

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2023

PISA
UNIVERSITY
PRESS

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)-. - Pisa : IUS-Pisa university press, 2019- .
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofi a del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2024

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3339-941-6

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto/dall'editore.

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Alfredo D'Attorre, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Costanza Margiotta, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

Tecnología, poder e diritto: uno sguardo storico-filosofico Tecnología, poder y derecho: una visión historico-filosófica

Prefacio

Fernando H. Llano Alonso9

Modelos historiográficos en la Filosofía del Derecho

Antonio Enrique Pérez Luño 11

El origen de la Filosofía del Derecho: consideraciones acerca de su contenido

Ana M^a Marcos del Cano37

Razón técnica y razón práctica en la moral interna del derecho

Ricardo García Manrique.....61

Potenza della tecnica, potere del diritto.

Lezioni dal Novecento sulla lotta della scienza giuridica con la perfezione della tecnica

Stefano Pietropaoli95

Bertrand Russell y el poder sobre la opinión: un desafío en la sociedad de la postverdad

Nuria Belloso Martín 115

Del hombre auroral a la parábola del Centauro ontológico: la Meditación de la Técnica desde la perspectiva raciovitalista de José Ortega y Gasset

Fernando H. Llano Alonso 161

L'uomo è antiquato? Responsabilità, tecnica e norma nella riflessione di Günther Anders

Serena Vantin 189

I Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale di Hans Kelsen

I Problemi fondamentali presi sul serio. Ancora su diritto, morale e scienza giuridica in Hans Kelsen

Lorenzo Milazzo..... 221

Sul dualismo di essere e dovere nel primo Kelsen

Giorgio Ridolfi245

***I PROBLEMI FONDAMENTALI
DELLA DOTTRINA DEL
DIRITTO STATUALE***
DI HANS Kelsen

I PROBLEMI FONDAMENTALI PRESI SUL SERIO. ANCORA SU DIRITTO, MORALE E SCIENZA GIURIDICA IN HANS KELSEN

Lorenzo Milazzo

Abstract

In Kelsen's *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, the autonomy of legal science is derived from the heteronomy of law. In turn, this entails the rejection of imperativism and the analogical construction of the legal duties of both subjects and organs. However, Kelsen's own well-known depiction of legal duty itself implies a different concept of duty. If one is unwilling to accept that this duty paradoxically consists of a power, it must be acknowledged that it can only be understood as the meaning of a command, and that, in the pure theory of law, the heteronomous obligation of the subject implies the autonomous duty of the organ.

Keywords

Kelsen; *Rechthspflicht*/legal duty; *Sollen*/ought; command; permission; authorization.

1. Eteronomia del diritto e autonomia della scienza giuridica

Nei *Problemi fondamentali* il dovere, o obbligo, giuridico (*Rechthspflicht*) si impone in quanto tale indipendentemente dalla volontà dell'obbligato e in questo senso è *eteronomo* per definizione, a differenza del dovere, o obbligo, morale (*Moralpflicht*), che deriva sempre dalle inclinazioni *effettive, fattuali*, della volontà del soggetto/assoggettato. Se «dal pun-

to di vista di una morale autonoma, l'individuo appare effettivamente in questo doppio ruolo di soggetto dell'obbligo e di legislatore (*in dieser Doppelrolle als Pflichtsubjekt und Gesetzgeber*)» e «un 'io devo' (*ich soll*) è sempre e senza eccezioni legato ad un qualificato 'io voglio'», dal punto di vista del diritto «il concetto di dovere (*Sollen*)» viene in considerazione «in quel significato rigorosamente *oggettivo* [...] secondo il quale si può individuare ciò che è dovuto senza considerare i voleri o desideri soggettivi di un uomo». Secondo Kelsen, del resto, sarebbe proprio questo il «significato in cui il dovere (*Sollen*) si presenta, in modo del tutto particolare, come categoria logico-formale in contrasto con l'essere»¹.

L'autonomia della scienza giuridica dipende qui dall'eteronomia del dovere giuridico – tanto del *rechtliches Sollen*² (il quale, per altro, a sua volta si risolve nel dovere *in sé*, ossia nel dovere come «categoria ultima»³, di cui il dovere *giuridico* dovrebbe essere specificazione) quanto del *Rechtspflicht* a cui dà luogo – poiché da essa dipendono la sua oggettività nonché la rilevanza e il valore d'ogni sua considerazione puramente normativa.

È l'eteronomia del diritto, infatti, a rendere necessaria «la separazione formale fra conoscenza e riconoscimento della norma, tra approvazione o disapprovazione di un'azione e il giudizio che confronta quest'azione

¹ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1911, p. 11; trad. it. a cura di A. Carrino, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, in Id., *Opere, II Scritti editi 1911*, a cura di A. Carrino, in collaborazione con Hans Kelsen-Institut, Wien, Rubettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2022, p. 23.

² Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 11.

³ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 81-82. Cfr. M.G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milano 1981, pp. 70, 74-78; E. Pattaro, *Critica alla dottrina pura*, in Id. (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1982, p. LXII; T. Gazzolo, *Kelsen, o la possibilità del diritto*, in H. Kelsen, *Che cos'è la dottrina pura del diritto?*, a cura di T. Gazzolo, La nave di Teseo, Milano 2022, p. 34.

con la norma», che è invece pressoché del tutto inutile per la morale, in cui «la norma oggettiva e il sentimento soggettivo dell'obbligo sono una cosa sola, sicché a rigore può valere come norma solo ciò che viene sentito soggettivamente come tale. Qui non v'è bisogno di un particolare riconoscimento della norma conosciuta, [...] perché la norma, sin dal principio, non è altro che una volontà determinatamente qualificata del soggetto»⁴. È l'eteronomia del diritto a rendere necessaria «la separazione formale fra conoscenza e riconoscimento della norma» della quale, invece, non avverte alcun bisogno la teoria morale, che spinge «il contrasto *formale* tra essere e dovere [...] in secondo piano rispetto alle interazioni *materiali* interne che effettivamente esistono tra loro»⁵.

Per la teoria morale, «forse, non ha effettivamente nessuno scopo pratico [...] mantenere il contrasto formale tra essere e dovere»⁶ perché «nel campo di una morale autonoma, che si rappresenta la norma come sentimento soggettivo di obbligo o come coscienza dell'obbligo (*als subjektives Pflichtgefühl oder Pflichtbewußtsein*), il dovere appare come essere (*das Sollen als Sein zeigt*)» e perciò «una separazione completa tra metodo esplicativo e metodo normativo, se non impossibile, è però di dubbio valore»⁷. Sul piano di una morale autonoma, infatti, «è dovuto sempre e senza eccezioni ciò che è anche voluto, e certo non solo in senso generale, ma anche in un senso individuale»⁸, non essendovi *dovere* (né *Pflicht*, né *Sollen*) che non scaturisca dalla *volontà soggettiva e fattuale* dell'obbligato⁹.

⁴ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 30. Cfr. anche, ivi, p. 412.

⁵ Ivi, p. 30. Cfr. A. Carrino, *Kelsen e il problema della scienza giuridica (1910-1935)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1987, p. 64 e E. Walter, *Hans Kelsen Rechtslehre*, Nomos Verlag, Baden-Baden 1999; trad. it. di A. Scalone, *La dottrina del diritto di Hans Kelsen*, in Id., *La teoria di Kelsen*, Giappichelli, Torino 2005, p. 9.

⁶ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 36.

⁷ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 32; trad. it. cit., p. 43.

⁸ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 46.

⁹ Cfr. Pattaro, *Critica alla dottrina pura*, cit., pp. LXII e ss.

Ma a differenza delle norme morali, le norme giuridiche, avendo natura eteronoma, per Kelsen «possono essere accertate oggettivamente e sono del tutto indipendenti nella loro genesi da fattori soggettivi, cioè dall'animo dell'individuo che sta sotto l'imperio della legge»¹⁰. Il dover essere giuridico (*rechtliches Sollen*), come il dovere, o obbligo, che conferisce (*Rechtspflicht*), non dipende, infatti, in alcun caso dalla accettazione, dal riconoscimento, dalla volontà di chi vi è assoggettato, anzi, a ben vedere per Kelsen non dipende dall'accettazione, dal riconoscimento, dalla volontà di alcun soggetto, e proprio per questo il suo accertamento non può dipendere da quello di alcuno stato "psichico-reale"¹¹:

Per il diritto odierno è impossibile sostenere l'identità dell'autorità che pone norme con il soggetto sottoposto alla norma, identità nella quale trova espressione l'autonomia della morale. Nel campo etico l'accettazione di questa identità ha per conseguenza che ogni obbligo morale (*sittliche Pflicht*) può sorgere solo tramite una auto-obbligazione (*Selbstverpflichtung*), che per l'individuo vale solo quella norma alla quale egli si sottomette liberamente, che egli stesso fa contenuto della sua volontà, sicché il suo dovere è il suo proprio volere (*daß somit sein Sollen ein eigenes Wollen ist*). E nella completa impossibilità di estendere questo ragionamento al campo giuridico si mostra compiutamente la natura rigorosamente eteronoma della proposizione giuridica, che esercita la sua funzione obbligatoria (*verpflichtende Funktion*) indipendentemente dal volere dell'individuo¹².

E «tanto più indipendente [...] appare nel campo del diritto il dovere (*Sollen*) della norma dall'essere (*Sein*) del volere individuale, tanto

¹⁰ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 51.

¹¹ Cfr. F. Riccobono, *Il diritto come forma alienata. Una lettura della Reine Rechtslehre di Hans Kelsen*, in «Sociologia», LV (2021), 2, pp. 106-111, in particolare p. 110 e Id., *La "sociologia del diritto" di Hans Kelsen*, in «Sociologia», LVII (2023), 2, pp. 10-14, in particolare p. 12.

¹² Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 41; trad. it. cit., p. 52.

più nettamente, nella considerazione dei fenomeni giuridici, si può separare il metodo normativo dal metodo esplicativo»¹³.

2. Eteronomia del diritto e critica dell'imperativismo

Kelsen ha chiaro, d'altra parte, che se si vuole tenere fermo il «carattere rigorosamente eteronomo» del diritto¹⁴ e, con esso, l'autonomia della scienza giuridica in quanto scienza specificamente normativa, non si può fare del dovere giuridico il mero effetto di un comando, perché ogni costruzione imperativistica del dovere giuridico fa in realtà di esso un dovere morale, privando la scienza giuridica del proprio oggetto peculiare e della specificità del proprio metodo¹⁵. Perché da un comando derivi un obbligo è necessario infatti che colui al quale è rivolto lo accetti, lo riconosca, ossia che vi si assoggetti con un atto della sua stessa volontà¹⁶: «poiché questo riconoscimento, indipendentemente dalle forme nelle quali lo si può pensare, scaturisce dallo stesso soggetto, l'atto di obbligazione che viene costruito con la sua mediazione va considerato

¹³ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 41; trad. it. cit., p. 53. Cfr. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., p. 25.

¹⁴ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 54.

¹⁵ Cfr. F. Riccobono, *Riconoscimento e norma imperativa. Una polemica tra Bierling e Kelsen*, in Id., *Interpretazioni kelseniane*, Giuffè, Milano 1989, pp. 33-74; Id., *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, in F. Riccobono-F. Romeo (a cura di), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, pp. 24-43; T. Gazzolo, *Hans Kelsen. Norma. Fondamento. Nichilismo. Colpa. Democrazia*, DeriveApprodi, Roma 2021, p. 20.

¹⁶ Cfr. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 57 e, ivi, p. 324: «La rappresentazione di un comportamento comandato non è per sé sola adatta, agendo sulla volontà in maniera motivante, a produrre una 'pressione morale' [...]. Perciò un'analisi [...] dell'atto di obbligazione, che parte dalla norma *obiettivata*, deve necessariamente mostrare, accanto alla *conoscenza* della legge etica, anche un secondo atto psichico nell'individuo che dev'essere obbligato, un atto attraverso il quale questo individuo fa sua propria la norma conosciuta, attraverso il quale egli si sottomette alla norma. Questo è il *riconoscimento* della norma» (cfr. *Hauptprobleme*, cit., p. 314).

come auto-obbligazione»¹⁷; e «in questo atto di riconoscimento» – che, giova ripeterlo, è «un atto del volere, un atto di volontà»¹⁸ – «va visto il momento essenziale dell'obbligazione morale (*sittliche Verpflichtung*)» in quanto obbligazione autonoma¹⁹.

Per preservare l'eteronomia del diritto, il valore della separazione fra fatti e norme e la stessa ragion d'essere di una scienza giuridica normativa autonoma, Kelsen deve dunque elaborare nei *Problemi fondamentali* una teoria del dover essere (*Sollen*) e, ad un tempo – credo sia proprio questo il punto –, del dovere, o obbligo, giuridico (*Rechtspflicht*), del tutto peculiare, che prescinda, nelle sue intenzioni, dal riferimento a qualunque genere di auto-obbligazione, a eccezione forse, come si vedrà fra poco, di quella dello Stato, inteso come termine di imputazione degli atti compiuti dai suoi organi²⁰.

Come è noto, per Kelsen i sudditi sono giuridicamente obbligati a fare qualcosa da proposizioni che esprimono la volontà dello Stato di sanzionarli infliggendo loro una pena o sottoponendoli all'esecuzione se non la fanno. Così, ad esempio, «l'obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) di non rubare [...] viene sancito dalla proposizione giuridica che ricollega al furto da parte del suddito la volontà di punire dello Stato»²¹. E in questo senso «l'obbligo giuridico non è altro che la proposizione giuridica nella sua soggettivazione»²².

¹⁷ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 359 (cfr. *Hauptprobleme*, cit., p. 350).

¹⁸ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 364.

¹⁹ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 314; trad. it. cit., p. 324 (cfr., ivi, pp. 327-328 e p. 345). Si veda anche H. Kelsen, *Vorrede zur Zweiten Auflage* in Id., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1923, p. VII. Cfr. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 107.

²⁰ Cfr. Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 190-209.

²¹ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 207; trad. it. cit., p. 215.

²² Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 444 (cfr. *Hauptprobleme*, cit., p. 435). Ma si veda anche, ivi, p. 526 nonché, a p. 455: «una proposizione giuridica oggettiva è l'obbligo giuridico soggettivo di qualcuno, perché gli può essere applicata, cioè per-

Ogni proposizione giuridica, dunque, per Kelsen ha la forma logica di un giudizio ipotetico di questo genere: «a determinate condizioni (cioè in presenza di un determinato comportamento di esseri umani) lo Stato vuol porre in essere certe azioni, più esattamente certe azioni che rappresentano le conseguenze di un illecito (vuole cioè punire o eseguire)»²³.

Se ne potrebbe desumere che la proposizione giuridica consista nel comando dello Stato ai propri organi di sanzionare i sudditi che commettano l'illecito e che, in effetti, impartendo questo comando ai propri organi lo Stato obblighi i suoi sudditi (come avevano sostenuto Ihering e Mayer²⁴ e forse lo stesso Kelsen finì poi per ritenere²⁵). Ma Kelsen sa bene che accettando questa soluzione consentirebbe al dovere, o obbligo, morale e, con esso, all'essere e ai fatti che aveva cacciato dalla porta di rientrare dalla finestra. Perciò non soltanto esclude che «la proposizione giuridica [sia] un imperativo indirizzato agli organi statali»²⁶, ma chiarisce anche che con la proposizione giuridica lo Stato non obbliga i suoi sudditi obbligando i propri organi, ossia «quelle persone o pluralità di persone le cui azioni [...] si presentano come realizzazioni della volontà statale espressa nella proposizione giuridica»²⁷, bensì se stesso: «La proposizione giuridica: 'se qualcuno ruba, lo Stato vuole punirlo',

ché la sanzione può riguardare lui. Qualcuno è obbligato a una determinata condotta sol perché e solo in quanto in caso di condotta contraria – cioè in caso di *illecito* – viene punito o fatto oggetto di esecuzione forzata». Cfr. Id., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deutike Verlag, Wien 1934; trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000, p. 83.

²³ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 221. Cfr. anche, ivi, p. 434: «Se [...] c'è la volontà, e quindi l'obbligo, dello Stato di punire o di eseguire a determinate condizioni [...], allora ci sono necessariamente anche i corrispondenti obblighi giuridici dei sudditi».

²⁴ Cfr., ivi, pp. 391 e ss.

²⁵ Cfr., *infra*, pp. 240 e ss.

²⁶ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 393-394.

²⁷ Ivi, p. 472.

sancisce l'obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) dello Stato di punire e l'obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) degli altri soggetti di non rubare»²⁸.

Ogni dovere, o obbligo, giuridico dei sudditi è innanzitutto volontà dello Stato di obbligare se stesso.

Mentre infatti la volontà dichiarata nell'ordinamento giuridico obbligante è rispetto ai sudditi obbligati una volontà *estranea*, la volontà di *un'altra* persona, cioè dello Stato, la persona statale obbligata [...] trova in questo ordinamento giuridico la sua *propria* volontà. Ma in questo modo cade per lo Stato quale soggetto di obblighi (*Pflichtsobjekt*) quel contrasto, così caratteristico per gli altri soggetti, tra la norma oggettiva – il dovere (*Sollen*) – e il volere soggettivo. Mentre nell'individuo umano il dovere giuridico (*das rechtliche Sollen*) e la volontà soggettiva possono sempre divergere, nello Stato, che è al tempo stesso soggetto di obblighi e soggetto della volontà obbligante – espressa nella proposizione giuridica –, volere e dovere sono contenutisticamente sempre identici: il volere (*Wollen*) dello Stato è il suo dovere (*Sollen*), il suo obbligo (*Pflicht*) è la sua volontà (*Wille*)²⁹.

Il fatto che il dovere essere (*Sollen*) della pena si risolva nell'assunzione, da parte dello Stato, del dovere, o obbligo, giuridico (*Rechtspflicht*) di infliggerla a certe condizioni, e dunque in fondo nel significato di un comando che lo stato rivolge a se stesso, per Kelsen non sembra costituire un problema perché lo Stato non è un'entità organica nella quale si compiono processi psichici reali³⁰ ma un costrutto giuridico destinato a risolversi in breve nell'ordinamento stesso: «È certamente giusto affermare» – si legge già qui del resto – «che Stato e ordinamento giuridico sono due lati della stessa cosa»³¹.

²⁸ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 435; trad. it. cit., p. 444.

²⁹ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 250; trad. it. cit., pp. 257-258 (cfr. anche, ivi, pp. 259, 261, 275).

³⁰ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 408.

³¹ Ivi, p. 443. Cfr. Kelsen, *Vorrede zur Zweiten Auflage*, cit., pp. XVI-XVII e Lozano, *Forma e realtà in Kelsen*, cit., pp. 29 e 32-36.

Il vero problema sembrerebbe allora piuttosto quello di comprendere «come vada costruito giuridicamente il rapporto fra lo Stato e i suoi organi»³², o meglio, si dovrebbe forse dire, fra la proposizione giuridica, lo Stato e i suoi organi.

3. La proposizione giuridica, lo Stato e i suoi organi

Kelsen non crede affatto, lo si è visto, che la norma con la quale lo Stato si obbliga a punire o a eseguire a certe condizioni e in base alla quale la condotta dei suoi organi deve essergli imputata di per sé obblighi anche questi ultimi a comminare o a infliggere la pena³³. Dal punto di vista dell'organo, le «azioni [...] indicate [...] nella proposizione giuridica come volute dallo Stato [...] sono [...] una realizzazione della proposizione giuridica, non una 'osservanza' di questa proposizione»³⁴.

Il che non significa, d'altra parte, che per Kelsen generalmente l'organo non sia obbligato giuridicamente a “realizzare” la proposizione: «Il fatto che coloro i quali rivestono una carica statale sono per lo meno di regola soggetti di obblighi – obblighi di ufficio e di servizio – è indubio»³⁵, solo che secondo Kelsen gli organi non sono obbligati dalle proposizioni giuridiche con le quali lo Stato, obbligando se stesso, obbliga i propri sudditi, bensì da proposizioni giuridiche ulteriori e analoghe alle prime, volte specificamente a obbligarli a loro volta:

Se l'obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) dei sudditi nasce dalla proposizione giuridica che dispone la pena o l'esecuzione, allora è esigenza incondizionata di coerenza derivare l'obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) all'applicazione della proposizione giuridica, cioè di infliggere la pena o l'esecuzione [...], da una pro-

³² Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 523.

³³ Cfr., *ivi*, pp. 418, 426, 434, 472.

³⁴ *Ivi*, p. 508.

³⁵ *Ivi*, p. 531.

posizione giuridica diversa da quella che dev'essere applicata, e precisamente da una proposizione giuridica costruita in analogia³⁶.

L'errore di Ihering, secondo Kelsen, sarebbe consistito proprio nel venire meno a questa esigenza di coerenza, costruendo – *non* analogicamente – il dovere, o obbligo, giuridico degli organi «secondo un principio completamente diverso» da quello in base al quale aveva costruito il dovere, o obbligo, giuridico dei sudditi³⁷:

Mentre [l'obbligo giuridico degli organi] viene sancito soggettivamente con l'imperativo indirizzato alla persona dell'obbligato, da questa percepito e certo anche accettato, [l'obbligo giuridico dei sudditi] consiste nell'applicabilità oggettiva della proposizione giuridica al soggetto. I due principi si escludono l'un l'altro ed effettivamente non c'è nulla che impedisca [...] di impiegare il giusto principio, che Ihering ha applicato solo per l'obbligo giuridico dei sudditi, anche nella costruzione dell'obbligo dell'organo³⁸.

Come i sudditi sono obbligati da una proposizione giuridica che esprime la volontà dello Stato di sanzionarli quando commettano l'illecito, così gli organi sono obbligati, in genere, da un'ulteriore, analoga proposizione, che esprime la volontà dello Stato che essi siano a loro volta sanzionati qualora non “realizzino” la volontà dello Stato espressa nella proposizione che obbliga i sudditi³⁹.

³⁶ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., pp. 389-390; trad. it. cit., p. 398.

³⁷ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 390; trad. it. cit., p. 398.

³⁸ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 390; trad. it. cit., pp. 398-399.

³⁹ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., pp. 535-536: «Se l'organo statale è giuridicamente obbligato a esercitare la sua specifica attività, allora bisogna distinguere nettamente tra la proposizione giuridica che sancisce la volontà, e quindi l'obbligo giuridico, dello Stato ad una determinata attività, e quella, sulla cui base l'organo umano ha da realizzare questa volontà statale. Dalla proposizione giuridica per la quale lo Stato vuole punire il ladro non discende per il momento ancora in alcun modo l'obbligo di un qualche organo di eseguire questa pena in un caso concreto. Da questa proposizione giuridica discende solo l'obbligo giuridico della persona statale di punire e l'obbligho

Il dovere, o obbligo, giuridico (*Rechtspflicht*) del suddito non implica quello dell'organo, così come il dovere, o obbligo, giuridico dell'organo non implica quello di un organo ulteriore, bensì piuttosto il dover essere (*Sollen*) della sanzione, ossia l'auto-obbligazione (*Selbstverpflichtung*) dello Stato di infliggerla a certe condizioni, che per Kelsen, del resto, è un dovere, o obbligo giuridico (*Rechtspflicht*) a sua volta. In questo modo Kelsen sembra riuscire a costruire unitariamente il dovere, o obbligo, giuridico evitando il rischio del regresso all'infinito, salvo ovviamente la difficoltà, che non è in realtà una difficoltà da poco, di dare conto della *natura* dell'auto-obbligazione dello Stato, la quale *non può* essere la stessa dei doveri, o obblighi, giuridici di cui è il presupposto⁴⁰.

Se, come lo stesso Kelsen in seguito avrebbe rilevato, perché vi sia un dovere, o obbligo, giuridico, deve essere *doveroso* a certe condizioni applicare una sanzione (indipendentemente dal fatto che a doverlo fare siano "lo Stato" o i suoi organi), è necessario ammettere che, in ultima istanza, il concetto di dovere, o obbligo, giuridico implichi un concetto *diverso* di dovere, o obbligo, che perciò non può essere ignorato dalla scienza del diritto, per quanto rigorosamente possano essere intesi il suo oggetto e il suo metodo.

go giuridico dei sudditi di astenersi dal rubare, la cosiddetta 'osservanza' della norma giuridica. Per la 'esecuzione' o 'realizzazione' di questa proposizione giuridica da parte dell'organo statale c'è piuttosto ancora bisogno di una proposizione particolare che obblighi a ciò. Questa proposizione giuridica [ulteriore] va individuata [...] nella norma che stabilisce specifiche conseguenze disciplinari dell'illecito. L'obbligo degli organi statali di eseguire la volontà dello Stato espressa nella proposizione giuridica non riposa proprio su questa proposizione giuridica, ma su una proposizione particolare, che stabilisce questo obbligo e che si qualifica come proposizione giuridica in senso stretto; essa, infatti, contiene una volontà dello Stato di una sanzione, di una pena, e ricollega questa volontà alla non-realizzazione della volontà dello Stato – contenuta in un'altra proposizione giuridica – da parte dell'organo statale».

⁴⁰ Cfr. F. Riccobono, *Emilio Betti e la "malattia kelseniana"*, in V. Frosini, F. Riccobono (a cura di), *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Giuffrè, Milano 1994 e ora in F. Riccobono, *Antikelsenismo italiano*, Giappichelli, Torino 2017, p. 10.

Benché ancora nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* ripeta che i sudditi possono essere obbligati giuridicamente senza che gli organi siano obbligati a loro volta a compiere atti coercitivi, qui Kelsen constata che anche nei casi in cui essi siano effettivamente obbligati a punire ed eseguire da una norma diversa da quella che obbliga i sudditi a non commettere l'illecito, comunque la serie delle norme che obbligano giuridicamente sudditi e organi non potrebbe «venire estesa all'infinito». Perciò dev'esservi in ogni caso «un'ultima norma della serie, di modo che la sanzione che essa predispone non sia un dovere giuridico nel senso già detto (*There must be a last norm of the series such that the sanction which it stipulates is not a legal duty in the sense defined*)»⁴¹.

Ma immaginare che il problema possa essere risolto separando il dovere, o obbligo, giuridico (*Rechtspflicht/legal duty*) dal dover essere (*Sollen/ought*) della sanzione – «Se si esprime anche il significato di quest'ultima norma dicendo che in date condizioni 'deve' (*'ought to'*) essere imposta una sanzione, allora il concetto di 'dover essere' (*'ought'*) non coincide con il concetto di dovere giuridico (*legal duty*)»⁴² – sa-

⁴¹ H. Kelsen, *General Theory of Law and State* (1945), translated by A. Wedberg, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1949, p. 60, trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano 1994, p. 60 (corsivo aggiunto). Cfr. C. Nitsch, *Guerra e pace nella teoria giuridica di Hans Kelsen*, in «Ars Interpretandi», (2023), 1, pp. 27-49, in particolare pp. 32-33: «affermare il dover essere della sanzione non equivale ad affermare, altresì, che la sua esecuzione sia obbligatoria, cioè che un determinato organo dell'ordinamento, a cui è affidato il compito di applicare il diritto, abbia il dovere giuridico di eseguire la misura di coercizione stabilita. Detta obbligatorietà, infatti, dipende dall'esistenza, nell'ambito del medesimo ordinamento, di una seconda norma, che statuisca a sua volta una sanzione per il caso dell'omissione di tale condotta, per il caso, cioè, della mancata esecuzione della sanzione disposta dalla prima».

⁴² Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 60 (cfr. B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna 1999, pp. 201-206 e p. 213). «Se si esprime – prosegue Kelsen nella stessa pagina – la norma giuridica dicendo che, quando si sono verificate delle condizioni, l'organo deve ordinare ed eseguire la sanzione, allora l'espressione 'dover essere' designa soltanto il sen-

rebbe come pensare di cavarsela con un gioco di prestigio. Appurato, infatti, che nella proposizione giuridica il dover essere della sanzione di per sé con conferisce alcun dovere, o obbligo, *giuridico* di irrogarla o di eseguirla⁴³, resta comunque da vedere *in quale senso* di “dovere” o “obbligo” (*Pflicht/duty*) il *Soll-Subjekt*⁴⁴, ossia qui l’organo che “deve” comminare o eseguire la sanzione, abbia il dovere o l’obbligo (*Pflicht/duty*) di comminarla o di eseguirla⁴⁵, tanto più che l’organo a questo punto è divenuto l’unico soggetto che «può, a rigore, ‘obbedire’ o ‘disobbedire’ alla norma giuridica»⁴⁶.

4. La “*empowerment theory*”

Nella *Dottrina pura del diritto* del 1960, per evitare il regresso all’infinito senza compromettere l’indipendenza del dovere *giuridico* da quello *morale*, Kelsen afferma che nella proposizione giuridica «il termine ‘deve’ (*soll*) non dice se la statuizione dell’atto coercitivo è il contenuto di un dovere giuridico (*Rechtspflicht*)», ossia se alla sua omissione una norma ulteriore imputi a sua volta una sanzione, oppure «di un permesso positivo o di un’autorizzazione». E anzi «tutti e tre i casi», secondo

so specifico il cui la sanzione è ‘stabilita’, ‘disposta’ o ‘determinata’ nella norma. Non vi si dice nulla in merito al problema se l’organo sia ‘obbligato’ ad attuare la sanzione». Secondo Paolo Di Lucia, in questo passo «il *dover essere* [...] della sanzione non è (e neppure implica) il *dovere* [...] di irrogare la sanzione» o, detto altrimenti, «il dover essere della sanzione è un dovere, ma un dovere adeontico» (*Il dovere adeontico in Hans Kelsen, in Saggi in onore di Aristide Tanzi*, Giuffrè, Milano 2009, pp. 247-248).

⁴³ «Com’è noto, infatti», osserva ad esempio Carlo Nitsch, «non vi è necessaria corrispondenza, per Kelsen, tra il dover essere della sanzione, imputata a una particolare condotta illecita, e la obbligatorietà della sua esecuzione» (C. Nitsch, *Del dovere di vendetta. Prolegomeni a un’anatomia degli ordinamenti giuridici primitivi*, in «Sociologia», LVII (2023), 2, pp. 15-20, in particolare p. 15. Cfr. anche Gazzolo, *Kelsen, o la possibilità del diritto*, cit. pp. 43-44).

⁴⁴ Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., p. 71; trad. it. cit., p. 83.

⁴⁵ Cfr. Pattaro, *Critica alla dottrina pura*, cit., pp. XXVI-XXVIII.

⁴⁶ Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 62.

Kelsen, possono esservi compresi⁴⁷, cosicché giuridicamente doveroso, o obbligatorio, non sarebbe che «il contrario di quel comportamento che condiziona un atto coercitivo, il quale ultimo a sua volta è prescritto (*der geboten [ist]*), nel senso che la sua mancata esecuzione è nuovamente la condizione di un atto coercitivo, oppure [...] è autorizzato o positivamente permesso (*oder der ermächtigt, bzw. positiv erlaubt ist*)»⁴⁸.

Ma poiché nell'«ultima norma della serie» *doveroso* non potrebbe significare *prescritto* ma solo *permesso* (positivamente) o *autorizzato*, l'«ultima norma della serie» permetterebbe positivamente di eseguire una sanzione o, più probabilmente, autorizzerebbe a irrogarla senza prescrivere di farlo, e il dovere, o obbligo (*Pflicht/duty*) dell'organo che in base ad essa dovrebbe applicare o eseguire la sanzione non sarebbe in realtà un dovere, o obbligo, bensì un *permesso* o un *potere*.

Proprio a questa conclusione perviene Stanley L. Paulson, secondo il quale a partire dalla fine degli anni Trenta per Kelsen la formulazione linguistica ideale, primaria e fondamentale della norma giuridica diventerebbe quella della «norma ipoteticamente formulata che conferisce a un ufficiale il potere di imporre una sanzione a certe condizioni»⁴⁹, e il dovere, o obbligo, giuridico di conseguenza si risolverebbe nella situazione in cui è messo dalla norma colui al quale la sanzione *può* essere inflitta o comminata⁵⁰.

⁴⁷ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deuticke, Wien 1960, p. 124; trad. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1975, p. 141.

⁴⁸ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 124; trad. it. cit., p. 141. Cfr. B. Celano, *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, in «Law and Philosophy», XIX (2000), 2, pp. 173-199, in particolare p. 193 e R. Alexy, *Hans Kelsen's Concept of the 'Ought'*, in «Jurisprudence», IV (2013), 2, pp. 235-245, in particolare p. 238.

⁴⁹ S.L. Paulson, *The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, in «Law and Philosophy», XIX (2000), pp. 131-171, in particolare p. 159. Cfr. anche S.L. Paulson, *An Empowerment Theory of Legal Norms*, in «Ratio Juris», I (1998), 1, pp. 58-72.

⁵⁰ Paulson, *The Weak Reading of Authority*, cit., pp. 145-146. Cfr. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., pp. 217-218 e pp. 359-367. Secondo Carlo

In molti, d'altra parte, hanno constatato che questa teoria conduce a esiti paradossali e insensati⁵¹ e che, per quanto effettivamente Kelsen possa averla sostenuta, «non si concilia con altre cose che pure Kelsen [ha sostenuto]»⁵². Non è ben chiaro, innanzitutto, ha osservato in particolare Bruno Celano, quali modificazioni si produrrebbero nella situazione giuridica di colui al quale fosse permesso di compiere atti coercitivi, o fosse autorizzato a permettere di compierli, da una norma che non prescrivesse alcunché ad altri. Colui al quale fosse permesso in questo modo da una norma di compiere un atto coercitivo si troverebbe forse in una situazione diversa da quella in cui sarebbe se non vigesse alcuna norma, come nel caso del permesso negativo? A colui che fosse autorizzato (a permettere di compiere un atto coercitivo) senza obbligare alcuno in alcun modo, quale genere di “potere giuridico” sarebbe effettivamente conferito? La *empowerment theory* «comporta che ogni ordinamento giuridico sia, in fondo, una struttura di puro *empowerment*»⁵³, e una struttura di puro *empowerment* «non pretende, o quantomeno

Nitsch questa soluzione comincerebbe a profilarsi, sia pure in termini ancora fortemente problematici, già in *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, «la cui stesura risale agli anni della Prima guerra mondiale, ma che fu dato alle stampe solo nel 1920, quando Kelsen ebbe terminato il proprio servizio militare» (Nitsch, *Guerra e pace nella teoria giuridica di Hans Kelsen*, cit., p. 29. Cfr., *ivi*, pp. 35-37).

⁵¹ Cfr. N. McCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, in A.W.B. Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Clarendon Press, Oxford 1973, pp. 100-130, p. 127 e B. Celano, *Paulson's Nomological Normativity* (19.12.2013), in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2366927> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2366927>, p. 3. Cfr. anche Id., *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, cit., pp. 190 e ss. Lo stesso Paulson del resto non ha difficoltà ad ammettere che nel testo kelseniano siano presenti evidenti ambivalenze (cfr., ad esempio, Paulson, *The Weak Reading of Authority in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, cit., pp. 139 e 149).

⁵² B. Celano, *Paulson's Nomological Normativity*, cit., p. 3, che cito traducendo.

⁵³ *Ibid.*

non può pretendere, di fare alcuna differenza sul modo in cui chi è soggetto alle norme si dovrebbe comportare»⁵⁴.

Paulson, per la verità, sa bene quali conseguenze derivano dalla teoria che attribuisce a Kelsen, e non esita ad ammettere che essa priva il “dovere” che è enunciato nella formulazione ideale della norma del suo senso più ovvio, ma in questo non vede alcunché di paradossale, perché «l’idea che le norme siano per definizione deontiche», «che la modalità deontica sia la [loro] caratteristica distintiva», è a suo avviso «precisamente quello che Kelsen contesta»⁵⁵.

Vi sono, d’altra parte, buone ragioni per dubitare che Kelsen avrebbe sottoscritto le conclusioni alle quali per Paulson sarebbe pervenuto, come del resto secondo alcuni dimostrerebbe il fatto che secondo Kelsen le norme che conferiscono poteri non sono norme autonome bensì frammenti di norme che «prescrivono una data linea di condotta»⁵⁶.

La questione richiede, tuttavia, forse più specifica attenzione. Come è noto le posizioni che Kelsen assume nel 1960 riguardo ai nessi intercorrenti fra permesso, potere, dovere, o obbligo, giuridico sono diverse da quella espresse nella prima edizione della *Reine Rechtslehre*, in cui riconosceva che «l’obbligo giuridico è la sola essenziale funzione del diritto» e che «ogni proposizione giuridica deve necessariamente stabilire un obbligo giuridico», per quanto possa eventualmente «stabilire anche un’autorizzazione»⁵⁷ includendo fra le condizioni da cui fa dipendere la

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Paulson, *An Empowerment Theory of Legal Norms*, cit., p. 61. Cfr. anche D.W.P. Ruiter, *Legal Powers*, in S.L. Paulson-B. Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford 1998, pp. 471-491, in particolare pp. 471-472 e Di Lucia, *Il dovere adeontico in Hans Kelsen*, cit., pp. 243-248.

⁵⁶ Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 360 e Id., *Kelsen’s Concept of the Authority of Law*, cit., p. 193.

⁵⁷ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 83-84.

doverosità dell'atto coercitivo una manifestazione di volontà del soggetto autorizzato.

Nella seconda edizione della *Dottrina pura del diritto* Kelsen non sembrerebbe, d'altra parte, di diverso avviso quando afferma che le norme che conferiscono il potere di produrre norme giuridiche non fanno che determinare una delle condizioni alle quali, «in una norma autonoma, è *ricollegato* l'atto coercitivo»⁵⁸. Perciò le norme che autorizzano a produrre norme non dovrebbero essere considerate esse stesse norme autonome, bensì loro frammenti.

Un esempio dello stesso Kelsen può, tuttavia, aiutare a comprendere meglio che cosa egli intenda dire ora esattamente:

Consideriamo la situazione che si verifica quando, in un ordinamento giuridico statale, il furto è vietato mediante una legge che *commina* una pena detentiva. [...] In un certo procedimento, il tribunale è autorizzato a comminare una pena contro il ladro solo se in un procedimento costituzionale è stata prodotta una norma generale che *ricollega* una certa pena al furto. La norma della costituzione, che *autorizza* a produrre queste norme generali, determina una condizione cui è *collegata* la sanzione. La proposizione giuridica con cui si descrive questa situazione suona così: «Se gli individui *autorizzati* a legiferare hanno statuito una norma generale, in base alla quale chi ha commesso un furto è punito in un certo modo, e se il tribunale, a ciò *autorizzato* dalle norme della procedura penale, in un procedimento regolato dalle norme di procedura penale, ha accertato che una certa persona ha commesso un furto, e se questo tribunale ha comminato la pena prevista dalla legge, allora un certo organo *deve* eseguire questa pena». Questa formulazione della proposizione giuridica che descrive il diritto mostra come le norme costituzionali, le quali *autorizzano* a produrre norme generali [...], e le norme di procedura penale, le quali *autorizzano* a produrre le norme individuali delle sentenze giudiziarie penali [...], sono norme non autonome, poiché determinano solo a quali condizioni *devono* essere eseguite le sanzioni penali⁵⁹.

⁵⁸ Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 69-70. Corsivo aggiunto.

⁵⁹ Ivi, p. 70. Corsivi aggiunti.

L'obiezione sollevata da Celano, secondo la quale le norme che conferiscono poteri non sono in realtà norme autonome poiché, come Kelsen sosteneva esplicitamente nel 1934, non si può conferire un potere giuridico a qualcuno senza obbligare giuridicamente qualcun altro, coglierebbe nel segno se non vi fossero buone ragioni per ritenere che il *dovere* di eseguire la sanzione nella seconda edizione della *Dottrina pura* possa essere inteso come una autorizzazione o un permesso⁶⁰. Nel 1960 per la verità Kelsen al riguardo è molto chiaro: perché a qualcuno sia *prescritto* di fare qualcosa è sufficiente che una norma elevi «il comportamento opposto [...] a condizione di un atto coercitivo» *autorizzando* a statuirlo o *permettendone* l'esecuzione, *senza prescriverlo* a sua volta⁶¹.

⁶⁰ Ivi, p. 71: «La norma generale, che in presenza di queste condizioni statuisce l'atto coercitivo, è una norma autonoma, anche se l'atto coercitivo non è prescritto poiché non si ricollega alla sua mancata esecuzione alcun ulteriore atto coercitivo. Se si dice che l'atto coercitivo è autorizzato, si usa il termine 'autorizzare' in senso lato. In questo caso, infatti, esso designa non solo l'attribuzione di un potere giuridico, cioè la capacità di produrre norme giuridiche, ma anche l'attribuzione della capacità di porre in essere gli atti coercitivi statuiti dalle norme giuridiche».

⁶¹ Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 51-52: «Die mit der Grundnorm vorausgesetzte Definition des Rechts hat zur Folge, daß als rechtlich geboten oder, was dasselbe ist, als Inhalt einer Rechtspflicht ein Verhalten nur dann angesehen werden kann, wenn das gegenteilige Verhalten als Bedingung eines Zwangsaktes normiert ist, der gegen den sich so verhaltenden Menschen (oder Angehörige desselben) gerichtet ist. Doch ist zu beachten, daß der Zwangsakt selbst nicht in diesem Sinne geboten sein muß, daß seine Anordnung und seine Vollstreckung nur ermächtigt sein kann». La traduzione italiana dell'ultima frase di questo passo – «Si badi però che l'atto coercitivo stesso non deve essere prescritto mediante una semplice autorizzazione a comminarlo e ad eseguirlo» (Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 64) – è problematica e può indurre a credere erroneamente che per Kelsen vi sia obbligo giuridico solo se l'organo sia a sua volta obbligato a comminare o a eseguire l'atto coercitivo, quando in effetti qui egli probabilmente intese sostenere il contrario («Tuttavia, va notato che l'atto coercitivo stesso non deve essere prescritto in questo senso, che la sua comminazione e la sua esecuzione possono essere soltanto autorizzati»). Cfr. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, translation from the second edition by M. Knight, University of

Una norma che si limita a autorizzare a produrre norme, d'altra parte, non è una norma *autonoma* – ossia, dovremmo intendere, una norma giuridica *perfetta* –, bensì piuttosto il frammento di una *norma* che obbliga giuridicamente *autorizzando* a statuire o *permettendo* di eseguire *a certe condizioni* un atto coercitivo, poiché soltanto quest'ultima soddisfa i requisiti d'una norma giuridica idealmente formulata, indipendentemente dal fatto che l'autorizzazione a permettere o il permesso di eseguire l'atto coercitivo possano essere conferiti *prescrivendo* oppure *autorizzando* o *permettendo* a qualcun altro di autorizzare, permettere o eseguire a propria volta⁶². Così, ad esempio, la norma che autorizza il Parlamento a fare la legge non è che il frammento di una norma autonoma che *prescrive* o che *autorizza* i giuridici a applicarla, prescrivendo a loro volta o autorizzando in senso lato altri funzionari dello Stato a comminare o eseguire una sanzione.

Una norma giuridica, in altri termini, si può considerare “autonoma” se soddisfa tutte le condizioni stabilite dalla definizione di “norma giuridica” o perché la sua esistenza non implica quella di un'altra norma, diversamente formulata, ed è probabile che qui Kelsen intenda l'autonomia della norma nella prima accezione e non nella seconda⁶³. Il fatto che una norma meramente autorizzatrice non sia per Kelsen una norma

California Press, Berkeley-Los Angeles-London 1967, p. 50: «It is to be noted, however, that the coercive act itself need not be commanded in this sense: its ordering and executing may be merely authorized».

⁶² Cfr. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, cit., p. 59; trad. it. cit., p. 71.

⁶³ Tanto più che, se nella *Teoria generale del diritto e dello Stato* ancora si leggeva che la distinzione fra legge permissiva e legge imperativa «non ha valore» poiché non si può dare «a qualcuno un permesso» o conferire «a qualcuno un diritto» senza imporre «un dovere a qualcun altro» (Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 77), nella seconda edizione della *Dottrina pura del diritto* Kelsen chiarisce che in realtà «questa distinzione deve essere conservata» se non altro «allorché con permettere si intend[*a*] anche 'autorizzare' (*ermächtigen*)» (Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 26. Cfr. N. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere* (1982), in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino 2014, p. 130).

“autonoma” nel primo senso non significa anche di per sé che non possa esserlo nel secondo senso del termine.

5. Un altro senso di “dovere”

Al di là, tuttavia, del modo in cui si vorranno interpretare queste pagine della seconda edizione della *Dottrina pura del diritto*, molte altre inducono quantomeno a dubitare che per Kelsen sia possibile davvero *autorizzare* giuridicamente a statuire una norma valida senza *prescrivere* di applicarla e *permettere positivamente* di compiere un atto coercitivo senza *obbligare* a non vietarlo e a non impedire di eseguirlo⁶⁴. Anche ammesso, in ogni caso, che nel 1960 effettivamente ritenesse che nella sua formulazione ideale la norma non faccia che autorizzare a (o permettere di) compiere atti coercitivi, nella *Teoria generale delle norme* Kelsen sembra rompere ogni indugio: «quando è autorizzata una statuizione di norme» – Kelsen scrive ora senza più alcuna esitazione – «autorizzare implica prescrivere (*Ermächtigen impliziert Gebieten*)»⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. J. Raz, *Kelsen's Theory of the Basic Norm* (1974), in Paulson-Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms*, cit., pp. 47-67, in particolare pp. 51 e 60; S. Nino, *Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity* (1978), in Paulson-Litschewski Paulson (eds.), *Normativity and Norms*, cit., pp. 253-261, in particolare pp. 255-256 e 261; Celano, *Paulson's Nomological Normativity*, cit., pp. 4 ss. e Alexy, *Hans Kelsen's Concept of the 'Ought'*, cit., pp. 235-245.

⁶⁵ H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1979, p. 83; trad. it. di M. Torre a cura di M.G. Losano, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino 1985, p. 169. Già in Kelsen, *General Theory of Law and State*, cit., p. 190, trad. it. cit., pp. 194-195: «Il potere in senso sociale o politico implica l'autorità ed un rapporto di superiore ad inferiore. Un simile rapporto è possibile soltanto sulla base di un ordinamento in virtù del quale uno sia autorizzato a comandare e l'altro sia obbligato ad obbedire (*Such a relation is possible only on the basis of an order by which the one is empowered to command and the other is obligated to obey*). Il potere sociale è essenzialmente correlativo all'obbligo sociale». Cfr. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, cit., p. 141 e Celano, *Kelsen's Concept of the Authority of Law*, cit., pp. 192-193.

Se tuttavia questo “prescrivere” si dovesse intendere in senso tecnico-giuridico – un atto è prescritto giuridicamente, e dunque è giuridicamente doveroso, o obbligatorio, se all’inadempimento è *imputata* una sanzione –, la norma che autorizza prescrivendo implicherebbe un’altra norma, e dunque non potrebbe essere «l’ultima norma della serie». Perciò Kelsen deve ammettere alla fine che il *Sollen/ought* sotteso dal concetto di dovere, o obbligo, giuridico (*Rechtspflicht/legal duty*) non può essere che il senso di un *comando* – reale o immaginario, come nel caso della norma fondamentale⁶⁶ – con il quale si dispone che, a certe condizioni, l’atto coercitivo sia compiuto⁶⁷.

Kelsen, d’altra parte, sapeva bene che, come si leggeva già nella *Dottrina generale dello Stato* del 1925, «la contrapposizione tra chi comanda, cioè tra *chi pone le norme giuridiche*, e chi è obbligato all’obbedienza, cioè all’*esecuzione delle norme*» – gli organi, si noti, non i sudditi – «è [...] il contenuto caratteristico dell’ordinamento giuridico»⁶⁸, la cui

⁶⁶ Cfr. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, cit., pp. 18-19: «Bisogna infine notare che una norma può non costituire soltanto il senso di un atto di volontà effettivamente posto in essere. Questo avviene quando la norma è presupposta soltanto nel nostro pensiero, come la norma fondamentale [...]. Poiché esiste una correlazione tra il dover essere di una norma ed il volere, di cui essa costituisce il senso, quando nel nostro pensiero si presuppone una norma che non costituisce il senso di un effettivo atto di volontà, si deve pensare contemporaneamente un atto di volontà immaginario, il cui senso è costituito da questa norma puramente pensata. Tale norma puramente pensata non è quindi una norma *positiva*, cioè posta da un atto di volontà *reale*, ma una norma soltanto presupposta». Cfr. MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, cit., p. 112

⁶⁷ Cfr. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere*, cit., pp. 135-136 e Id., *Kelsen e il potere giuridico* (1982), in Id., *Diritto e potere*, cit., pp. 154, 160, 168.

⁶⁸ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Julius Springer, Berlin 1925; trad. it a cura di J. Luther e E. Daly, *Dottrina generale dello Stato*, Giuffrè, Milano 2013, p. 238. Il diritto in fin dei conti – scriveva Agostino Carrino in *L’ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1984, p. 34 – non è per Kelsen che «un’ideologia specifica attraverso la quale gli uomini si sforzano di raggiungere e realizzare interessi particolari, che benché possano essere di svariato

norma fondamentale suona sempre più o meno così: «comportatevi così come ordina l'autorità giuridica [...]: cioè il monarca, l'assemblea del popolo, il parlamento, etc.»⁶⁹, o ancora, più specificamente, come Kelsen avrebbe scritto nella prima edizione della *Reine Rechtslehre*: «la coazione deve essere posta nelle condizioni e nel modo che è stato determinato dal primo costituente o dagli organi da lui delegati»⁷⁰.

Fu tuttavia soltanto nella *Teoria generale delle norme* che Kelsen trovò forse il coraggio di trarne ogni conseguenza, prendendo atto che alla fine deve pur esservi chi *debba* applicare la norma, e sia perciò *obbligato* a prescrivere, autorizzare, permettere o eseguire un atto coercitivo, per il solo *fatto* che ne *riconosce* la validità, e che «a questo riguardo non esiste [...] nessuna differenza sostanziale tra diritto e morale», dato che in questo senso «sono entrambi autonomi»⁷¹. Se i sudditi, volenti o nolenti, sono giuridicamente obbligati a osservarla, non lo si deve in fondo ad altro che a questo *fatto*⁷².

Kelsen, del resto, aveva chiaro che le norme giuridiche sono «norme coercitive» perché «dispongono sanzioni», e non perché la loro «effi-

tipo e afferenti a ambiti diversi, sono però sempre connessi ad un fatto storicamente e antropologicamente invariante: la distinzione tra chi comanda e chi è comandato».

⁶⁹ Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 237. Cfr. anche Id., *Dottrina pura del diritto*, cit., p. 226.

⁷⁰ Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 98.

⁷¹ Kelsen, *Teoria generale delle norme*, cit., pp. 90-91. Cfr. L. Milazzo, *Potere politico e «autonomia» del diritto*, in «Ordines», (2022), 1, *Sulla giustizia. Vecchie e nuove sfide al diritto*, a cura di S. Vantin, pp. 663-681, in particolare p. 676.

⁷² Probabilmente ha ragione Tommaso Gazzolo quando osserva che si può «risalire di dovere in dovere, ma alla fine della catena [si troverà] l'essere, ossia il fatto che il dover-essere è: la *catena* chiude sempre 'il dovere con un essere'» (Gazzolo, *Kelsen, o la possibilità del diritto*, cit., p. 35). Cfr. anche A. Carrino, *Vita e forme in Kelsen*. Introduzione a H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1988, p. 18.

cazia [...] è assicurata da altre norme coercitive»⁷³. Ma se si esclude che le norme giuridiche possano *disporre* sanzioni *autorizzando* alcuni o *permettendo* ad altri di comminarle o di eseguirle, si dovrà ammettere che possano farlo solamente *comandandolo*. Perché l'obbligazione del suddito possa essere eteronoma, quella dell'organo dev'essere pertanto un'obbligazione autonoma⁷⁴.

Come concludeva MacCormick in un saggio di ormai cinquant'anni fa, «it is not the existence of obligation *under* the law, but rather the obligations of officials *towards* the law as such which enables us to grasp the binding nature of the law»⁷⁵. Ed è chiaro che, indipendentemente dal fatto che li si voglia considerare o meno doveri, o obblighi, giuridici, questi doveri, o obblighi, per Kelsen *non* possono avere la stessa natura dei doveri, o obblighi, di chi al diritto è sottomesso.

⁷³ Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 29. Cfr. Milazzo, *Potere politico e «autonomia» del diritto*, cit., pp. 669 e 676-677, anche per alcuni ulteriori necessari riferimenti bibliografici.

⁷⁴ Cfr. S.L. Paulson, *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, in L. Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giapichelli, Torino 1990, p. 15: «Ironically, Kelsen's legal theory in this last phase looks very much like the nineteenth-century will theories against which he had argued so vociferously, a half century earlier, in the *Hauptprobleme*».

⁷⁵ MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, cit., p. 130. Sulla distinzione fra i doveri *under the law* dei cittadini e quelli *in respect of* o *toward the law* dei funzionari cfr. *ivi*, p. 127.