kelsen non nominerà più la teologia tra le scienze sociali normative.

¹⁴ Accanto alle scienze sociali *normative*, fondate sul principio di imputazione, esistono secondo Kelsen anche scienze sociali *causali*, ossia scienze che studiano i comportamenti degli uomini non secondo il principio di imputazione, ma secondo il principio di causalità. Sono scienze sociali causali, ad esempio, la psicologia, l'etnologia, la storia e la

non un nesso di *causalità*, bensì un nesso normativo di *imputazione*: ad *A* è *imputata* la sanzione *B* (ed *A* assume lo *status* di «illecito» soltanto in quanto ad esso è imputata la sanzione *B*).

1.1.2. *Il carattere trascendentale del principio di imputazione*

Per Kelsen (che in questo si ispira in maniera evidente a Immanuel Kant) è la conoscenza a costituire trascendentalmente il proprio oggetto¹⁵; pertanto, principio di causalità e principio di imputazione sono non soltanto principî epistemologici *costitutivi* di due differenti tipi di *scienze* (le scienze naturali causali e le scienze sociali normative), ma sono anche principî trascendentali costitutivi di due differenti tipi di *oggetti*: rispettivamente, la *natura* (in quanto ordine di cose connesse secondo relazioni di causalità nelle scienze causali) e la *società* (in quanto ordine dei comportamenti umani connessi secondo relazioni normative di imputazione nelle scienze sociali normative).

Per illustrare questa tesi, e per spiegare in che senso società e natura siano *oggetti* distinti e differenti, Kelsen si avvale, nelle lezioni del 1949, di uno dei principali risultati delle sue ricerche antropologiche sull'interpretazione *animistica* della natura.

Secondo Kelsen, l'uomo primitivo interpreta la natura non in termini di causalità, ma in termini di imputazione, ossia in termini normativi: in particolare, secondo la norma della retribuzione [*norm of retribution*]. La sventura è intesa dall'uomo primitivo come punizione per il comportamento non-corretto, la prosperità è intesa come ricompensa per il comportamento corretto.

sociologia. In quanto causali (in quanto fondate sul principio di causalità) queste scienze non sono essenzialmente differenti, secondo Kelsen, dalle scienze naturali: esse indagano i comportamenti degli uomini in quanto fenomeni naturali. Segnaliamo che nel 1911, nel saggio *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (Mohr, Tübingen 1911; *Tra scienza del diritto e sociologia*, ed. it. a cura di Gaetano Calabrò, Guida, Napoli 1974) Kelsen aveva indicato, come esempi di scienze normative, la grammatica e la logica.

¹⁵ «Trascendentale» non è sinonimo di «trascendente». «Trascendente» significa: «che è oltre l'esperienza»; «trascendentale» significa: «che condiziona l'esperienza». Sul kantismo di Kelsen, cfr. Uberto Scarpelli, *La critica analitica a Kelsen*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1983, pp. 69-75.

Il principio di causalità (il principio costitutivo della natura come essa è intesa dalla scienza moderna) non è, dunque, per Kelsen (che in questo si allontana da Kant), un principio innato del pensiero umano: esso è il prodotto di una evoluzione relativamente recente della civiltà umana.

Poiché nella mentalità animistica dell'uomo primitivo non era presente il principio di causalità, Kelsen ritiene che per l'uomo primitivo non vi fosse qualcosa di simile alla natura: per l'uomo primitivo *natura* non v'era; v'era soltanto *società*. Scrive Kelsen:

Non v'è, dunque, nella mentalità dell'uomo primitivo, qualcosa di simile alla natura intesa nel senso della scienza moderna [...]. Ciò che nel senso della scienza naturale è natura, per l'uomo primitivo fa parte della società, intesa come un ordine normativo i cui elementi sono connessi secondo il principio di imputazione [...]. Potremmo dire che, durante la fase animistica dell'umanità, esistesse solo la società (intesa come ordine normativo), e che la natura (intesa come ordine causale) sia stata creata dalla scienza solo in seguito all'emancipazione dall'animismo¹⁶.

1.1.3. *La società come ordine normativo*

La società (quell'oggetto specifico delle scienze sociali normative che è categorialmente differente rispetto all'oggetto specifico delle scienze della natura) è, dunque, per Kelsen, un ordine o ordinamento normativo (in inglese: *normative order*)¹⁷:

¹⁶ Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, pp. 25-26.

¹⁷ Al termine inglese «order» (in tedesco «Ordnung») corrispondono in italiano i due termini «ordine» e «ordinamento». I sostantivi italiani «ordine» e «ordinamento» vengono a volte distinti per esprimere la differenza tra *ordo ordinatus* e *ordo ordinans*. Kelsen non sembra però operare questa distinzione. Per Kelsen l'ordine normativo instaurato da un sistema di norme e l'ordinamento normativo in quanto sistema di norme sono una sola ed unica cosa: nel saggio *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, in «The Yale Law Journal», 57 (1948), n. 3, pp. 377-390, qui p. 377 (Hans Kelsen, *Diritto, Stato, e giustizia nella teoria pura del diritto*, in Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, ed. it. a cura di Riccardo Guastini, Milano, Il Saggiatore 1981, pp. 148-167), Kelsen scrive: «The law is a social order, that is to say an order regulating the mutual behavior of human beings. An order is a set of rules prescribing a certain human behavior, [...] a system of norms. The saying that the purpose of the law is to establish order is [...] a

è un sistema di elementi che sono connessi tra loro secondo il principio di imputazione. Scrive Kelsen:

La società è, nel significato di queste scienze normative, un ordine normativo; gli uomini appartengono a una società di questo tipo solo in quanto il loro comportamento è determinato dalle norme di un ordinamento morale, religioso o giuridico¹⁸.

Compito delle scienze sociali normative è, dunque, indagare (secondo il principio di imputazione) i sistemi di norme morali, religiose e giuridiche, che per Kelsen sono costitutivi della società stessa.

Ma in che cosa si distingue il diritto, in quanto oggetto specifico della *scienza del diritto*, dai sistemi di norme morali e dai sistemi di norme religiose, che sono oggetto dell'*etica* e, rispettivamente, della *teologia*?

Alla risposta a questa domanda Kelsen dedica la seconda delle due lezioni del 1949.

1.2. *Il diritto in quanto oggetto specifico della scienza del diritto*

Una volta chiarito che il diritto è un fenomeno sociale e che la scienza del diritto è una scienza sociale normativa (essa è, cioè, una scienza che adotta il principio di imputazione), Kelsen si propone di determinare l'essenza *specificata* del diritto in quanto oggetto di una *specificata* scienza sociale normativa: la *scienza del diritto*.

Nella seconda delle due lezioni del 1949 Kelsen individua, pertanto, alcune caratteristiche specifiche della scienza del diritto, caratteristiche che contribuiscono a determinare quale sia l'essenza del diritto in quanto ordinamento normativo distinto

misleading pleonasm. It produces the illusion as if there were two things, the law on the one hand, and order on the other hand. But the law is itself the order which those who speak "law and order" have in mind.

¹⁸ Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, p. 28.

rispetto agli altri ordinamenti normativi (in particolare rispetto agli ordinamenti morali e agli ordinamenti religiosi).

Per evidenziare queste caratteristiche specifiche della scienza del diritto Kelsen si avvale di tre ulteriori nuovi paradigmi concettuali (che vanno ad aggiungersi al paradigma illustrato sopra: «scienze causali *vs.* scienze sociali normative»). Essi sono: il paradigma «teoria *statica* del diritto *vs.* teoria *dinamica* del diritto», il paradigma «norme giuridiche *vs.* regole di diritto», il paradigma «forma logica *vs.* contenuto specifico delle regole di diritto».

1.2.1. *Il paradigma «teoria statica del diritto vs. teoria dinamica del diritto»*

La scienza del diritto può indagare il diritto da *due* punti di vista differenti.

Dal punto di vista di quella che Kelsen chiama una teoria *statica* del diritto (che consiste in un'analisi del diritto «in stato di quiete»), il diritto è un «sistema di *norme* che regolano il comportamento reciproco degli uomini».

Per «norma» Kelsen intende qui «il significato specifico [*the specific meaning*] degli atti che le autorità creatrici di diritto rivolgono agli individui dei quali esse regolano il comportamento»¹⁹.

Kelsen sottolinea, in polemica con Carlos Cossio, che la norma «non coincide [...] né con l'atto del comportamento umano mediante il quale essa viene creata, né con il comportamento umano al quale essa fa riferimento»²⁰.

Tuttavia, senza gli atti del comportamento umano mediante i quali le norme vengono create non vi sarebbe alcun diritto, nell'unico senso possibile, per Kelsen, del termine «diritto» («*law*»), ossia nel senso di «diritto positivo».

Ad indagare gli *atti* del comportamento umano mediante i quali vengono create e applicate le norme è quella che Kelsen chiama

¹⁹ Nel testo inglese Kelsen usa il sostantivo «*meaning*» (in francese «*signification*») per rendere ciò che nella prima edizione austriaca della *Reine Rechtslehre* (1934) aveva espresso con il sostantivo tedesco «*Sinngehalt*» (alla lettera: «contenuto di senso», «contenuto di significato»).

²⁰ Dal punto di vista della teoria *statica* del diritto, il diritto appare come un fenomeno *semantic*.

la teoria *dinamica* del diritto (che consiste in un'analisi del diritto «nel suo movimento»).

Dal punto di vista della teoria *dinamica* del diritto, il diritto è «un sistema di atti del comportamento umano determinati dalle norme di un ordinamento giuridico», ossia è l'insieme degli atti di creazione e degli atti di applicazione del diritto, che sono tuttavia tali soltanto in virtù del fatto che sono determinati da norme giuridiche²¹.

In relazione agli atti di creazione e di applicazione del diritto, emerge quella che per Kelsen è una caratteristica peculiare del diritto: il diritto regola la propria creazione e la propria applicazione.

Kelsen, a questo punto, torna a porsi la domanda: «Qual è l'oggetto della scienza del diritto?». La risposta a questa domanda, in conformità con la distinzione di due differenti punti di vista della scienza del diritto (punto di vista statico, punto di vista dinamico), si scinde in due risposte complementari:

La risposta [...] sarà: «L'oggetto della scienza del diritto sono le *norme* che determinano il comportamento umano», se essa verrà data dal punto di vista di una teoria *statica*; la risposta sarà invece: «L'oggetto della scienza del diritto sono gli *atti* del comportamento umano in quanto determinati da norme», se essa verrà data dal punto di vista di una teoria *dinamica*²².

Kelsen (nuovamente in polemica con Cossio, secondo il quale la scienza del diritto ha per oggetto il comportamento dell'uomo)²³

²¹ Dal punto di vista della teoria *dinamica* del diritto, il diritto appare come un fenomeno *pragmatico*.

²² Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, p. 43.

²³ Sulla questione dell'oggetto della scienza giuridica nella teoria egologica del diritto, cfr. Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Losada, Buenos Aires 1944; nuova edizione: Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1964; Carlos Cossio, *Teoría egológica y teoría pura. Balance provisional de la visita de Kelsen a la Argentina*, in «La Ley», 56, suplemento del 25 ottobre (1949), pp. 121-174; Carlos Cossio, *La polémica anti-egológica. Respuesta al profesor Hans Kelsen*, in «La Ley», 76 (1954), pp. 740-760 (tr. it.: *La polemica anti-egologica. Risposta al prof. Hans Kelsen*, in «Jus. Rivista di scienze giuridiche», 7, 3 (1956), pp. 386-408). Sulla concezione della scienza normativa del diritto in Carlos Cossio, cfr. Jerzy vel Georges Kalinowski, *Querelle de la*

ribadisce, però, che tanto in un caso quanto nell'altro la scienza del diritto ha ad oggetto *norme*: nel primo caso (nella teoria statica), essa ha *direttamente* ad oggetto norme; nel secondo caso (nella teoria dinamica), essa ha *indirettamente* ad oggetto norme, in quanto sono le norme a determinare gli atti di creazione e di applicazione del diritto (in quanto le norme sono condizioni necessarie di possibilità degli atti di creazione e di applicazione del diritto)²⁴.

1.2.2. Il paradigma «norme giuridiche vs. regole di diritto»

La scienza del diritto ha, dunque, per oggetto *norme*: è in questo senso che essa è una scienza sociale *normativa*.

L'aggettivo «normativo» non significa qui, però, «che pone norme», bensì «che ha ad oggetto norme». La scienza del diritto (così come le altre scienze sociali normative) è normativa non nel senso che essa *statuisca* norme, ma nel senso che essa *ha ad oggetto* norme: compito della scienza del diritto è non *prescrivere* norme, ma *descrivere* norme.

Per determinare il rapporto che sussiste tra la *scienza del diritto* e le *norme* che essa descrive, Kelsen si avvale del paradigma «regola di diritto vs. norma giuridica»²⁵.

scienze normative. Une contribution à la théorie de la science, Librairie générale du droit et de jurisprudence, Paris 1969 (*Disputa sulla scienza normativa*, ed. it. a cura di Gianfranco A. Ferrari, CEDAM, Padova 1982).

²⁴ Sui possibili significati del paradigma «teoria *statica* diritto vs. teoria *dinamica* del diritto» o, come traducono Sergio Cotta e Giuseppino Treves, «nomostatica vs. nomodinamica», cfr. Amedeo Giovanni Conte, *Nomostatica e nomodinamica* (1965), in Id., *Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*, Giappichelli, Torino 1997, pp. 323-335.

²⁵ Nel manoscritto in francese delle lezioni tenute da Kelsen a Buenos Aires nell'agosto del 1949 (conservato presso l'Istituto Hans Kelsen di Vienna) Kelsen ammette che nelle sue opere precedenti non era stato sufficientemente chiaro e coerente in merito a ciò che pertiene a questa distinzione, e aveva così dato luogo ad alcuni fraintendimenti e ad alcune obiezioni. È stata in particolare la critica mossa dalla teoria egologica di Carlos Cossio a indurlo a chiarire e a precisare la distinzione tra norme giuridiche e regole di diritto. Ricordiamo che sulla base di un testo francese inviatogli da Kelsen, Cossio pubblicò le lezioni di Kelsen a Buenos Aires in traduzione castigliana all'interno del volume *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura* (Guillermo Kraft, Buenos Aires 1952), che recava in copertina, accanto al nome di Kelsen, anche quello di Cossio. Per una serie di ragioni che Kelsen tenne a rendere pubbliche nell'articolo *Reine Rechtslehre und Egologische Theorie. Antwort auf Carlos Cossio: Egologische*

Kelsen chiama «regole di diritto» (in inglese: *rules of law*, in tedesco: *Rechtssätze*, in francese: *règles de droit*)²⁶ i giudizi ipotetici attraverso i quali la scienza del diritto *describe* le norme giuridiche (in inglese: *legal norms*, in tedesco: *Rechtsnormen*, in francese: *normes juridiques*).

Abbiamo visto, nel precedente § 1.2.1., che, per Kelsen, le *norme giuridiche* sono il significato (*meaning, signification, Sinngehalt*) specifico degli atti che le autorità creatrici di diritto rivolgono agli individui dei quali esse *regolano* il comportamento. In quanto norme, le norme giuridiche non sono suscettibili di verità o di falsità (non sono apofantiche).

Le *regole di diritto* sono invece giudizi (giudizi ipotetici), i quali (a differenza delle norme) possono essere veri o falsi: esse sono giudizi apofantici che *descrivono* le norme di un ordinamento giuridico.

Scriva Kelsen:

Gli asserti tramite i quali la scienza del diritto *describe* il proprio oggetto, noi li chiamiamo «regole di diritto» [*rules of law*], «*Rechtssätze*». Queste *regole di diritto* devono essere distinte dalla *norme giuridiche* [*legal norms, Rechtsnormen*], le quali, insieme agli atti giuridici mediante i quali esse vengono create e applicate, costituiscono il diritto in quanto oggetto della scienza del diritto²⁷.

Theorie und Reine Rechtslehre, eine vorläufige Bilanz von Kelsens Besuch in Argentinien, in «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», 5 (1953), pp. 449-482 (*Teoria pura del diritto e teoria egologica*, tr. it. di C. Mandrioli, in «Jus. Rivista di scienze giuridiche», 5 (1954), pp. 301-332), Kelsen chiese all'editore argentino Guillermo Kraft di ritirare il volume pubblicato da Cossio. Sul viaggio di Kelsen in Argentina, cfr. Oscar Sarlo, *La gira sudamericana de Hans Kelsen en 1949. El "frente sur" de la teoría pura*, in *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid 2006, pp. 951-975, e Miriam Gassner/Thomas Olechowski, *Egologische Rechtslehre versus Reine Rechtslehre. Cossio vs. Kelsen*, in «Rechtstheorie», 44 (2013), pp. 139-156.

²⁶ Kelsen usa l'espressione inglese "*rule of law*" in un senso evidentemente differente dal senso che essa ha nel diritto costituzionale e nella filosofia politica, ove il sintagma "*rule of law*" viene in genere reso in italiano con il sintagma "stato di diritto" (in tedesco: "*Rechtsstaat*", in francese: "*état de droit*").

²⁷ Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, pp. 46-47. Per una critica della concezione kelseniana della scienza giuridica, cfr. Luigi Ferrajoli, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Kelsen*, Laterza, Roma-Bari 2015.

Un esempio di regola di diritto è il seguente: «Se un individuo si impossessa di una cosa mobile senza il consenso del proprietario, deve essere punito dall'autorità competente con la reclusione da sei mesi a dieci anni».

A differenza delle norme giuridiche, le regole di diritto non vengono create nel corso del processo del diritto dalle autorità competenti, ma «sono formulate dal *giurista* (che non è un'autorità giuridica) nel suo tentativo di cogliere il fenomeno del *diritto*», così come le leggi di natura sono formulate dallo *scienziato naturale* nel suo tentativo di cogliere i fenomeni *naturali*. Scrive Kelsen:

Le regole di diritto mediante le quali la scienza del diritto *describe* il proprio oggetto sono l'*análogon* delle regole [*rules*] mediante le quali la scienza naturale *describe* il proprio oggetto: le cosiddette leggi di natura [*laws of nature*]²⁸.

1.2.3. *Il paradigma «forma logica vs. contenuto specifico» delle regole di diritto*

Le regole di diritto, secondo Kelsen, hanno tutte un'unica forma logica: la forma ipotetica «Se vi è *A*, allora *deve* esservi [*ought to be*] *B*».

Nelle regole di diritto (a differenza di quanto avviene nelle leggi di natura) la connessione tra il fatto condizionante (l'illecito) e la conseguenza condizionata (la sanzione) è espressa tramite la «copula "*deve*" [*ought*]»: questa connessione non è, infatti, una connessione causale, bensì una connessione normativa, ossia una connessione stabilita da una norma.

Attraverso l'uso, nella regola di diritto, della copula "*deve*" [*ought*] la scienza del diritto rispecchia il carattere normativo del proprio oggetto.

Scriva Kelsen:

²⁸ Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, pp. 47-48.

È soltanto per il fatto che il diritto, in quanto oggetto della scienza del diritto, è norma [...], che la regola di diritto, attraverso la quale il giurista descrive il diritto, può collegare la condizione alla conseguenza mediante la copula “deve”²⁹.

Kelsen precisa, tuttavia, che la copula “deve” non esprime, nella regola di diritto, l’idea di «obbligo»: la relazione normativa tra illecito e sanzione espressa mediante la copula “deve” non ha il senso di un *obbligo*; essa è quella che Kelsen chiama relazione di *imputazione*, ossia quella relazione in base alla quale ad un fatto *A* è *imputata* una sanzione *B*³⁰.

Scrivono Kelsen:

Il termine “deve” [*ought*] non esprime l’idea di obbligo, ma l’idea di *imputazione* [*imputation*], in quanto contrapposta all’idea di *causalità*³¹.

La relazione di imputazione descritta mediante la copula “deve” non coincide, dunque, con quella di prescrizione di un obbligo:

La conseguenza che nella regola di diritto è connessa con la condizione mediante la copula “deve” [*ought*] non è necessariamente il contenuto di un obbligo giuridico. Nelle regole di diritto, il termine “deve” [*ought*] non ha la connotazione di un *obbligo giuridico*³².

²⁹ Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, p. 51.

³⁰ Sul senso della copula “deve” (inglese: “*ought*”, tedesco: “*soll*”) in Kelsen, cfr. Mario G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milano 1981, pp. 69-91, e Paolo Di Lucia, *Sollen between Semantics and Pragmatics*, in Rosaria Egidi (ed.), *In Search of a New Humanism. The Philosophy of Georg Henrik von Wright*, Kluwer, Dordrecht 1999, pp. 215-220. Un’ulteriore chiave di lettura per interpretare il senso della copula “deve” nelle regole di diritto [*rules of law, Rechtsätze*] può essere offerta dal concetto di «enunciato deontico ascrivibile» elaborato da Amedeo Giovanni Conte, *Studio per una teoria della validità*, in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 47 (1970), pp. 331-354 (nuova edizione in Amedeo Giovanni Conte, *Filosofia del linguaggio normativo. I. Studi 1965-1981*, Giappichelli, Torino 1989, pp. 55-74).

³¹ Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, p. 68.

³² Ivi, p. 64.

Secondo Kelsen, infatti, «è estremamente importante comprendere che le norme giuridiche che prevedono [*provide for*] sanzioni possono avere tanto il significato di prescrizioni quanto quello di permessi», come nel caso delle sanzioni del diritto internazionale generale³³.

Anche nel caso delle sanzioni previste dalle norme giuridiche in termini di «permesso» si ha l’imputazione di una determinata sanzione ad un determinato illecito, imputazione che viene descritta nella regola di diritto nei termini del giudizio ipotetico: «Se vi è *A*, allora *deve* esservi *B*».

Questa analisi della forma logica delle regole di diritto (in termini di giudizi ipotetici e di relazioni di imputazione) non è, tuttavia, specifica della scienza del diritto: essa vale anche per le altre scienze sociali normative. Per Kelsen, infatti, «la forma logica della regola di diritto è la forma logica di una legge sociale-normativa [*normative-social law*], di cui la regola di diritto non è che una specificazione»³⁴.

È in questo contesto che Kelsen (stimolato ancora una volta da una sollecitazione di Carlos Cossio) introduce il paradigma “forma logica *vs.* contenuto specifico delle regole di diritto”.

Se da un lato, infatti, l’analisi della forma logica delle leggi sociali-normative e dei concetti logici quali il nesso di imputazione (analisi per la quale Kelsen impiega l’espressione “logica del dovere”) è comune a tutte le scienze sociali normative, dall’altro lato la teoria pura del diritto non si limita a questa analisi, ma si propone di determinare quale sia il *contenuto specifico* della regola di diritto rispetto alle altre leggi sociali-normative. Scrivono Kelsen:

La teoria pura del diritto si propone di determinare quale sia il *contenuto specifico* della regola di diritto rispetto alle altre leggi sociali e, sulla base di una formulazione precisa della regola di diritto, cerca di definire i concetti fondamentali della scienza del

³³ Cfr. Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, pp. 64-65.

³⁴ Ivi, p. 56.

diritto: «sanzione», «illecito», «obbligo», «responsabilità», «diritto soggettivo», *etc.* Questi concetti non sono concetti *logici* [*logical conceptions*], sono concetti *giuridici* [*juristic conceptions*]: concetti giuridici che devono essere stabiliti da una teoria generale del diritto³⁵.

L'elaborazione dei concetti giuridici e la determinazione del contenuto specifico delle regole di diritto possono compiersi, secondo Kelsen, soltanto a partire da una indagine empirica e comparativa sulla realtà storico-sociale.

Ed è a partire da questo tipo di indagine che Kelsen giunge a formulare la tesi secondo la quale il contenuto specifico delle regole di diritto consiste in una sanzione socialmente organizzata, e secondo cui, dunque, «il diritto è un ordinamento coercitivo che prevede atti coercitivi come sanzioni socialmente organizzate»³⁶.

1.3. Due livelli di costitutività trascendentale della scienza del diritto

Come si è visto, nelle due lezioni americane del 1949, qui intitolate *Elementi di teoria pura del diritto*, Kelsen esplicita i fondamenti epistemologici della scienza del diritto in quanto scienza sociale normativa.

Da questa indagine epistemologica emerge la possibilità di distinguere due livelli di costitutività trascendentale della scienza del diritto.

In primo luogo, per Kelsen, la scienza del diritto in quanto forma di conoscenza *normativa* costituisce trascendentalmen-

³⁵ Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, p. 56.

³⁶ Sull'individuazione della caratteristica distintiva del diritto nella predisposizione di sanzioni socialmente organizzate, cfr., in particolare, Hans Kelsen, *The Law as a Specific Social Technique*, in «The University of Chicago Law Review», 9 (1941-1942), pp. 75-97 (Hans Kelsen, *Il diritto come specifica tecnica sociale*, in Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, ed. it. a cura di Riccardo Guastini, Il Saggiatore, Milano 1981, pp. 94-121).

te il proprio oggetto sulla base di un principio costitutivo, il *principio di imputazione*, che è comune a tutte le scienze sociali normative, e che si distingue dal principio costitutivo delle *scienze naturali*, ossia il *principio di causalità*.

In secondo luogo, la scienza del diritto, in quanto forma di conoscenza *giuridica* che ha un *oggetto specifico* distinto dall'oggetto di altre scienze sociali normative come l'*etica* e la *teologia*, costituisce trascendentalmente il proprio oggetto in virtù della assunzione di una norma fondamentale che è costitutiva di ciascun singolo ordinamento giuridico. È infatti soltanto assumendo l'ipotesi di una determinata norma fondamentale (ipotesi formulata dalla scienza del diritto) che certi atti del comportamento umano possono essere oggettivamente interpretati come atti giuridici (in particolare come atti di creazione o di applicazione del diritto) e che le norme create attraverso questi atti possono essere considerate norme giuridiche valide³⁷.

A distinguere la norma fondamentale di un ordinamento giuridico dalla norma fondamentale di altri ordinamenti normativi, come gli ordinamenti morali e religiosi, è il contenuto specifico di essa: per Kelsen, questo contenuto consiste nella regolamentazione dell'uso della coercizione, nella forma di una sanzione socialmente organizzata, secondo le condizioni determinate in conformità con la prima costituzione. Nella seconda delle due lezioni del 1949 egli giunge pertanto a formulare la norma fondamentale di un ordinamento giuridico nei termini seguenti:

Al verificarsi delle condizioni determinate in conformità con la prima costituzione, devono essere eseguiti degli atti coercitivi, così come prescritto, o permesso, in conformità con la prima costituzione³⁸.

³⁷ Quantunque la teoria della norma fondamentale costituisca già un capitolo fondamentale della *Reine Rechtslehre* del 1934, nelle lezioni *Elementi di teoria pura del diritto* del 1949 Kelsen ne chiarisce i presupposti e le implicazioni epistemologiche. In questo contesto Kelsen critica, tra l'altro, l'interpretazione della norma fondamentale come definizione, che fu proposta da Felix Kaufmann, *Methodology of the Social Sciences*, Oxford University Press, New York 1944, p. 210.

³⁸ Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, p. 45.

In questa formulazione trova espressione la tesi di Kelsen secondo la quale la «funzione essenziale» del diritto consiste nel «regolare l'uso della forza nelle relazioni reciproche tra gli uomini»³⁹ mediante l'istituzione del il monopolio giuridico dell'uso della forza.

2. *La filosofia relativistica della giustizia nella lezione: Che cos'è la giustizia? del 1952*

Come già accennato nella *Introduzione* al presente saggio, negli anni americani, parallelamente alla rielaborazione della teoria pura del diritto, Kelsen sviluppò le proprie ricerche sull'idea di «giustizia».

Secondo Kelsen, il tema della giustizia può essere affrontato scientificamente da due punti di vista differenti: il punto di vista dell'*etica* in quanto scienza sociale *normativa*, e il punto di vista di una «*sociologia dell'idea di giustizia*», che costituisce, per Kelsen, una parte essenziale della sociologia del diritto in quanto scienza sociale *causale*⁴⁰.

Sebbene Kelsen distingua rigorosamente la *teoria pura del diritto* tanto dall'*etica* quanto dalla *sociologia dell'idea di giustizia*, questo non significa che tra queste tre scienze non vi siano relazioni.

L'*etica* è, infatti, per Kelsen, una scienza sociale *normativa*, che, al pari della teoria pura del diritto, si fonda sul principio di imputazione, ma che ha il compito di descrivere non gli ordinamenti giuridici, bensì gli ordinamenti morali⁴¹.

³⁹ Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, p. 57.

⁴⁰ Questa sociologia dell'idea di giustizia (sviluppata da Kelsen in particolare nel volume *Society and Nature*) costituisce l'oggetto specifico della sociologia del diritto *tout court*, cfr. Renato Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 29 (1952), pp. 177-197, e Renato Treves, *I due problemi fondamentali della sociologia del diritto e l'insegnamento di Hans Kelsen*, in Id., *Sociologia e socialismo. Ricordi e incontri*, Franco Angeli, Milano 1990, pp. 181-195.

⁴¹ Etica e teoria pura del diritto sono entrambe necessarie per una comprensione complessiva dei fenomeni sociali normativi. A distinguere l'*etica* dalla teoria pura del

La *sociologia dell'idea di giustizia* è, invece, una scienza sociale *causale*, che ha il compito di indagare quale sia il ruolo che l'idea di giustizia svolge nel determinare (causalmente) il comportamento degli uomini che creano, che applicano e che adempiono il diritto⁴².

Né l'*etica*, né la sociologia dell'idea di giustizia, tuttavia, si pongono la domanda: «Che cos'è la giustizia?», «Qual è l'essenza della giustizia?». La domanda «Che cos'è la giustizia?» è una domanda che compete alla filosofia, non alla scienza⁴³.

Ma anche nell'ambito della filosofia, come scrive Kelsen, questa domanda «sembra essere una di quelle domande alle quali v'è la rassegnata consapevolezza che l'uomo non potrà mai dare una risposta definitiva, ma potrà soltanto cercare di formulare meglio la domanda»⁴⁴. È a partire da questa

diritto sono i rispettivi oggetti d'indagine: rispettivamente, i sistemi di norme morali, e i sistemi di norme giuridiche. Ad esse si affianca la teologia, intesa da Kelsen come scienza sociale normativa che ha per oggetto i sistemi di norme sociali di origine religiosa. Sulla metaetica di Kelsen, cfr. Stefano Sammarco, *Giustizia e morale. Relativismi kelseniani*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 48(2018), n. 2, pp. 351-379.

⁴² Cfr. Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, cit. p. 54 (tr. it. cit. p. 185); Hans Kelsen, *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law* cit., p. 383; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., p. 174 (tr. it. cit. pp. 177-178). Come si vedrà più avanti, la sociologia del diritto (che adotta per principio conoscitivo il principio di causalità) e la teoria pura del diritto (che adotta, invece, per principio conoscitivo il principio di imputazione) sono entrambe necessarie, secondo Kelsen, per una «comprensione completa del complesso fenomeno del diritto» (cfr. Hans Kelsen, *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, cit., p. 383). Sulla distinzione tra principio di causalità e principio di imputazione, cfr. *supra*, §§ 1.1.1. e 1.1.2. del presente saggio.

⁴³ Cfr. Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Metaphysische der Sitten. Erster Teil*, neu herausgegeben von Bernd Ludwig, Felix Meiner, Hamburg 1986, p. 229. Al problema della giustizia Kelsen ha dedicato una raccolta di saggi: Hans Kelsen, *What Is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of the Science. Collected Essays*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles 1957. Alcuni di questi saggi sono stati riprodotti in una silloge più recente: Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, selected and introduced by Ota Weinberger, translated by Peter Heath, Reidel, Dordrecht 1973. Si veda inoltre la monografia: Hans Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Franz Deuticke, Wien 1960 (*Il problema della giustizia*, ed. it. a cura di Mario G. Losano, Einaudi, Torino 1975; nuova edizione 1998).

⁴⁴ Hans Kelsen, *Che cos'è la giustizia? University of California, Berkeley*, 27 maggio 1952, *supra*, p. 77.

osservazione che Kelsen introduce, nella lezione *Che cos'è la giustizia?* del 1952, la propria filosofia relativistica della giustizia.

2.1. *Il senso della domanda «Che cos'è la giustizia?»: la giustizia come felicità sociale*

Kelsen cerca, dunque, di definire meglio che cosa significhi domandarsi: «Che cos'è la giustizia?».

Per Kelsen, la giustizia è primariamente una possibile qualità di un ordinamento sociale che regoli le relazioni reciproche tra gli uomini; solo secondariamente essa può essere considerata anche una virtù dell'uomo (di quell'uomo il cui comportamento si conformi alle norme di un ordinamento sociale che si ritiene essere giusto).

Ma che cosa significa, si domanda Kelsen, dire che un ordinamento sociale è giusto?

La risposta di Kelsen a questa domanda rende esplicita la sua concezione della giustizia come felicità, e in particolare come «felicità sociale», ossia l'unica felicità che possa essere garantita da un ordinamento sociale.

Nessun ordinamento sociale è in grado, infatti, di garantire la felicità degli uomini, se per felicità si intende la *felicità individuale soggettiva*, ossia ciò che ciascun individuo ritiene essere la propria felicità. È inevitabile, infatti, secondo Kelsen, che la felicità individuale di un individuo entri in conflitto con la felicità individuale di altri individui, e nessun ordinamento sociale può risolvere questo problema.

L'identificazione della giustizia con la felicità richiede, invece, secondo Kelsen, che il termine «felicità» assuma un significato radicalmente differente dal significato originario di «felicità individuale soggettiva». Per poter intendere la felicità come una «categoria sociale» (e per poter identificare con essa la giustizia) è necessario che l'idea di felicità subisca una radicale metamorfosi: la felicità deve essere, infatti, intesa non più in senso *soggettivo-individuale*, ma in senso *oggettivo-collettivo*, ossia come il soddisfacimento di certi bisogni e interessi degli

uomini «che siano riconosciuti meritevoli di essere soddisfatti dall'autorità sociale»⁴⁵.

Ma *quali sono* gli interessi degli uomini che sono meritevoli di essere soddisfatti?

È proprio questo, secondo Kelsen, il problema della giustizia.

La domanda: «Che cos'è la giustizia?» viene dunque riformulata da Kelsen nei seguenti termini: «Quali interessi degli uomini sono meritevoli di essere soddisfatti?». E, laddove vi siano conflitti tra questi interessi o, il che per Kelsen è lo stesso, tra valori: «Qual è la gerarchia appropriata degli interessi meritevoli di essere soddisfatti, dei valori che meritano di essere realizzati?». In ultima istanza: «Qual è il più alto tra i valori?».

2.2. *L'impossibilità di rispondere razionalmente alla domanda «Che cos'è la giustizia?», e la giustizia assoluta come ideale irrazionale*

Una volta precisato il senso della domanda «Che cos'è la giustizia?» nei termini del problema di una gerarchia dei valori che siano meritevoli di essere realizzati in un ordinamento sociale, Kelsen esamina la natura delle possibili risposte a questa domanda.

La tesi fondamentale di Kelsen è la seguente: Alle tre domande «Che cos'è la giustizia?», «Qual è la gerarchia appropriata dei valori?», «Qual è il più alto tra i valori?», non è possibile rispondere in modo razionale.

Sebbene, infatti, gli uomini abbiano la tendenza a presentare le proprie «affermazioni su che cosa costituisca il valore più alto (l'individuo o la nazione, i beni materiali o i beni spirituali, la libertà o la sicurezza, la verità o la giustizia)» come

⁴⁵ Ivi, p. 80. Sulla metamorfosi cui deve andare incontro l'idea di giustizia per diventare una categoria sociale, cfr. anche Hans Kelsen, *The Metamorphoses of the Idea of Justice*, in Paul Lombard Sayre (ed.), *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essays in Honor of Roscoe Pound*, F. B. Rothman, New York 1947, pp. 390-418 (Hans Kelsen, *Le metamorfosi dell'idea di giustizia*, in Id., *L'anima e il diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, ed. it. a cura di Agostino Carrino, Edizioni Lavoro, Roma 1989, pp. 93-135).

affermazioni di un valore *oggettivo* e *assoluto*, queste affermazioni hanno sempre, secondo Kelsen, un valore *soggettivo* e *relativo*.

Gli argomenti addotti da Kelsen sono due.

Primo argomento: Ogni risposta alle domande «Che cos'è la giustizia?», «Qual è la gerarchia appropriata degli interessi e dei valori?», «Qual è il più alto tra i valori?», dipende da un'opzione che è determinata non dalla componente *cognitiva e razionale*, ma dalla componente *emotiva ed irrazionale* della nostra coscienza.

Le affermazioni su che cosa costituisca il valore più alto (ossia le risposte alla domanda «Che cos'è la giustizia?») non sono pertanto (apofantici) giudizi *oggettivi* sulla realtà [*judgments about reality*] sperimentalmente verificabili, ma sono (anapofantici) giudizi di valore [*judgments of value*], che dipendono dalla volontà e dai desideri degli uomini, e che sono pertanto intrinsecamente *soggettivi* e insuscettibili di verifica⁴⁶.

Secondo argomento: «L'assoluto in generale, e i valori assoluti in particolare, trascendono la ragione umana»⁴⁷: essi appartengono per definizione ad una sfera trascendente inaccessibile alla conoscenza scientifica.

La giustizia assoluta è, pertanto, un ideale irrazionale⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. Hans Kelsen, *Che cos'è la giustizia?* University of California, Berkeley, 27 maggio 1952, *supra*, p. 82. La soggettività dei giudizi di valore non è intesa da Kelsen in senso individualistico: ogni sistema di valori è infatti per Kelsen «un fenomeno sociale», è «il prodotto di una determinata società». Un sistema positivo di valori, scrive Kelsen, «non è una creazione arbitraria di un individuo isolato, ma è sempre il risultato dell'influenza reciproca che gli individui esercitano gli uni nei confronti degli altri».

⁴⁷ Ivi, p. 87.

⁴⁸ Nel saggio *The Metamorphoses of the Idea of Justice*, cit., del 1947, Kelsen adotta, invece del sintagma «ideale irrazionale» [*irrational ideal*], il sintagma «ideale emozionale» [*emotional ideal*].

2.3. Il senso relativo delle risposte alla domanda «Che cos'è la giustizia?»

Il fatto che alle domande «Che cos'è la giustizia?», «Qual è la gerarchia appropriata degli interessi e dei valori?», «Qual è il più alto tra i valori?», non sia possibile rispondere in modo razionale, oggettivo e assoluto, non implica, però, in Kelsen, che a queste domande non si possa (o addirittura non si debba) dare un risposta.

Se è vero, infatti, che, ove non vi siano conflitti di interessi o di valori, non v'è alcun bisogno della giustizia, è anche vero che la giustizia entro un ordinamento sociale è richiesta proprio in relazione ai possibili conflitti di interesse.

Ma se si deve dare una risposta a queste domande, lo si deve fare con la consapevolezza che questa risposta avrà sempre carattere *relativo* e *soggettivo*.

La determinazione entro un ordinamento sociale del valore più alto (o del fine ultimo) dipenderà sempre, infatti, da un'opzione determinata dalla componente *emotiva e irrazionale* della coscienza; pertanto avrà sempre il senso di una (ateoretica) *assunzione* di quel valore come valore più alto nella gerarchia dei valori: come valore supremo di un sistema di valori.

Ma che cosa intende Kelsen per «valore supremo»? Alla filosofia relativistica della giustizia di Kelsen è sottesa un'importante distinzione: la distinzione tra valori *supremi* e valori *assoluti*.

Come si è visto, secondo Kelsen, ogni sistema morale presuppone per sua natura la determinazione di una gerarchia dei valori e, dunque, l'assunzione di un valore *supremo*; ma questo valore supremo non deve essere inteso come un valore *assoluto* e *trascendente*.

Nel volume *Secular Religion*, pubblicato postumo nel 2012, ma scritto tra il 1952 e il 1964, Kelsen illustra due distinti modi di concepire i valori *supremi*.

In senso religioso, un valore «supremo» è un valore «stabilito dalla volontà di Dio in quanto essere sovranaturale»: in questo primo senso, l'aggettivo «supremo» ha lo stesso significato che esso ha nell'espressione «essere supremo», ossia il significato, religioso, di «sovranaturale», di «divino».

In senso non-religioso, invece, un valore «supremo» è un valore «stabilito dalla volontà dell'uomo in quanto essere naturale»: in questo secondo senso, l'aggettivo «supremo» ha lo stesso significato che esso ha in espressioni come «Corte suprema», e come «In una monarchia assoluta, il re è l'essere supremo»⁴⁹.

Secondo la filosofia relativistica della giustizia di Kelsen è possibile assumere razionalmente soltanto un valore supremo *in senso non-religioso*, dunque con la consapevolezza che esso è pur sempre *sogettivo e relativo*; non è invece possibile assumere razionalmente un valore supremo con la pretesa che esso sia un valore *oggettivo e assoluto*, in quanto, come si è visto, «l'assoluto in generale, e i valori assoluti in particolare, trascendono la ragione umana»⁵⁰. Per Kelsen, la giustizia assoluta è un'illusione, «una delle eterne illusioni dell'umanità»⁵¹.

⁴⁹ Hans Kelsen, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science, and Politics as «New Religions»*, Springer, Wien 2012, p. 179 (Hans Kelsen, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come «nuove religioni»*, ed. it. a cura di Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel: Raffaello Cortina, Milano 2014, p. 242).

⁵⁰ Hans Kelsen, *A New Science of Politics. Hans Kelsen's Reply to Eric Voegelin's «New Science of Politics». A Contribution to the Critique of Ideology*, edited by Eckhart Arnold, Ontos Verlag, Frankfurt 2004, p. 11 (*Una nuova scienza politica*, ed. it. a cura di Federico Lijoi, Giappichelli, Torino 2010, p. 1).

⁵¹ Hans Kelsen, *Che cos'è la giustizia? University of California, Berkeley*, 27 maggio 1952, *supra*, p. 96. Per Kelsen, il prototipo di una filosofia che pretende illusoriamente di determinare la giustizia come valore assoluto è costituito dalla filosofia sociale di Platone: ad una critica radicale della filosofia di Platone Kelsen ha dedicato diversi lavori, e in particolare il volume postumo *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons*, Manz, Wien 1985. Sulla critica kelseniana a Platone, cfr. Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel, *L'illusione della giustizia e il valore della verità. Hans Kelsen e la filosofia sociale di Platone*, in Mauro Bonazzi e Raffaella Colombo (eds.), *Sotto il segno di Platone. Il conflitto delle interpretazioni nella Germania del Novecento*, Carocci, Roma 2020, pp. 111-132.

2.4. *La risposta di Kelsen alla domanda «Che cos'è la giustizia?»: il principio della tolleranza*

2.4.1. *La metamorfosi del concetto di «tolleranza»*

È dunque fondamentale, per Kelsen, che vi sia sempre la consapevolezza che la scelta di un valore ultimo e supremo è sempre una scelta *sogettiva e relativa*, e che «il giudizio secondo il quale qualcosa è giusto non può mai essere formulato con la pretesa di escludere la possibilità di un giudizio di valore ad esso opposto»⁵².

Da questa constatazione segue quello che Kelsen (in contrapposizione a coloro che giudicano la filosofia relativistica della giustizia una filosofia amorale o, addirittura, immorale) considera il principio morale implicito in una filosofia relativistica della giustizia: il principio della tolleranza.

Per principio della tolleranza Kelsen intende quel principio in base al quale si devono comprendere in maniera simpatetica le credenze religiose o politiche altrui, senza doverle necessariamente accettare, ma senza impedire che esse vengano espresse liberamente.

Anche nella definizione del concetto di «tolleranza», però, Kelsen opera (pur senza segnalarlo esplicitamente) una metamorfosi del concetto, analoga alla metamorfosi del concetto di «felicità» e del concetto di «libertà» che ha illustrato all'inizio della lezione *Che cos'è la giustizia?*: come la felicità nel senso della felicità individuale e la libertà nel senso della libertà assoluta (ossia nel senso dell'anarchia) non sono compatibili con un ordinamento sociale, e devono pertanto trasformarsi rispettivamente nelle due categorie sociali della «felicità sociale» e della «libertà democratica», così la tolleranza *assoluta* non è compatibile con un ordinamento sociale: per poter diventare il principio fondamentale di un ordinamento sociale essa deve assumere il significato di tolleranza *entro un ordi-*

⁵² Cfr. Hans Kelsen, *Che cos'è la giustizia? University of California, Berkeley*, 27 maggio 1952, *supra*, p. 96.

namento giuridico stabilito, ossia il significato di «libertà di pensiero», intesa come espressione pacifica delle proprie idee che non divenga una preparazione all'uso della forza per sovvertire l'ordinamento stabilito.

2.4.2. Tolleranza e democrazia

Con questa tesi Kelsen lega la filosofia relativistica della giustizia alla propria teoria della democrazia: egli considera infatti la democrazia una forma di governo «relativamente giusta» in quanto essa «è per sua natura libertà», e «libertà significa tolleranza»⁵³.

È su queste basi che, al termine della lezione del 1952, Kelsen esprime la propria preferenza per quella giustizia che egli ritiene essere la giustizia specifica della democrazia: la giustizia intesa come pace, come tolleranza, come libertà.

3. Spirito scientifico e morale secolare nella lezione: Politica, etica, diritto e religione del 1962

Nella successiva lezione *Politica, etica, diritto e religione*, del 1962 (tradotta nella terza sezione del presente volume), Kelsen torna ad occuparsi da un lato dell'*etica* in quanto scienza sociale *normativa*, dall'altro lato, delle possibili cause dell'effettività degli ordinamenti morali (problema, questo, di competenza di una scienza sociale *causale*).

Due sono, in particolare, i problemi che Kelsen affronta in questa lezione.

Il *primo problema* riguarda il rapporto tra *scienze sociali normative* e *religione*⁵⁴.

Il *secondo problema* riguarda, invece, il rapporto tra *credenze religiose* ed *effettività degli ordinamenti normativi*.

⁵³ Hans Kelsen, *Che cos'è la giustizia?* University of California, Berkeley, 27 maggio 1952, *supra*, p. 98.

⁵⁴ Non è probabilmente un caso che in questa lezione del 1962 Kelsen non nomini, tra le scienze sociali normative, la teologia, come aveva invece fatto nelle lezioni del 1949 sugli *Elementi di teoria pura del diritto*.

Questa lezione va letta alla luce di una polemica intrapresa da Kelsen a partire dagli anni '50 in difesa dello spirito scientifico della modernità, spirito scientifico che caratterizza anche le scienze sociali, e in particolare le scienze sociali *normative*.

3.1. Una difesa dello spirito scientifico della modernità

Una delle ragioni per le quali Kelsen esprime, nella lezione *Che cos'è la giustizia?* del 1952, la propria preferenza per la democrazia consiste nel fatto che la democrazia è, a suo parere, la forma di governo più favorevole allo sviluppo della scienza, la quale può prosperare soltanto se è libera.

La scienza, per Kelsen, deve essere libera in *due* sensi: deve esservi, *in primo luogo*, una libertà *interna* alla scienza (deve esservi «il libero gioco dell'argomentazione e della contro-argomentazione», e «nessuna dottrina può essere soppressa in nome della scienza, poiché l'anima della scienza è la tolleranza»⁵⁵); e deve esservi, *in secondo luogo*, una libertà *esterna* alla scienza, ossia l'indipendenza della scienza da condizionamenti esterni (in particolare: da condizionamenti politici o religiosi).

Proprio negli anni intercorsi tra il 1952 (anno della lezione *Che cos'è la giustizia?*) e il 1962 (anno della lezione *Politica, etica, diritto e religione*) Kelsen aveva avviato una appassionata polemica in difesa dello spirito della modernità e, in particolare, in difesa della emancipazione della scienza dalla teologia e dalla metafisica (emancipazione che Kelsen interpreta come cifra della modernità stessa).

Bersaglio della polemica di Kelsen erano alcune teorie della cultura e della politica che, attraverso il concetto (per Kelsen auto-contraddittorio) di «religione secolare», interpretavano le maggiori opere della filosofia sociale e della teoria politica della modernità come forme mascherate di teologia, e consideravano alcune delle ideologie politiche del XX secolo come «nuove religioni».

⁵⁵ Hans Kelsen, *Che cos'è la giustizia?* University of California, Berkeley, 27 maggio 1952, *supra*, p. 98.

In una lettera del 15 novembre 1955 indirizzata a Colin E. Franklin (*editor* della casa editrice inglese Routledge and Kegan Paul), Kelsen fa riferimento ad un proprio scritto intitolato *Defense of Modern Times*, rivolto contro questi orientamenti del pensiero filosofico:

Mentre studiavo il problema della giustizia in filosofi e sociologi del XIX secolo [...], ho scoperto che nelle recenti teorie della cultura è stato fatto un tentativo di rintracciare implicazioni teologiche nelle opere di questi autori, e di reinterpretarle come teologia mascherata o snaturata. Questo tentativo si combina con una tendenza più o meno esplicita ad annullare l'emancipazione della scienza dalle speculazioni metafisico-religiose, emancipazione che è un elemento caratteristico della civiltà moderna. Questa tendenza presente nella letteratura contemporanea mi è parsa tanto grave che ho dedicato ad essa uno studio specifico dal titolo: *Defense of Modern Times*⁵⁶.

Lo scritto al quale Kelsen allude in questa lettera rimase inedito, ma confluì più tardi in un'opera più ampia intitolata *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science, and Politics as «New Religions»*. Quest'opera fu ultimata da Kelsen nel 1964, ma fu pubblicata soltanto postuma nel 2012⁵⁷.

Uno degli autori che Kelsen considera più rappresentativi dell'orientamento contro il quale egli polemizza fu il suo ex-allievo Eric Voegelin (1901-1985), autore di un libro di notevole suc-

⁵⁶ Hans Kelsen, Lettera a Colin E. Franklin, 15 novembre 1955, conservata presso l'Istituto Hans Kelsen (Hans Kelsen-Institut) di Vienna.

⁵⁷ Cfr. Paolo Di Lucia/Lorenzo Passerini Glazel, *Prefazione all'edizione italiana. Religione senza un Dio?*, in Hans Kelsen, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come «nuove religioni»*, cit., pp. IX-XXIII. Per una ricognizione del dibattito suscitato dalla pubblicazione postuma di *Religione secolare*, cfr. Clemens Jabloner, Thomas Olechowski e Klaus Zeleny (eds.), *Secular Religion. Rezeption und Kritik von Hans Kelsens Auseinandersetzung mit Religion und Wissenschaft*, Manz, Wien 2013; Nicoletta Bersier Ladavac, Paolo Di Lucia e Lorenzo Passerini Glazel (eds.), *Dossier. Religioni senza un Dio? Hans Kelsen e lo spirito della modernità*, in «Sociologia del diritto», 44 (2017), n. 1, pp. 127-243.

cesso, *The New Science of Politics. An Introduction*, pubblicato a Chicago nel 1952.

Kelsen contesta, in particolare, i fondamenti epistemologici della «nuova scienza della politica» di Voegelin, in quanto essa viola esplicitamente il principio weberiano della avalutatività (*Wertfreiheit*) della scienza⁵⁸.

Secondo Kelsen, la nuova scienza della politica di Voegelin si fonda espressamente *da un lato* sulla presupposizione che «una scienza sociale [...] indipendente dalla teologia non possa avere risultati soddisfacenti, poiché non conduce a quei valori assoluti che si possono fondare soltanto su una vera religione, e senza i quali la società e la storia sono prive di significato»; *dall'altro lato*, sulla convinzione che «la politica sia per sua natura religione, o che non possa comunque essere separata dalla religione»⁵⁹.

Contro questa «nuova scienza», intrisa di valori assoluti e metafisicamente compromessa, Kelsen ribadisce il «principio secondo cui la realtà deve essere descritta [dalla scienza] in modo veridico e resa comprensibile su base rigorosamente empirica, senza ricorrere alla teologia o a qualsiasi altra speculazione metafisica»⁶⁰.

A questo principio si accompagna la citata tesi di Kelsen secondo la quale «l'assoluto in generale, e i valori assoluti in particolare, appartengono a una sfera trascendente che è situata al di là dell'esperienza scientifica»⁶¹.

È nell'ambito di questa polemica in difesa dello spirito scientifico della modernità che si colloca la lezione *Politica, etica, diritto e religione*, del 1962.

⁵⁸ Al libro di Voegelin Kelsen dedicò inizialmente un lungo saggio di recensione critica, pubblicato postumo del 2004 con il titolo: Hans Kelsen, *A New Science of Politics. Hans Kelsen's Reply to Eric Voegelin's «New Science of Politics»*. *A Contribution to the Critique of Ideology*, cit. In seguito, Kelsen riprese i principali argomenti della critica a Voegelin nel volume *Secular Religion*, cit.

⁵⁹ Hans Kelsen, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science, and Politics as «New Religions»*, cit., p. 3 (tr. it. cit., p. 3).

⁶⁰ Hans Kelsen, *A New Science of Politics. Hans Kelsen's Reply to Eric Voegelin's «New Science of Politics»*. *A Contribution to the Critique of Ideology*, cit., p. 11 (tr. it. cit., p. 1).

⁶¹ Ivi, p. 11 (tr. it. cit. p. 1). Di questa tesi di Kelsen ci siamo occupati nel § 2.3. del presente saggio.

3.2. Scienze sociali normative, ordinamenti normativi e religione

Come abbiamo detto *sub* 3.o., due sono i problemi che Kelsen affronta nella lezione *Politica, etica, diritto e religione*: il problema dei rapporti tra *scienze sociali normative* e *religione*, da un lato, e il problema dei rapporti tra *credenze religiose* ed *effettività degli ordinamenti normativi*, dall'altro lato.

3.2.1. Il rapporto tra scienze sociali normative e religione

Così come nella lezione *Che cos'è la giustizia?* del 1952, anche nella lezione *Politica, etica, diritto e religione* del 1962 Kelsen sottolinea che non esiste un unico sistema morale o politico, ma che, al contrario, «in epoche differenti e in società differenti vengono considerati validi [...] numerosi sistemi morali o politici estremamente diversi fra loro»⁶².

Per Kelsen, i giudizi di valore morali o politici «possono essere pronunciati soltanto prendendo come riferimento uno dei numerosi sistemi morali o politici» esistenti; in questo senso i giudizi di valore non possono avere lo *status* di affermazioni *categoriche*, ma sono ammissibili soltanto come affermazioni *ipotetiche*: «se si presuppone come valido il sistema morale del cristianesimo, secondo il quale la vita umana è un dono di Dio, e Dio soltanto può porle termine, allora il suicidio è immorale»⁶³.

Come si desume da questo esempio, per Kelsen non è inconcepibile (anzi è un dato di fatto) che alcuni sistemi morali (e alcuni sistemi politici) abbiano carattere religioso, in quanto si crede che essi abbiano origine divina.

Ma constatare che a fondamento di un dato sistema morale o politico vi sia una credenza religiosa non implica che, nella descrizione scientifica di quel sistema, si debba assumere come vera quella credenza religiosa.

⁶² Hans Kelsen, *Politica, etica, diritto e religione*. University of California, Berkeley, 20 novembre 1962, *supra*, p. 103.

⁶³ Ivi, p. 104.

Quando descrivono un sistema morale o politico di questo tipo, l'etica e la scienza della politica, *in quanto scienze* (in quanto scienze sociali normative), non possono assumere come vero il *contenuto* di questa credenza: questo contenuto non può, infatti, costituire una verità scientifica, poiché esso fa riferimento a «un'entità trascendente e sovranaturale, che sta al di là della sfera alla quale la conoscenza scientifica è circoscritta»⁶⁴.

Questa credenza di natura religiosa deve, tuttavia, essere presa in considerazione dall'etica e dalla scienza della politica come un fatto: in particolare, come un fatto *psicologico* che «può essere una delle *cause* dell'effettività (*effectiveness*) del sistema [morale o politico] considerato»⁶⁵.

Appare sorprendente che Kelsen affermi qui che due scienze sociali *normative* come l'etica e la scienza della politica debbano prendere in considerazione quello che Kelsen stesso definisce un rapporto *causale* (il rapporto causale che intercorre tra la credenza in una divinità trascendente e l'effettività di un sistema morale o politico). Come abbiamo visto nella prima delle due lezioni intitolate *Elementi di teoria pura del diritto*, infatti, le scienze sociali *normative* hanno per principio costitutivo il principio di *imputazione*, che Kelsen definisce in esplicita contrapposizione con il principio di *causalità* (costitutivo delle scienze causali e, tra esse, delle scienze sociali causali come la psicologia, l'etnologia, la storia e la sociologia)⁶⁶.

Tuttavia, proprio in virtù della loro distinzione, il principio di imputazione e il principio di causalità consentono di cogliere aspetti differenti dei fenomeni sociali; in questo senso, secondo Kelsen, le scienze sociali normative e le scienze sociali causali sono complementari: esse devono integrarsi per poter offrire una comprensione completa di fenomeni sociali complessi come il diritto, la politica e la morale.

In un saggio del 1948, intitolato *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, in relazione ai rapporti tra *teoria pura del diritto* (intesa come scienza sociale *normativa*) da un lato,

⁶⁴ Ivi, pp. 104-105.

⁶⁵ Ivi, p. 104.

⁶⁶ Cfr. *supra*, § 1.1. del presente saggio.

e, dall'altro lato, *sociologia del diritto* e *storia del diritto* (intese come scienze sociali *causali*), Kelsen scrive:

Il diritto può essere oggetto di scienze diverse. La teoria pura del diritto non ha mai preteso di essere l'unica scienza del diritto possibile, o l'unica legittima: vi sono anche la sociologia del diritto e la storia del diritto. Esse, insieme con l'analisi strutturale del diritto [propria della teoria pura del diritto], sono necessarie per una comprensione completa del complesso fenomeno del diritto⁶⁷.

Questa complementarità tra scienze sociali *normative* e scienze sociali *causali* non va interpretata come un'incoerenza nell'opera di Kelsen; al contrario, questa complementarità è implicita nella concezione kelseniana delle scienze sociali normative come scienze che hanno ad oggetto ordinamenti normativi *positivi*, e in questo senso nel loro complesso *effettivi*.

Questo legame tra *positività* ed *effettività* degli ordinamenti normativi è esplicitato da Kelsen in un passo delle lezioni sugli *Elementi di teoria pura del diritto* del 1949. Scrive infatti Kelsen:

Il fatto che il diritto in quanto oggetto della scienza del diritto sia diritto positivo è essenziale per l'assunzione della norma fondamentale (l'ipotesi fondamentale della scienza del diritto). Che, infatti, il significato <oggettivo> di certe affermazioni di un certo individuo, o di un certo gruppo di individui, abbia il significato <oggettivo> di una costituzione storicamente prima (il significato, cioè, di un insieme di norme giuridicamente vincolanti) è assunto soltanto se l'ordinamento normativo fondato su quello strumento è nel suo complesso effettivo [*effective*] [...]. La positività del diritto consiste nel suo essere creato e applicato mediante atti di esseri umani, ossia nella sua effettività [*effectiveness*] o fatticità [*facticity*]⁶⁸.

⁶⁷ Hans Kelsen, *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, cit., p. 383 (tr. it. cit., p. 155).

⁶⁸ Hans Kelsen, *Elementi di teoria pura del diritto. I dattiloscritti della Bancroft Library, University of California, Berkeley, 1949, supra*, pp. 52-53.

3.2.2. *Il rapporto tra credenze religiose ed effettività degli ordinamenti normativi: è possibile una morale senza Dio?*

Come si è visto, Kelsen ritiene che la credenza nell'origine divina di un sistema normativo morale o politico (credenza che l'etica e la scienza della politica in quanto scienze devono prendere in considerazione come mero fatto psicologico) possa essere una delle cause dell'effettività di quel sistema di norme.

Nella seconda parte della lezione, Kelsen, focalizzando la sua attenzione sul rapporto tra *credenze religiose* ed *effettività degli ordinamenti normativi* (in particolare, degli ordinamenti morali o politici, che sono l'oggetto dell'etica e della scienza della politica), pone una nuova domanda: È possibile separare la morale dalla religione? È possibile una morale secolare (una morale senza Dio), ossia un ordinamento morale che non abbia carattere religioso? Può, in altri termini, un ordinamento morale che non abbia carattere religioso essere effettivo?

In evidente polemica con Voegelin (secondo il quale la politica non può essere separata dalla religione), e con l'opinione secondo la quale «un ordinamento morale non può essere effettivo se gli uomini non credono che le norme di quell'ordinamento provengano dalla volontà di Dio, e che siano sanzionate dalla ricompensa e dalla punizione divine»⁶⁹, Kelsen osserva che una credenza religiosa di questo genere *in primo luogo* non sempre è *sufficiente* a garantire l'effettività delle norme di un ordinamento morale (o politico); *in secondo luogo*, non è *necessaria* per garantire questa effettività.

Pur ammettendo, infatti, che la nostra conoscenza delle motivazioni del comportamento umano è molto limitata, Kelsen, riprendendo il concetto di «*Geltungstrieb*» (il desiderio di approvazione, «l'impulso a valere») proposto dallo psicoanalista austriaco Alfred Adler, scrive:

In molti casi – se non nella maggioranza dei casi – gli uomini si comportano in conformità all'ordinamento giuridico o all'ordi-

⁶⁹ Hans Kelsen, *Politica, etica, diritto e religione. University of California, Berkeley, 20 novembre 1962, supra*, p. 109.

namento morale non tanto – o non principalmente – perché siano motivati dal timore delle sanzioni socialmente organizzate del diritto o delle sanzioni trascendenti della religione, ma piuttosto perché essi vogliono ottenere l'approvazione o evitare la disapprovazione dei propri simili [...].

Questo *Geltungstrieb* è comunque sufficiente, dal punto di vista psicologico, ad assicurare l'effettività di un ordinamento morale secolare [...]. Pertanto, non vi è alcuna ragione per assumere che in una società in cui non vi sia religione, non vi sarà alcuna morale⁷⁰.

3.3. Confini della scienza e confini della religione

Le tesi di Kelsen sono, dunque, *due*: la *prima tesi* è che è *necessario* tenere separata la *scienza* (e in particolare le scienze sociali normative) dalla religione; la *seconda tesi* è che è *possibile* separare la *morale* dalla religione (che è possibile una morale secolare, una morale senza Dio).

Nella sua difesa dello spirito scientifico della modernità, la polemica di Kelsen contro il tentativo di ricondurre la scienza in generale, e le scienze sociali in particolare, sotto il dominio della teologia e della religione, non si trasforma mai, tuttavia, in una polemica contro la religione in sé, e si accompagna sempre con la consapevolezza dei limiti della conoscenza scientifica.

Secondo Kelsen, infatti, la scienza non nega l'esistenza di una sfera che trascende il dominio di ciò che è accessibile alla conoscenza scientifica. Scrive Kelsen:

La vera scienza è ben consapevole del fatto che il dominio di ciò che è accessibile alla conoscenza scientifica, per quanto venga costantemente ampliato, è circondato da tutti i lati da un mistero; ed è consapevole di essere costretta ad accettare il fatto che questo

⁷⁰ Ivi, pp. 111-113. L'importanza del pensiero di Alfred Adler è sottolineata con enfasi da Kelsen nella discussione che seguì la lezione del 1962, come testimonia la registrazione audio della lezione ritrovata da William Benemann, archivista emerito della Università della California, registrazione oggi conservata presso gli archivi della School of Law della Università della California di Berkeley.

mistero è in ultima istanza impenetrabile dalla ragione umana (ragione umana che è l'unico strumento capace di conseguire verità scientifiche)⁷¹.

Anche la lezione *Politica, etica, diritto e religione* offre dunque una testimonianza dell'atteggiamento di fondo (improntato al principio della tolleranza) che contraddistinse il rapporto di Kelsen con la religione: un atteggiamento che, pur nella ferma convinzione dell'incompatibilità della scienza con il riferimento all'esistenza di un'entità trascendente, indusse Kelsen ad interrogarsi costantemente sul significato e sulla funzione della religione stessa.

Già nel saggio *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (1928) Kelsen aveva scritto:

Anche una filosofia libera dalla metafisica e basata soltanto sull'esperienza scientifica deve restare conscia dell'eterno mistero [*Geheimnis*] che da tutte le parti circonda il mondo dell'esperienza. Sarebbe cecità o illusione presumere di negare il mistero dell'universo [*Welträtsel*] o dichiararlo scientificamente risolvibile⁷².

⁷¹ Ivi, p. 105.

⁷² Hans Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (Rolf Heise, Charlottenburg 1928, p. 61). La traduzione italiana di questo brano di Kelsen è di Giuseppino Treves e Sergio Cotta, i quali hanno tradotto dalla traduzione inglese del saggio del 1928, originariamente in lingua tedesca: Hans Kelsen, *The Foundations of the Doctrine of Natural Law and Legal Positivism*, in Id., *General Theory of Law and State*, cit., pp. 391-446 (Hans Kelsen, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, in Id., *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 395-454, qui p. 441; ristampa in Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pp. 395-454).