

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***

SUL DUALISMO DI ESSERE E DOVERE NEL PRIMO KELSEN

Giorgio Ridolfi

Abstract

In his first major writing *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), Hans Kelsen is not very consistent in the use of his two most important interpretative categories: Being and Ought. They can be interpreted either as the two essential forms for the apprehension of reality, in a Kantian sense, or as if their dualism can be referred to the distinction between formal (spiritual) and material experience. The work, especially in its Preface, offers a possibility for both interpretations, and it might furthermore make possible a metaphysical reading of Kelsen's early doctrine. This leads to the final question about the affinity between this doctrine and Edmund Husserl's phenomenology.

Keywords

Legal science (jurisprudence); explicative and normative sciences; monism/dualism; phenomenology; Baden neo-Kantianism.

Se si prende in considerazione la prima grande opera di Hans Kelsen, gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* del 1911¹, pur tenendo a mente

¹ H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J.B.C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1911. Il libro ha trovato una traduzione italiana ad opera di Agostino Carrino come *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, di recente rivista dallo stesso Carrino e pubblicata con il nuovo titolo di *Problemi fondamentali della dottrina del diritto sta-*

i sostanziali versanti di immaturità argomentativa che il suo testo ancora presenta, è possibile vedere già in essa prefigurati i principali temi che impegneranno l'autore nei lunghi decenni successivi, fino alla sua morte, avvenuta nel 1973. Lo *Habilitationschrift* kelseniano riveste, tuttavia, un particolare interesse anche in ragione di una certa discrepanza che, a nostro avviso, può essere rilevata tra la prefazione e il resto dell'opera. È come se, infatti, Kelsen si senta spinto a mettere in luce in alcuni passaggi delle prime pagine, quasi in una sorta di *excusatio*, le difficoltà incontrate nel condurre a risultati soddisfacenti quella che si immagina essere stata una lunga riflessione filosofica ed epistemologica; una riflessione che nel 1911 ancora non sembra aver trovato requie, e che il resto del libro si preoccupa, tuttavia, di mettere da parte, non foss'altro perché ciò avrebbe impedito la prosecuzione del lavoro concettuale del giurista. Non è certo un caso che la nuova introduzione, predisposta per la riedizione invariata del 1923², pur non accennando alle difficoltà espresse dodici anni prima, offra nei toni utilizzati una certificazione di ciò che potremmo definire la trasformazione di Kelsen da giurista fortemente interessato alla problematica filosofica *tout court* a più centrato filosofo del diritto, ossia a studioso che legittima la problematica filosofica solo nei limiti in cui essa risulta necessaria come preconditione del lavoro dei giuristi positivi.

Nei paragrafi che seguono cercheremo soprattutto di descrivere i termini di questa discrepanza³.

tuale, esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica come secondo volume delle *Opere* di Kelsen (Rubbettino, Soveria Mannelli 2022).

² L'opera uscì per la medesima casa editrice e con un'immutata numerazione di pagine. La nuova introduzione risulta, pertanto, semplicemente aggiunta alla precedente e ne prosegue la numerazione romana. In attesa della ripubblicazione delle pagine del 1923 nell'ambito delle *Opere*, ordinate secondo un criterio cronologico, l'unica traduzione italiana di esse disponibile rimane quella del 1997.

³ Avremo modo di riconsiderare e di puntualizzare in questo scritto alcune conclusioni cui siamo recentemente giunti in un contributo, di imminente pubblicazione

1. Due macrocategorie per l'esperienza

Nel primo periodo della sua produzione, Kelsen si dedica, in una modalità che potremmo definire preliminare o propedeutica, all'indagine del concetto di "scienza", e più in particolare di scienza giuridica (giurisprudenza). Da questo punto di vista è possibile descrivere un arco che si apre appunto con gli *Hauptprobleme*, trova un suo momento fondamentale nella celebre polemica con Eugen Ehrlich degli anni 1915-17⁴, e comprende anche un articolo pubblicato nel 1916 negli «Schmollers Jahrbücher», in cui Kelsen prende una posizione netta rispetto alla filosofia neokantiana dei valori, soprattutto per ciò che riguarda le figure di Heinrich Rickert, Emil Lask e Gustav Radbruch⁵.

Per avere, comunque, fin dal principio uno sguardo più ampio sulle opere che stiamo esaminando, appare altresì opportuno ricordare come Kelsen, in uno scritto autobiografico risalente al 1927, abbia esplicitamente affermato che la figura di Kant, conosciuto soprattutto tramite la mediazione dell'altro grande esponente del neokantismo sudocciden-

su «Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali», dal titolo *Rilevanza e miserie della polemica tra Hans Kelsen e Eugen Ehrlich*.

⁴ La polemica si sviluppò tra le annate XXXIX (1915) e XLII (1916/1917) dell'«Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik». Degli articoli che la compongono esistono due differenti traduzioni italiane, l'una contenuta in E. Ehrlich, H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992; e l'altra in E. Ehrlich, H. Kelsen, M. Weber, *Verso un concetto sociologico di diritto*, a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano 2010.

⁵ L'articolo kelseniano è *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung*, in «Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich», XL (1916), pp. 1181-1239. La sua traduzione (*La giurisprudenza come scienza normativa o culturale. Studio di critica metodologica*) si trova alle pp. 103-152 di *Metodologia della scienza giuridica*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1989, raccolta che ricomprende anche i testi di Lask e Radbruch cui più direttamente Kelsen si rivolge, oltre che contributi di Hermann Kantorowicz (di cui pure Kelsen si occupa brevemente nel suo articolo), di Adolf Reinach e di Erich Schwinge.

tale, Wilhelm Windelband, aveva sempre assunto per lui, dal punto di vista speculativo, il ruolo di “stella polare”⁶. Il pensiero di Kant, di conseguenza, seppure in una prospettiva critica, non potrà che rappresentare, comunque, la cartina di tornasole per leggere i testi di cui ci stiamo occupando; e questo anche al di là delle presunte analogie di tali testi con i temi del neokantismo marburghese, decisamente più problematiche di quanto lo stesso Kelsen abbia voluto lasciare intendere⁷.

Fatte queste dovute premesse, è possibile a questo punto muovere da alcune essenziali domande: Che cosa intende Kelsen per scienza? Perché la giurisprudenza è per Kelsen una scienza, e segnatamente la scienza giuridica? E, infine, che tipo di scienza è la scienza giuridica?

Bisogna innanzitutto, a questo proposito, partire da un rilievo di stampo prettamente terminologico. Per i tedeschi il termine *Wissenschaft* ha un ambito di significato più ampio di quello descritto dalla traduzione italiana “scienza”, che rimanda più direttamente, benché non esclusivamente, ai canoni della scienza naturale, cioè alla rilevazione di protocolli stabili e rigorosi per la verifica – o per la falsificazione, a seconda della prospettiva epistemologica scelta – dei propri dati. In

⁶ Cfr. H. Kelsen, *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006; tr. it. *Scritti autobiografici*, traduzione e cura di M.G. Losano, Diabasis, Reggio nell’Emilia 2008, p. 59. Lo scritto, che era stato originariamente inviato a Julius (Gyula) Moór, autore della traduzione ungherese di alcune pagine kelseniane, reca in tedesco il titolo di *Selbstdarstellung* – tradotto in italiano come *Autopresentazione* –, benché appaia, in realtà, senza titolo nella foto del dattiloscritto originale pervenutaci. Esso aveva, peraltro, già trovato una traduzione italiana, ad opera di Agostino Carrino, come *Sulla nascita della dottrina pura del diritto. Il primo profilo autobiografico*, in H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. Paulson, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, pp. 27-32 (alle pp. 33-37 era stato pubblicato, per la prima volta, anche l’originale tedesco, di cui risultava disponibile, fino a quel momento, solo una traduzione francese del 1987). L’*Autopresentazione* appare ora anche in H. Kelsen, *Opere*, vol. I.: *1905/1910*, a cura di A. Carrino, Rubbettino, Soveria Mannelli 2023, pp. 9-16.

⁷ Il rimando obbligato, su questo, è alla prefazione alla seconda edizione degli *Hauptprobleme*, e segnatamente alle pp. 22-28 della traduzione italiana.

italiano, anche quando si parla di scienza sociale lo si fa, d'altra parte, pensando alla messa in luce di regolarità del comportamento, che, anche in assenza – o, sarebbe meglio dire, nell'ignoranza – di leggi puntuali, ne determinano un certo grado di prevedibilità. In questo senso, si potrebbe individuare nel marxismo, che tanta importanza ha avuto nella storia della cultura italiana del '900, l'esempio più classico di un tentativo di avvicinamento tra le scienze naturali e le scienze sociali, nella misura in cui esso tenta di rinvenire per queste ultime delle regolarità (economiche) specifiche, valide almeno “in ultima istanza”. In tedesco, si diceva, la parola *Wissenschaft* mantiene, invece, un legame più stretto con il verbo *wissen* da cui origina, e guarda dunque semplicemente a un sapere in qualche modo ordinato, secondo principi che possono però anche essere in parte arbitrari o, comunque, non inquadrabili nei canoni dell'induzione empirica. Per fare un solo esempio, parlare di *ästhetische Wissenschaft*, cioè di una scienza che si occupa di distinguere il bello da ciò che non lo è, anche non mirando all'incondizionatezza kantiana, suona molto meno strano del – pur possibile – riferirsi in italiano a una “scienza estetica”.

Questa distinzione terminologica riverbera anche sull'idea kelseniana per cui l'esperienza umana dovrebbe essere “kantianamente” inserita in due macrocategorie tra loro irriducibili: quella dell'essere (*Sein*) e quella del dovere (*Sollen*)⁸. Abbiamo ovviamente utilizzato le virgolette, perché, come è piuttosto noto, il dovere ha per Kant uno statuto metafisico-regolativo, distinto dallo statuto gnoseologico delle categorie, in

⁸ Aderiamo qui, anche perché decisamente in linea con quanto si dirà nella pagine seguenti, alla scelta di traduzione operata da Agostino Carrino, che nella sua più recente *Introduzione* agli *Hauptprobleme* rifiuta la versione, piuttosto frequente, di *Sollen* in “dover-essere”, giacché essa «aggiunge qualcosa al vocabolo tedesco, un qualcosa che può, ma non deve necessariamente esserci e che in Kelsen di fatto non c'è (l'essere sta fuori del dovere)» (in Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*, cit., p. XIX).

cui il discorso sull'essere trova invece il suo campo di spettanza⁹. Ad ogni modo, essere e dovere sono, per Kelsen, come in definitiva per Kant, due forme del pensiero originarie e inderivabili, nel senso che

per il fatto che qualcosa vige come norma, o, in altri termini, che qualcosa viene considerato come *dovuto*, c'è tanto poco una spiegazione quanto per il fatto di riconoscere qualcosa come essente¹⁰.

Tale distinzione, tuttavia, spinge Kelsen anche a sostituire il classico dualismo tra scienze umane e scienze naturali con quello, a suo avviso più adeguato, tra scienze esplicative e scienze normative.

Per scienze di tipo esplicativo egli intende, infatti, non solo le “classiche” scienze positive, ma anche quelle discipline, come la psicologia o la sociologia, che si occupano appunto di *spiegare* il comportamento dei soggetti, e quindi anche i loro sentimenti di dovere, con modalità il più possibile simili a quelle impiegate dalle scienze positive. Per scienze di tipo normativo, al contrario, Kelsen intende quelle scienze che non hanno la pretesa di stabilire la natura del dovere, ma si interessano principalmente alla questione dell'individuazione astratta del suo oggetto e del suo soggetto, tramite la *comprensione* (dell'essenza) delle norme che

⁹ In una lettera a Renato Treves del 1933, Kelsen affermerà che, poiché Kant «nella sua dottrina del diritto ha ripudiato il metodo trascendentale», la dottrina pura del diritto «amministra [...] l'eredità spirituale di Kant più fedelmente di tutti gli altri filosofi del diritto che si richiamano a Kant» (*Dottrina pura del diritto, 'abandismo' e neokantismo. Una lettera a Renato Treves*, in H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo e realtà sociale*, cit., p. 52).

¹⁰ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 81. Interessante, anche alla luce delle riflessioni che verremo sviluppando in seguito, è il richiamo, in una nota di qualche pagina dopo, alla presunta contraddizione di Locke, che, «da un lato, dichiara che non ci sono assiomi morali e deriva tutte le norme etiche dalla rivelazione o dall'esperienza, e, dall'altro lato, parla di una dimostrabilità matematica della morale». Come nota Kelsen, appoggiandosi a Friedrich Jodl, qui «Locke non pone il problema dell'origine dei concetti e degli assiomi etici, ma li presuppone, proprio come il matematico presuppone le grandezze e le figure con le quali ha a che fare» (ivi, pp. 101-102n).

a essi si rivolgono. Con questo esplicito rimando diltheyano, si vuole affermare che il secondo tipo di scienze ha come punto di riferimento la delineazione di un vincolo di imputazione, solo alla luce del quale possono poi concretamente venire stabiliti il *Was* e il *Wer* del dovere; mentre viene del tutto tralasciata la questione meramente causale del *Warum*, così come quella teleologica del *Wozu*, che della questione causale, come si dice nelle pagine critiche dedicate a Rudolf Stammler, rappresenta solo una particolare declinazione. «Se, e in che misura», scrive dunque Kelsen,

la giurisprudenza sia una disciplina normativa [...]: ecco il problema cardinale della metodologia giuridica, il presupposto assolutamente principale di tutta la scienza giuridica¹¹.

Ed è proprio sulla base di questa essenziale problematica, d'altra parte, che Kelsen ha potuto affermare, provocando l'indignazione di Ehrlich, che la scienza giuridica può legittimamente non avere nulla a che fare con la realtà¹².

Alcune ulteriori precisazioni sulla posizione kelseniana appaiono qui, ad ogni modo, necessarie. Anche il diritto è, ovviamente, per Kelsen un ambito in cui essere e dovere giungono ripetutamente a incontrarsi, già solo per il fatto che la legge positiva è legge promulgata da uomini in carne ed ossa. Anzi, è Kelsen stesso a rendersi conto di come il «sano intelletto umano» sia naturalmente propenso a scivolare continuamente da una concezione formale a una materiale e a volgersi «alla

¹¹ Ivi, p. 6.

¹² «Con Kelsen», scrive Ehrlich seguendo il durissimo registro della loro polemica, «ci si è abituati alle idee sorprendenti, ma che un professore di diritto nell'Università di Vienna, all'inizio del ventesimo secolo, osi scrivere cose del genere, mi ha comunque stupito» (E. Ehrlich, *Risposta*, in E. Ehrlich, H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, cit., p. 112).

realtà piuttosto che alla idealità»¹³; cosa che renderebbe assolutamente necessaria, per l'ambito giuridico, un'*actio finium regundorum*, volta a evitare il pericolo di cadere in un vero e proprio sincretismo metodologico. Inoltre bisogna ricordare come, per Kelsen, alla scienza giuridica non possa essere di per sé riconosciuto un carattere particolare, essendo essa in definitiva affine a tutte quelle scienze che si sostanziano nella prescrizione di regole di dovere, come l'etica o la grammatica. E tuttavia, aggiunge Kelsen, non si può neanche negare come il suo carattere più esplicitamente eteronomo, la sua possibilità cioè di distinguere più nettamente al proprio interno tra il momento (semplicemente teleologico) della volontà e quello del dovere, renda indubbiamente la scienza giuridica quantomeno un migliore campo di indagine riguardo al problema della normatività¹⁴.

Qui, detto per inciso, si consumava anche la rottura esplicita di Kelsen con la filosofia dei valori, incapace in buona sostanza, a suo avviso, di compiere adeguatamente l'ulteriore passo astrattivo verso la rilevazione della purezza formale del dovere. I rappresentanti di questa scuola, infatti, sulla scorta soprattutto della lezione di Rickert, hanno avuto la

¹³ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 8. La rilevante questione dell'indebita messa in parallelo, soprattutto nelle prime pagine dell'opera, del dualismo di essere e dovere e di quello di contenuto e forma è discussa *infra*.

¹⁴ Nota Kelsen a tale proposito: «Non si può [...] non riconoscere che nel campo di una morale autonoma, che si rappresenta la norma come sentimento soggettivo di obbligo o come coscienza dell'obbligo, il dovere appare come essere, che una separazione completa tra metodo esplicativo e metodo normativo, se non impossibile, è però di dubbio valore, e che una scissione netta dei due punti di vista è assai difficile anche quando la norma, secondo il suo contenuto e la sua origine, è una regola di uso effettivo, di comportamento reale. Ciò non vale solo per la morale. Anche la grammatica non può limitarsi a prescrivere come si deve parlare; essa non può, come indagine sulla storia della lingua, non far vedere come si è parlato in epoche differenti e come si parla oggi, anche se la sua funzione regolatrice la grammatica l'assolve solo constatando la regolarità, la grande frequenza con la quale si manifesta una forma linguistica, la sua effettiva esistenza in scrittori importanti: dunque, un essere qualificato» (ivi, p. 43).

tendenza non solo ad assumere una concezione puramente teleologica, e dunque psicosociale, del valore, ma anche a confonderla alle volte con una problematica concezione metafisica, intesa a individuare i corretti principi di giudizio della realtà.

2. Oltre l'esperienza?

Abbiamo finora cercato di mostrare come Kelsen si sforzi, invero con un certo successo, di conferire un'ampia coerenza logica al suo sistema; obiettivo che, ad esempio, traspare in filigrana nel passaggio in cui si meraviglia di come «uno dei più importanti logici»¹⁵, e cioè Rickert, sia potuto incorrere nei fraintendimenti che egli gli imputa. Ciò non viene certamente infirmato dalla mancanza di coerenza che lo stesso Kelsen, soprattutto nella sua diatriba con Ehrlich, manifesta nei confronti delle concezioni psicosociali del diritto, cui a volte nega soltanto la pretesa di ambire al nome di “scienza giuridica”, mentre altre volte sembra voler negare radicalmente un'autonoma dignità epistemologica. È certo vero, tuttavia, che si fa fatica a capire fino in fondo la radicalità dell'avversione kelseniana verso atteggiamenti che potrebbero essere inquadrati nell'ottica di una sociologia comprendente, cioè che, senza illudersi di sviluppare una millimetrica tassonomia dell'esperienza umana, o, peggio ancora, di lanciarsi in impervi ragionamenti metafisici sul suo senso, ambisce solo a distinguere il modo in cui gli uomini vivono concretamente il loro sentirsi obbligati a una norma. Questo rilievo, d'altronde, può essere sviluppato proprio a partire dal riconoscimento del valore di una delle critiche che Kelsen muove a Ehrlich, e cioè quella per cui, se si rifiuta un'analisi più approfondita della normatività e delle sue varie declinazioni, si finisce per ridurre ogni esperienza umana nei termini del comportamento sociale generale e non si riesce più a istituire delle vere e proprie distinzioni tra diritto, etica, regola del costume etc.

¹⁵ Kelsen, *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, cit., p. 111.

In ragione di tali puntualizzazioni, oltre che delle ricostruzioni presentate più sopra, appare ora del tutto legittimo leggere le indagini della prima parte degli *Hauptprobleme* proprio come un necessario esercizio tassonomico, cioè come se esse, anche tramite l'assunzione dello strumentario trascendentale kantiano, mirassero nei fatti semplicemente a delineare una più funzionale ricostruzione del fenomeno diritto, che di per sé rimarrebbe però essenzialmente vincolato all'ambito dell'essere. La stessa distinzione tra essere e dovere, riportata all'unico punto di vista dotato di autentica effettività scientifica, quello ontologico, si ridurrebbe a una mera distinzione tra due tipi fenomenologici dell'essere, l'essere e il dover-essere; e l'andamento argomentativo del libro starebbe lì a rafforzare questa ipotesi di lettura monistica, tra l'altro indubbiamente valida per la successiva produzione kelseniana¹⁶.

Ciò nondimeno, come abbiamo sottolineato all'inizio, una simile interpretazione viene, in parte, a collidere con quanto Kelsen afferma nella prefazione, nel momento in cui, ad esempio, sostiene che uno dei suoi principali obiettivi è quello di «gettare dei ponti tra scienza giuridica e filosofia», evitando che la filosofia del diritto continui a venire «nominata solo con un tono di disprezzo»¹⁷. Il che, insieme ad altri passaggi che ora citeremo, ci offre la possibilità di proporre ipotesi decisamente più ardite, congetturando che l'atteggiamento del giurista viennese nasconda, sotto la sua veste esplicita, una più vaga insoddisfazione, che ci si potrebbe proprio arrischiare a definire metafisica, oltre che teoretica; un'insoddisfazione provocata dall'inesausta ricerca di un senso più profondo dell'esperienza, esplicitamente rappresentata dal richiamo a «un piano superiore», al «grande mondo di un sistema filosofico univer-

¹⁶ Una suggestiva sottolineatura dell'inintelligibilità anche del Kelsen maturo al di fuori di una lettura dualistica – di tipo rigorosamente trascendentale e non trascendente – si trova nelle complesse analisi di T. Gazzolo, *Essere / dover essere. Saggio su Hans Kelsen*, prefazione di V. Vitiello, FrancoAngeli, Milano 2016.

¹⁷ Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 11.

sale», ossia all'«unica, grande idea fondamentale»¹⁸, capace di unificare tale esperienza, non solo a livello giuridico. E qui, sia detto per inciso, non ci si troverebbe di fronte a inquietudini dissimili rispetto a quelle che, pur spingendo verso altre soluzioni, si agitavano al fondo della stessa filosofia dei valori.

Kelsen afferma, dunque, che i contrasti della teoria giuridica si basano su «presupposti di principio, radicati in ultima analisi nella concezione del mondo e, quindi, soggettivi e indiscutibili»¹⁹. Ora, si deve certamente notare come questo richiamo alle diverse concezioni del mondo, più volte ripetuto nella prefazione, ma in una maniera che appare piuttosto cursoria, non sia sempre fonte di chiarezza rispetto alle intenzioni dell'autore. In un senso retrospettivo, potrebbe apparire congruente con gli obiettivi del giurista viennese un accento posto sulla strutturale relatività gnoseologica di ogni concezione del mondo e sul fatto, dunque, che essa origina principalmente dalle indiscutibili preferenze dei diversi interpreti, delle quali una dottrina pura del diritto, benché al momento semplicemente *in fieri*, deve per statuto epistemologico disinteressarsi. Ci si può, tuttavia, anche chiedere se possa bastare asserire che Kelsen, in queste pagine, voglia già assumere quella neutralità valoriale che rappresenterà poi la cifra della sua successiva produzione; o comunque se, al di là delle sue intenzioni, egli si dimostri già in grado di prendere con sufficiente determinazione una simile posizione. Affermare, infatti, una differenza *toto coelo* tra il *Sollen* e il *Sein*, almeno se si vuole rimanere in un campo filosoficamente, e non solo giuridicamente, fecondo, non può non implicare appunto domandarsi in maniera appropriata dove corra la linea di frattura tra il discorso ontologico e il discorso deontologico, e quali fenomeni cadano specificamente nell'un campo o nell'altro. Se si tiene d'altra parte a mente quanto si è affermato all'inizio, e cioè che Kelsen individua la scienza giuridica solo come caso paradigmatico delle

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ivi*, p. 5.

scienze normative, e non come tipo di scienza a sé stante, non può sfuggire come anche il concetto di imputazione non possa essere ridotto, in questo contesto, a un semplice principio logico di funzionamento, ma porti con sé un ben determinato carico esistenziale, visibile in maniera più evidente nei suoi inaggirabili legami con l'obbligo morale e con i principi di libertà e di responsabilità.

L'insistenza sulla distinzione tra essere e dovere non implicherebbe, a questo punto, solo la sottolineatura della differenza tra due categorie trascendentali, bensì anche la distinzione tra una considerazione vincolata all'immanenza e una aperta verso la trascendenza, che finirebbe per riportare in auge il più puro dualismo kantiano di *homo phenomenon* e *homo noumenon*. Lo stesso dissidio con la filosofia dei valori verrebbe, quindi, a caratterizzarsi principalmente per il fatto che Kelsen esprimerebbe – invero giustificatamente – una maggiore difficoltà a riconoscere quelli che sono i valori stabili per giudicare l'esperienza, stante anche il profondo relativismo che consegue alla sua già marcata ortodossia positivista. Un problema questo che, a ben vedere, sia pure secondo prospettive diverse, si era in qualche modo posto anche a Kant, che, nella seconda delle sue critiche, aveva parlato di “dovere per il dovere”, ma era stato poi costretto a ricorrere, per dare nerbo al suo sistema etico, ai cosiddetti postulati della ragion pratica²⁰. Rimane, comunque, il fatto che una comunanza tra il primo Kelsen e la filosofia dei valori potrebbe continuare a essere rinvenuta nella convinzione che la vita umana può essere giudicata da due punti di vista irriducibili, ognuno dei quali solleva specifiche pretese.

²⁰ Non considera questo Kelsen, quando scrive che «la formulazione dell'imperativo categorico di Kant [...] costituisce la prova più brillante del fatto che nel campo dei valori una validità oggettiva e assoluta non può in ultima analisi significare altro che questo: che alla sommità della piramide dei valori si trova il puro dovere privo di ogni contenuto, l'astratta forma del valore in sé. L'imperativo categorico – non ostante la sua apparenza di contenuto – dice solo questo: tu devi ciò che devi!» (*La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, cit., p. 138).

3. Un ausilio fenomenologico

Quella che abbiamo tentato nel precedente paragrafo, impossibile negarlo, è anch'essa una lettura molto problematica del testo kelseniano. È difficile, ad esempio, non considerare il fatto che, quando Kelsen nel 1911 parla di volontà libera, la caratterizza già semplicemente, come farà con maggiore chiarezza negli scritti successivi, alla stregua di una "costruzione ausiliaria" per lo sviluppo di un autentico concetto di imputazione²¹. A testimoniare, ciò nondimeno, che il nostro tentativo ermeneutico possiede quantomeno un fondamento testuale, e a rendere, comunque, definitivamente meno chiare le intenzioni speculative di Kelsen, sta la celebre frase della prefazione mediante la quale egli, con un certo candore, riconosce i limiti della sua posizione, e che qui appare opportuno riportare nella sua intera estensione:

Sono del tutto consapevole del fatto che una concezione del mondo monista non riconosce, e non può riconoscere, come un dualismo definitivo, né il dualismo di essere e dovere, né quello di contenuto e forma. Se in ciò, tuttavia, io ravviso dei contrasti di principio e ritengo di dover necessariamente rinunciare a unire tra loro essere e dovere, contenuto e forma, in una superiore unità, a giustificazione di questo mio punto di vista non trovo onestamente altra risposta che questa: io non sono monista. Per quanto anch'io *percepisca* come insoddisfacente una costruzione dualistica dell'immagine del mondo, nel mio *pensiero* non vedo alcuna via che superi il conflitto insopportabile tra io e mondo, anima e corpo, soggetto e oggetto, forma e contenuto – o in quali altre parole l'eterno dualismo alternativamente possa celarsi²².

²¹ Come è piuttosto noto, nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre*, Kelsen arriverà a sostenere, in una maniera che non lascia più adito a nessun dubbio, che «l'imputazione è resa possibile non dalla libertà [...] ma, proprio al contrario, dalla determinabilità causale del volere. Non si effettua un'imputazione nei riguardi di un uomo per il fatto che egli è libero, ma l'uomo è libero perché nei suoi riguardi si effettua un'imputazione» (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien 1960²; tr. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1966, p. 118).

²² Kelsen, *Problemi fondamentali*, cit., p. 5.

Sulla natura stessa di questi dualismi che imbarazzano Kelsen, ma che al contempo, a nostro avviso, mostrano in controluce la profondità del suo impegno filosofico di questi anni, è possibile senza dubbio operare alcuni rilievi critici. Ciò che salta maggiormente all'occhio, a tal proposito, è che le due alternative presentate come strettamente attinenti, se non sinonimiche – quella di essere e dovere da una parte, e di contenuto e forma dall'altra –, sono ben lungi dall'occupare piani di senso simili, e anzi, a ben vedere, posseggono una natura reciprocamente esclusiva, che sarebbe invece opportuno portare a conciliazione. Essere e dovere, infatti, nella prospettiva kantiana, cui Kelsen, come detto, in buona parte aderisce, appartengono entrambi alle forme in cui i contenuti storici si inseriscono. Pertanto, tornando al passaggio del dissidio con Ehrlich precedentemente citato, anche l'essere, e non solo il dovere, non avrebbe qui nulla a che fare con la realtà – o, sarebbe forse meglio dire, con la datità (*Gegebenheit*), intendendo con questo termine il residuo inerte, ma comunque coriaceo, che si impone a un intelletto e a una ragione semplicemente ordinatori, e non creatori, quali in definitiva sono anche quelli kelseniani²³. E allo stesso modo, per quanto riguarda il versante normativo, potrebbe forse apparire necessario per Kelsen anche fare i conti con l'altro “residuo” ineludibile all'interno del suo sistema dualistico, ossia la datità del valore (e dei valori).

Si può, a questo punto, ricordare come il Kelsen di questi anni giovanili abbia cercato una strada di revisione filosofica, o piuttosto di rafforzamento speculativo, della sua dottrina attraverso la fenomenologia

²³ Questa imprecisione concettuale riguardante lo statuto di essere e dovere è rilevata anche da Carsten Heidemann nel suo celebre *Die Norm als Tatsache. Zur Normentheorie Hans Kelsens*, Nomos, Baden-Baden 1997, pp. 24-26. Può rimanere qui in sospenso la questione della natura produttiva del pensiero, che Kelsen riprende da Hermann Cohen, ma che si riferisce unicamente all'esperienza scientifica e non, come nel caso che stiamo esaminando, anche all'esperienza quotidiana. D'altra parte, come dirà nella prefazione del 1923, nel 1911 Kelsen ancora non conosceva l'opera coheniana.

husserliana. Ora, non è certo il caso di esagerare la portata di questi rapporti, considerando che Kelsen, pur dimostrando di conoscere le *Ricerche logiche*, le cita con estrema parsimonia e che, comunque, esse appartengono a un periodo meno interessante della produzione husserliana, almeno per ciò che riguarda il nostro discorso. Gli *Hauptprobleme* escono, invece, proprio nello stesso anno del celebre articolo di «Logos» sulla *Filosofia come scienza rigorosa*, con il quale Husserl apre la strada alle fondamentali *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica*, in cui appunto la fenomenologia trova una sua prima matura elaborazione, per poi ricevere, nelle opere seguenti, una curvatura più marcatamente “idealista”. Queste ulteriori elaborazioni della filosofia husserliana cadono, però, in un momento in cui Kelsen sta abbandonando, o ha già abbandonato, le sue precedenti preoccupazioni speculative; e, dunque, anche i suoi rapporti più tardi con la fenomenologia, mediati soprattutto dall'avvicinamento ad essa del suo allievo Fritz Schreier, non possono qui entrare in linea di conto²⁴. Infine non va dimenticato che, come è piuttosto noto, Husserl nei suoi scritti

²⁴ Una ricostruzione dei rapporti tra Kelsen e la fenomenologia, che comprende anche il periodo immediatamente successivo a quello di cui ci stiamo occupando, è stata lungamente e scrupolosamente tentata da Giuliana Stella, della quale possiamo ricordare almeno i seguenti contributi: *Hans Kelsen and Edmund Husserl*, in L. Gianformaggio (ed.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Torino 1990, pp. 161-172; *Ernst Mach, Hans Kelsen, Edmund Husserl*, in A. Carrino (a cura di), *Kelsen e il problema della sovranità*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1990, pp. 141-153; e il più recente *L'interpretazione giudiziale e il suo oggetto tra Hans Kelsen e Fritz Schreier*, in A. Carrino (a cura di), *Legalità e legittimità nell'interpretazione costituzionale*, Mimesis, Milano-Udine 2019, pp. 135-166. Un tentativo di interpretazione fenomenologica del Kelsen più maturo – in particolar modo di quello della prima edizione della *Dottrina pura del diritto* – è stato presentato da P. Amselek, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, L.G.D.J., Paris 1964 (soprattutto alle pp. 45-62), che ha trovato una dura replica in H. Kelsen, *Eine phänomenologische Rechtstheorie*, in «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», XV (1965), pp. 353-409, tr. it. *Una teoria fenomenologica del diritto*, a cura di G. Stella, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1990.

non ha fatto altro che preparare il campo teoretico per le necessarie ricerche ulteriori riguardanti i versanti più spirituali dell'esistenza umana, concedendosi qualche accenno più specifico ad essi solo verso la fine della sua parabola filosofica²⁵.

Quanto appena sottolineato significa, a nostro avviso, contestualmente due cose: che è nel significato profondo della novità speculativa husserliana che andrebbe rinvenuto il nerbo di un atteggiamento filosofico che Kelsen può avere pensato di fare proprio; e che, tuttavia, è probabilmente solo nelle dottrine di alcuni allievi di Husserl – e qui pensiamo soprattutto a Max Scheler e ai suoi tentativi di liberare l'apriori kantiano dalla sua linearità gnoseologica – che Kelsen avrebbe potuto trovare una via di uscita dai suoi dualismi. Dunque, risulta del tutto legittimo, almeno come valida congettura interpretativa, leggere le dottrine del primo Kelsen alla luce del significato più profondo della fenomenologia, e cioè del suo tentativo di elaborare una costruzione autonoma e superiore dell'esperienza umana – conoscitiva, morale, estetica, etc. –, affidata esclusivamente alle cure e alle forme della filosofia. La filosofia può essere, infatti, intesa, sulla scorta di Husserl, come scienza rigorosa, visto che i suoi risultati pretendono la stessa puntualità euristica di quelli scientifici, e allo stesso tempo come qualcosa di diverso da una scienza rigorosa, quantomeno nel senso tradizionale – deterministico – che questa locuzione ha assunto. In armonia con la terminologia husserliana, essere e dovere potrebbero tradursi sulla pagina di Kelsen, ben più che come due forme gnoseologiche pure, come due ricettacoli analitici e concettuali, che collaborano strettamente affinché nella coscienza dell'interprete si svolga adeguatamente la cosiddetta esperienza eidetica, e cioè avvenga un autentico riconoscimento di quelle essenze in cui si incarna il più complesso significato della vita umana. Oltre la

²⁵ Cfr. R. Bernet, I. Kern, E. Marbach, *Edmund Husserl. Darstellung seines Denkens*, Felix Meiner Verlag, Hamburg 1989; tr. it. *Edmund Husserl*, il Mulino, Bologna 1992, pp. 293-299.

monodimensionalità della consueta esperienza scientifico-empirica, ma anche oltre la semplice riduzione dell'esistenza negli schemi di una teoreticità integrale, secondo un'interpretazione piuttosto diffusa della fenomenologia, essere e dovere si troverebbero ad operare una mediazione eidetica all'interno di un nuovo dualismo fondamentale, che Kelsen può aver riconosciuto, pur senza includerlo nella sua enumerazione: quello tra i significati autenticamente normativi che – “irrazionalmente” – si impongono all'esperienza *dall'alto*, e la datità causale che – altrettanto “irrazionalmente” – le si impone *dal basso*²⁶. E solo in questi termini si potrebbe probabilmente comprendere l'insistente richiamo kelseniano da una parte alla relatività delle concezioni del mondo, che un cultore del dubbio non può risolvere postulando l'esistenza di un apriori materiale, come fa invece Scheler; e dall'altra a un'idea fondamentale che, ancora una volta kantianamente, rappresenta il punto fermo, asintoticamente avvicicabile, di un'inesausta ricerca²⁷.

²⁶ In quest'ottica unificante, dunque, solo come giurista, e non come filosofo, Kelsen potrebbe continuare a sostenere che «l'azione corrispondente alla norma è [...] non l'azione 'dovuta', ma soltanto un'azione che contenutisticamente concorda con quella dovuta» (*Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*, cit., p. 83). Allo stesso modo, potrebbe rappresentare una reminiscenza fenomenologica, o meglio un tentativo di reinterpretare il suo bagaglio husserliano, la seguente frase, che Kelsen scrive nel 1916, purtroppo senza argomentarla ulteriormente: «Valore e realtà sono [...] solo differenti forme di rappresentazione di uno stesso e unico sostrato. Sfortunatamente, per questo sostrato, che una volta rappresento come contenuto dell'essere, quindi come realtà, l'altra volta come contenuto di un dovere, quindi come valore, il linguaggio non ha nessuna specifica denominazione e la filosofia non ha ancora costruito un concetto stabile. L'uso linguistico comune e però sviante identifica la realtà, quindi una *forma* di rappresentazione, col suo *contenuto*, quando fa apparire la realtà come sostrato del valore, cioè di un'altra forma di rappresentazione che *esclude* quella della realtà» (*La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, cit., p. 127).

²⁷ Sui rapporti della scienza giuridica con la fenomenologia rimane sempre di grande attualità l'ampia panoramica del giovane Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Istituto Giuridico della R. Università,

Una simile concezione potrebbe naturalmente evolvere verso la posizione, inferibile dalla pagina kantiana, in ragione della quale diritto e morale si comportano come due linee rette, che seguono percorsi autonomi, ma sono destinate a incontrarsi all'infinito; mentre, da un'altra prospettiva, essa sarebbe persino in grado di chiudere lo iato kantiano tra forma e materia, anche senza particolari artifici speculativi che chiamino in causa le idee della ragione oppure l'esistenza di Dio. Ciò non significa, tuttavia, che una conclusione metafisico-religiosa non sia uno degli esiti più diretti di queste riflessioni, e non è un caso che molti degli aderenti alla fenomenologia – Scheler, Edith Stein, Gerda Walther, ma anche lo stesso Husserl – abbiano cercato, e spesso trovato, un approdo nelle religioni rivelate e istituzionalizzate²⁸. Il relativista Kelsen, forse spaventato da questi esiti, e più probabilmente non del tutto convinto, in generale, dalle soluzioni filosofiche offertegli dalla fenomenologia, sembra ben presto essersi voluto tirare indietro, rivolgendosi a un campo più ristretto e più sicuro, qual è quello della semplice teoria giuridica²⁹. Se l'interesse religioso non si è in lui mai del tutto sopito, si è però

Torino 1934 (recentemente ripubblicato nella collana *Bobbiana*, a cura di P. Di Lucia, Giappichelli, Torino 2018). Bobbio, non ancora kelseniano, e anzi decisamente critico nei confronti del formalismo del giurista austriaco, si colloca, tuttavia, sul versante di una lettura della fenomenologia come “teoreticità intergrale”, in esplicita connessione con le coeve riflessioni di Antonio Banfi.

²⁸ Su questo si veda, ad esempio, V. Melchiorre, *Fenomenologia e teologia*, in A. Cimino, V. Costa, *Storia della fenomenologia*, Carocci, Roma 2012, pp. 417-432. Interessante è anche ricordare come, in una lettera a Ernst Cassirer del 3 aprile 1925, Husserl abbia affermato che quella dei postulati della ragion pratica «è forse la più grande delle scoperte kantiane» (passo citato in I. Kern, *Husserl und Kant. Eine Untersuchung über Husserls Verhältnis zu Kant und zum Neukantianismus*, Martinus Nijhoff, Den Haag 1964, p. 302).

²⁹ Come nota Giuliana Stella, «si ha [...] l'impressione che [la dottrina giuridica pura di Kelsen], una volta approdata a una coerenza dogmatica ritenuta soddisfacente, abbia finito per disfarsi, forse troppo presto, ritenendo di non averne più bisogno, delle proprie ascendenze speculative» (*L'interpretazione giudiziale e il suo oggetto tra Hans Kelsen e Fritz Schreier*, cit., p. 149). Tra i problemi della fenomenologia può

trasformato, più tacitamente, in un inquieto *ignorabimus* rispetto al mistero dell'esistenza, che preludeva al massimo a una sorta di "nostalgia del totalmente-Altro" di sapore horkheimeriano³⁰.

A tal proposito, in sede di conclusione, sarebbe forse interessante riandare alle obiezioni che Kelsen oppone a Radbruch nelle pagine che nel 1916 dedica ai suoi *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Come abbiamo più volte notato, lo scritto fa da preludio alla successiva produzione kelseniana, nella misura in cui, accanto alla *comprensione* delle norme, pone ora esplicitamente l'accento sulla loro *conoscenza* da parte della scienza giuridica. Radbruch viene qui criticato, come era avvenuto per i suoi "ispiratori" Rickert e Lask, in ragione del suo tentativo di trovare un punto di incontro tra considerazione causale e considerazione normativa, benché, in questo caso specifico, in una sorta di enigmatico "terzo" regno. Il "nuovo" Kelsen ribadisce che

ogni tanto si cerca di fare, del rapporto tra intellettualità ed attualità, un criterio di differenziazione all'interno delle scienze; ma sempre invano, perché la scienza è sempre e solo intellettualità³¹.

E le ultime parole dello scritto sono, tra l'altro, dedicate a ricordare come la preconditione per accettare la visione che in esso viene espres-

essere, tra gli altri, ricordato quello, messo in evidenza da Bobbio (*L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, ed. 2018, cit., pp. 78-88) sulla scorta di Adolf Reinach, della discrepanza tra l'essenza del diritto e le sue realizzazioni pratiche, che possono patentemente divergere da essa. Da notare è anche come Reinach utilizzi il termine *Sein* per riferirsi al carattere di necessità dell'essenza, e il termine *Sollen*, invece, per caratterizzare la contingenza della realtà.

³⁰ Su questo si veda, ad esempio, H. Kelsen, *Politics, ethics, religion and law*, in G.A. Ritter, G. Ziebur, *Faktoren der politischen Entscheidung. Festgabe für Ernst Fraenkel zum 65. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin 1963, pp. 3-10. Più in generale, sulla ricorrenza e sui significati del tema religioso nell'opera kelseniana si veda F. Riccobono, *Kelsen e la religione*, in «Rivista di Filosofia del Diritto», n. speciale, 2013, pp. 395-410.

³¹ Kelsen, *La giurisprudenza come scienza normativa o culturale*, cit., p. 104.

sa sia «riconoscere il carattere puramente formale del dovere e la relatività del valore giuridico positivo»³².

Nelle pagine radbruchiane cui Kelsen si rivolge c'è, tuttavia, qualcosa in più. Radbruch parla cioè di un «concetto di diritto che 'per grazia di Dio' ha imposto [ai fenomeni giuridici] il proprio potere»³³; ma parla soprattutto di un atteggiamento religioso che trasfigura in unità ristoratrice i contrasti tra l'essere e il dovere, dai quali originano i fenomeni dell'errore, del brutto e del peccato. In una pagina di esasperato lirismo, egli aggiunge poi che

il sentimento religioso fondamentale è che ai figli di Dio tutto deve servire per il bene; ovvero [...]: religione [...] non è l'ottusa indifferenza al contrasto tra valore e realtà, bensì la nobile calma nella quale può cercare guarigione il sentimento anche più doloroso di questo contrasto [...]; [...] è il ridente positivismo che non ostante tutto [...] dice il suo "così sia" su tutte le cose del mondo.

Essa, infine, «è la seconda innocenza, non quella della indifferenza ai valori, che precede la separazione di valore e disvalore, ma quella che segue e la supera»³⁴. Su tutta questa complessa congerie di riflessioni è interessante notare come Kelsen non dica assolutamente nulla; e tuttavia, alla luce di quanto siamo venuti delineando in queste brevi notazioni finali, sarebbe stato forse ben più interessante, e chiarificatore, se egli ci avesse offerto una chiave di lettura, possibilmente retrospettiva.

³² Ivi, p. 152.

³³ Radbruch, *Il concetto di diritto*, in *Metodologia della scienza giuridica*, cit., p. 92.

³⁴ Ivi, p. 94.