

# DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2024

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

Il presente fascicolo è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Bergamo.

© Copyright 2025

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](mailto:press@unipi.it) · PEC [cidic@pec.unipi.it](mailto:cidic@pec.unipi.it)

[www.pisauniversitypress.it](http://www.pisauniversitypress.it)

ISSN 2704-7334

ISBN 979-12-5608-202-5

layout grafico: [360grafica.it](http://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

## Il diritto di resistenza

### *Introduzione*

Corrado Del Bò .....9

### *“Ius” e tirannicidio: alcune declinazioni storiche (e storiografiche)*

Aldo Andrea Cassi .....13

### *Difesa, appello, giudizio. Brevi note sul diritto di resistenza a partire da John Locke*

Ilario Belloni .....39

### *Significato e limiti del diritto di resistenza in alcuni percorsi della filosofia del diritto italiana del Novecento*

Maria Zanichelli .....57

### *La filosofia come forma di resistenza. Sul pensiero di Françoise Proust*

Michele Saporiti .....85

### *Radici e futuro del diritto di resistenza nella Costituzione italiana*

Barbara Pezzini e Filippo Pizzolato .....113

### *“A cosa” disobbedire? La disobbedienza civile tra provocazione comunicativa e azioni dirette*

Federico Zuolo .....163

## Saggi

### *Locke e l’acquisto della proprietà a titolo originario*

Tommaso Gazzolo .....191

### *Di pioggia e di luna. La teoria del governo in Shiramine di Ueda Akinari*

Federico Lorenzo Ramaoli .....227

**Note**

*Hans Kelsen a cinquant'anni dalla morte*  
Giorgio Ridolfi.....255

**NOTE**



# HANS KELSEN A CINQUANT'ANNI DALLA MORTE

Giorgio Ridolfi

1. L'editore Rubbettino, che da alcuni anni ha dato avvio alla traduzione delle *Opere* di Hans Kelsen, ha recentemente anche pubblicato, come primo volume della sua nuova collana «*Studi kelseniani. Testi e saggi sulla cultura giuridica e politica della Mitteleuropa*», gli atti di un convegno sul pensiero del giurista e filosofo austriaco, tenutosi in occasione della ricorrenza dei cinquant'anni dalla sua morte. Il convegno, intitolato, come pure i suoi atti, "Teoria pura del diritto e democrazia", è stato organizzato sotto gli auspici dell'Istituto di Studi Politici S. Pio V di Roma e si è svolto nella Capitale nei giorni 18 e 19 maggio 2023 presso l'Istituto Luigi Sturzo. Esso ha visto la partecipazione di illustri studiosi italiani e stranieri, che si sono occupati, ciascuno relativamente al proprio ambito di attività e di competenza, dei numerosi versanti d'indagine rinvenibili nell'opera di Kelsen, oltre che delle numerose questioni che il suo pensiero ha suscitato e continua a suscitare. Ne è scaturito, come era naturale, un composito e riuscito affresco che si muove nell'ambito tanto di tematiche prettamente giuridiche quanto di tematiche di maggior taglio giusfilosofico.

Si è certamente realizzato, in questo modo, l'augurio dell'organizzatore del convegno e curatore degli atti Agostino Carrino di «dare un contributo di rilievo agli studi giuridici, politici, filosofici e sociologici in Italia nella prospettiva di un rinnovamento culturale»; a maggior ragione se si considera che il lungo periodo storico che descrive la vita – le numerose vite – di Kelsen «è ancora occasione di riflessione per la

comprensione delle sorti della moderna civiltà europea e occidentale nella sua crisi attuale» (p. 5). È, infatti, incontestabile che il nostro Paese vive una crisi istituzionale ormai trentennale, cui fa da sfondo una più generale crisi del diritto, e cioè il graduale processo di decodificazione prodotto da quel fenomeno complesso che è stata ed è la cosiddetta globalizzazione. Per quanto in qualche modo controintuitivo, sarebbe, dunque, opportuno smettere di considerare Kelsen e il positivismo giuridico come le perfette e inevitabili vittime sacrificali di questa temperie storica e culturale, poiché ciò implicherebbe al contempo negare *a priori* «la costante necessità di una giurisprudenza come scienza» (p. 16). D'altronde, come si può fare a meno, proprio oggi, di un positivismo critico come quello kelseniano, aperto alla filosofia e ai problemi della democrazia e, più in generale, partecipe di quella «dissoluzione dell'io borghese» (p. 18), tipica della Vienna degli anni '20, che di ogni crisi è stata laboratorio privilegiato? Bisogna certamente andare oltre Kelsen, ma lo si deve fare sempre insieme a Kelsen, cioè con un'opportuna contestualizzazione della sua opera, che sappia riscattare la nostra epoca dalla «mancanza di una capacità di critica fondata nell'analisi e sulla riflessione non prevenuta». E questo anche per evitare di dover assistere a una messa da parte delle persone e dei loro reali bisogni, preludio della definitiva vittoria di una «superficialità della pura immagine senza sostanza, che anzi pretende di sostituirsi alla materia dura delle cose» (p. 17).

In questo contesto si inseriscono anche le puntuali note conclusive di Francesco Riccobono, che partono dalla ricostruzione dei lavori dei due precedenti grandi convegni organizzati in Italia in occasione di importanti ricorrenze kelseniane: quello per i cent'anni dalla nascita, tenutosi a Roma dal 29 al 31 di ottobre del 1981, e quello per il ventennale della morte, tenutosi a Napoli il 3 e 4 dicembre del 1993. La differenza tra i due convegni sta nel fatto che, all'interesse del primo, marcatamente orientato alle questioni di teoria del diritto e di filosofia politica e giuridica, il secondo, sulla scorta di esplicite sollecitazioni da parte del suo organizzatore – anche in quel caso Agostino Carrino –, opponeva il tema dell'importanza che la riflessione kelseniana ha avuto per le varie

branche del diritto positivo. Il convegno del 2023, secondo Riccobono, ha finalmente saputo mettere insieme i due ambiti di indagine, senza alcuna forzatura, ma anzi collocandoli in precisi canali temporali e argomentativi. D'altra parte, nei trent'anni trascorsi dall'ultimo convegno, tre importanti novità si sono presentate negli studi kelseniani: l'emergere di uno strutturato interesse per la periodizzazione delle opere e degli influssi teorici ricevuti dal giurista austriaco, per il quale basta ricordare l'aspra polemica tra Carsten Heidemann e Stanley L. Paulson; l'inizio dell'edizione critica dei *Werke* kelseniani, cui la traduzione italiana si ricollega; e il ritorno di un interesse storico-biografico per la figura di Kelsen, che ha il suo principale rappresentante in Thomas Olechowski.

Kelsen, conclude Riccobono, si rivela ancora una volta pensatore fecondo per l'attualità, nonostante lo iato temporale che sempre più ci distanzia dalla sua opera e che ci costringe ad accordare «un peso specifico maggiore per ogni singolo anno, data la straordinaria accelerazione impressa dallo sviluppo tecnologico ai ritmi della vita sociale» (p. 289). Certo, due fattori fondamentali sembrano spingere nel senso di un'irredimibile inattualità: «il passaggio del sistema delle fonti da una struttura gerarchica a una configurazione a rete e, soprattutto, il superamento della separazione tra diritto e morale grazie all'inserimento del complesso dei diritti umani all'interno dell'edificio del diritto positivo» (p. 288). E tuttavia, solo una lettura parziale dei testi di Kelsen può portare a rimproverargli di non aver previsto «produzioni di norme valide riconducibili a forme decentrate (e plurali) di ordinamenti giuridici» (p. 289); e questo, a maggior ragione, se si considera che è un ordinamento decentrato, come quello internazionale, il punto di arrivo dell'evoluzione giuridica da lui descritta. Per quanto poi riguarda la questione dei diritti umani, è indubitabile che Kelsen, a partire dalla sua radicale professione di relativismo, ne contesti l'assolutezza; ma questo non può autorizzare a trascurare il fatto che, «se uno dei fini principali della dottrina dei diritti umani è [...] il contenimento delle politiche interne e esterne di potenza dei singoli Stati sovrani, [si può] tranquillamente affermare che non vi sia giurista, nel Novecento, che abbia contestato queste politiche in maniera più radicale di Kelsen, mostrando le aporie

irriducibili in cui finisce irrimediabilmente per incappare il concetto di sovranità» (p. 289).

2. In consonanza con la prima delle sollecitazioni di Riccobono, si può leggere quanto scrive Matthias Jestaedt, curatore tra l'altro dell'edizione tedesca dei *Werke* kelseniani. Il primo dei rilievi che il professore di Friburgo solleva è, infatti, quello riguardante la consueta descrizione della struttura a gradi dell'ordinamento nei termini visivi di una "piramide normativa". Tale descrizione, propria di quelli che l'autore individua come "laici" del kelsenismo, rappresenta di quest'ultimo una caricatura piuttosto grottesca e soprattutto semplicistica, perché fa «apparire poche caratteristiche come il tutto, mentre la maggior parte degli elementi costruttivi del teorema della struttura a gradi viene resa invisibile» (p. 82). Viene cioè messa da parte, in primo luogo, la strutturale dinamicità insita in tale dottrina, che sollecita una determinata partecipazione produttiva anche nei registri inferiori dell'ordinamento, visto che non tutta la vita del diritto può essere risolta nella verticalità impressa dal principio della *lex superior*. La stessa verticalità viene poi interpretata come necessaria prevalenza dell'astratto sul concreto; cosa che renderebbe, ad esempio, impossibile alla dottrina kelseniana comprendere ordinamenti come quello tedesco attuale, che, al di là del grado di astrattezza, riconosce sempre la prevalenza del diritto federale su quello regionale. Ma, in linea generale, nella dottrina della struttura a gradi sarebbe così impossibile inquadrare quei metodi di risoluzione dei conflitti più "intelligenti", in quanto non automatici, tipici delle moderne esperienze giuridiche.

Tuttavia, secondo Jestaedt, il significato autenticamente kelseniano della struttura a gradi dell'ordinamento non è stato colto neanche dagli esperti. Essi, in primo luogo, hanno dovuto sempre ricordare e considerare il fatto che "inventore" del lemma non è stato Kelsen, ma il suo allievo Adolf Julius Merkl, che gli ha dato una particolare curvatura ermeneutica. In secondo luogo, essi hanno dovuto fare i conti con il sostanziale disinteresse di Kelsen per una questione che, invece, li appassionava e rispetto alla quale, di conseguenza, hanno prodotto un sostan-

ziale ampliamento concettuale, soprattutto nell'ottica della distinzione tra costituzione a gradi "secondo la forza derogatoria" e "secondo la condizionalità giuridica". Quello che gli esperti non hanno compreso, a giudizio di Jestaedt, è soprattutto che in realtà Kelsen parla di struttura a gradi «in un altro senso, meno tecnico-costruttivo, in definitiva più complesso» (p. 87), in quanto assommante in sé «una varietà di temi apparentemente eterogenei: [...] della Costituzione (del suo ruolo) e del rapporto tra legge e regolamento, dell'interazione tra norme giuridiche generali e norme giuridiche individuali, della distinzione e della messa in relazione tra produzione del diritto e applicazione», ecc., fino alla «disingiunzione tra annullamento e annullabilità» (p. 89). E, dunque, con gli strumenti del "grado" e della "gradualità" Kelsen ha voluto analizzare contestualmente cose molto diverse: le varie fonti del diritto; le funzioni produttive del diritto; il discendere da norme astratte generali a norme sempre più particolari; il rapporto tra l'ordinamento singolo e quello internazionale. Non ci si trova, a questo punto, di fronte a una struttura «chiara e semplice, uniforme e completa di forme della proposizione giuridica», bensì a «una denotazione cumulativa che combina tra loro [...] aspetti diversi» (p. 90): un'euristica, che non pretende assolutezza e che, anzi, sollecita accanto a sé altri principi di spiegazione capaci di cogliere fenomeni giuridici per essa ostici. Ciò che, comunque, Kelsen dimostra di voler evitare a tutti i costi è un'ipostatizzazione ontologizzante, che rischierebbe di dare alla struttura a gradi una vita autonoma accanto al diritto positivo, anziché essere di ausilio nella descrizione complessiva dell'unica vita del diritto.

Come rafforzamento di queste analisi, può essere citato, a ben vedere, il primo intervento del convegno, pronunciato da Clemens Jabloner, attuale Direttore (insieme a Thomas Olechowski) dello Hans Kelsen-Institut di Vienna ed ex Presidente del *Verwaltungsgerichtshof* austriaco. Egli si è impegnato a mettere in luce quanto della dottrina pura del diritto, e dunque della struttura a gradi dell'ordinamento, sia presente nella Costituzione austriaca del 1920, dando particolare rilievo, in questo senso, al fatto che essa è in molte parti frutto dei dibattiti sviluppatasi nella Scuola kelseniana a fronte dei problemi e delle contraddizioni già

proprie del diritto di epoca imperiale. Tali dibattiti, animati, oltre che da Kelsen, soprattutto da Merkl, Weyr e Verdroß, vengono ricostruiti minuziosamente, senza fare sconti rispetto alle complesse tecnicità giuridiche che li caratterizzavano. Ne consegue, in linea generale, anche da parte di Jabloner una reazione alle interpretazioni caricaturali dall'esperienza kelseniana, e con ciò la rivendicazione di una teoria che «non sta e non stava nella torre d'avorio accademica» (p. 36).

Che Kelsen non stesse al di fuori della storia e della politica, lo dimostrano, d'altra parte, i suoi noti rapporti personali e intellettuali con la socialdemocrazia, nonché le sue numerose prese di posizione nei confronti del marxismo e della concezione materialistica della storia, secondo quanto viene ampiamente descritto nell'intervento di Thomas Olechowski, pronunciato in collaborazione con Miriam Gassner. Ovviamente, anche in quanto "architetto" della Costituzione austriaca, Kelsen ha dovuto far fronte a una serie di contrastanti posizionamenti politici. Ewald Wiederin, che si concentra sulla questione dell'innovativa introduzione del controllo di costituzionalità, descrive, dunque, i vari progetti elaborati da Kelsen per strutturare la Corte Costituzionale, nonché il processo politico che ha portato alla sua disciplina definitiva. In secondo luogo, egli analizza l'attività di Kelsen quale giudice costituzionale, notando che, se certamente non si è mai fatto influenzare da pregiudizi di tipo politico, si è comunque sempre caratterizzato come strenuo difensore del compito (politico) che spetta alla Corte nella formazione del diritto. Da ultimo, Wiederin ricorda i testi scientifici in cui Kelsen ha difeso la propria creatura giuridica, anche durante la grave crisi creatasi intorno alla questione dei matrimoni civili, che porterà alla riforma della Corte stessa e alla cessazione dall'incarico di tutti i suoi membri, Kelsen compreso. A fronte di tutto ciò, e a conferma della posizione enunciata da Jabloner, l'autore si sente, dunque, di poter concludere che «la teoria del diritto di Kelsen rispecchia le peculiarità della Costituzione federale austriaca e rispecchia anche la sua attività di giudice costituzionale oltre alla sua evoluzione come dogmatico del diritto. Senza la creazione della giustizia costituzionale austriaca, la dottrina pura del diritto avrebbe preso un'altra strada» (pp. 125-126).

3. Per ciò che riguarda gli interventi che si muovono più esplicitamente sul versante della teoria giuridica e della filosofia del diritto, il primo in ordine temporale è stato quello pronunciato dal presidente emerito della Corte Costituzionale Antonio Baldassarre. Questi ha voluto sottolineare la “mollezza” della ricezione di Kelsen in Italia da parte del *mainstream* giuridico novecentesco, che, ispirato dalla lezione dei due grandi maestri Norberto Bobbio e Vezio Crisafulli, non ha potuto far altro che interpretare il kelsenismo come figlio e perfezionatore del positivismo ottocentesco e, dunque, come legittimo erede dello statualismo di Paul Laband. Causa di tali fraintendimenti, sembra sostenere Baldassarre, è forse stata la pigrienza intellettuale degli italiani, che non hanno saputo compiere rivoluzioni concettuali come quelle avvenute in Germania in epoca weimariana, e che, anche a fronte di eventi altrettanto tragici, non hanno ritenuto opportuno un cambiamento di paradigma che andasse oltre la semplice sostituzione dello Stato-persona con lo Stato-comunità e della sovranità della legge con la sovranità della Costituzione. Una valutazione adeguata delle posizioni kelseniane è invece possibile solo se si comprendono i termini logico-trascendentali del suo rinnovamento del positivismo; e questo può essere fatto, a giudizio di Baldassarre, solo analizzato il debito concettuale, ma anche terminologico, di Kelsen nei confronti del neokantismo di Hermann Cohen. La scuola giuridica italiana, però, è forse ancora troppo attaccata al volontarismo di Savigny per poter recepire l'autonomizzazione descritta da Kelsen, anch'essa di marca sostanzialmente coheniana, dell'istanza normativa dall'atto fisico e storico della sua creazione.

Una riflessione sulla ricezione italiana dell'opera di Kelsen è stata presentata anche da Mario G. Losano, che si è concentrato proprio sulle letture, non sempre concordi, operate da Bobbio e da un'ipotetica Scuola di Torino di filosofia del diritto – ipotetica perché composta da autori che professavano dottrine anche molto diverse tra loro, pur condividendo «un orientamento morale e politico che [ha] determina[to] lo stile di vita e di studio, un intersecarsi di temi che si rimandano dall'uno all'altro studioso e che anche si tramandano da una generazione all'altra» (p. 240).

Del Kelsen neokantiano, invece, si è occupato lo studioso brasiliano Rodrigo Garcia Cadore, il cui testo è stato incluso negli atti romani, pur essendo stato presentato nell'ambito del successivo convegno "Kelsen e i suoi critici", tenutosi a Padova il 22 novembre 2023. Cadore si occupa di ricostruire la dura polemica – la "rivoluzione nel palazzo", come ebbe a dire ironicamente Eric Voegelin – che ha opposto Kelsen al suo allievo Fritz Sander, mostrando con grande puntualità come i due pensatori, al di là delle loro divisioni personali, fossero ineluttabilmente destinati a non più intendersi soprattutto dal punto di vista teorico. Nel momento, infatti, in cui Kelsen cercava in Cohen "opportunistamente" una legittimazione logica della sua giustapposizione di scienza naturale, come dominio dell'essere, e di scienza giuridica, come dominio del dover-essere, la teoria dell'esperienza giuridica pura di Sander criticava Cohen per non essere stato ancora più radicale, immaginando una scienza giuridica come logica autonoma del diritto nel suo sviluppo storico. Purtroppo, nota Cadore, l'oblio che per molto tempo ha circondato la figura di Sander, anche in ragione della sua morte prematura, ha fatto sì che sia rimasta indecisa la parte sostanziale della sua controversia con Kelsen: «come dovrebbe essere una vera e coerente dottrina pura del diritto, che sia consapevole delle leggi intrinseche del diritto [...] e renda loro giustizia?» (p. 275). Certo è che Kelsen, pur non ammettendolo esplicitamente, sembra non aver mai dimenticato le critiche del suo allievo. Non si spiegherebbe altrimenti, nell'ultima sua fase intellettuale, il recupero di una teoria dinamica della giuridicità intrinseca dell'ordinamento, che assimila in un certo senso il procedimento giuridico a un processo cognitivo.

Ancora sul problema del neokantismo si incentra il prezioso contributo di Giuliana Stella, in cui, con precisi rimandi testuali, il formalismo di Kelsen è fatto risalire, pur senza negare alcune differenze di fondo, a una radice jellinekiana. Il significato più profondo e autentico della dottrina pura del diritto mostra, infatti, come non ci sia «soluzione di continuità tra gli spunti teorici che Kelsen utilizza traendoli da Jellinek, da Husserl, da Cassirer, da Cohen, al fine di trasformare una concezione sostanzialistica degli ordinamenti statuali [...] in quella funzionalistica

che a pieno titolo, nel bene e nel male, propriamente gli appartiene, e che, tuttavia, troviamo anticipata già in Jellinek» (pp. 71-72). Di conseguenza, non può che rimandare a Jellinek anche «il trascendentale della dottrina pura kelseniana» (p. 73), cioè l'equiparazione tra Stato e diritto; sebbene Jellinek non si richiami a una dottrina evocativa come quella dell'economia di pensiero di Mach, che conduce, invece, Kelsen a individuare lo Stato come idea unificatrice del diritto in parallelo con Dio, inteso come idea unificatrice della natura. Infine, andrebbe anche compreso bene, secondo Stella, il noto richiamo di Jellinek alla forza normativa del fattuale – non del fatto! –, che sembra esulare dal discorso sociologico che vi legge Kelsen, per manifestarsi invece come tendenza psicologica, quindi interna e formale, a considerare ciò che storicamente si produce come vigente e, dunque, normativo. Non diversamente, d'altronde, Kelsen pensa il problema dell'efficacia, nel suo necessario distinguersi dalla validità.

In conclusione del suo saggio, Stella richiama quella che è, invece, la grande distanza tra Jellinek e Kelsen, dovuta al fatto che per il primo il fattuale si mostra gierkianamente nei termini comunitaristici dell'uguaglianza, laddove il discorso di Kelsen vuole esplicitamente incentrarsi sulla libertà individuale. Antonino Scalone descrive, anzi, esplicitamente Kelsen come «un individualista non privo di propensioni anarchiche, ovvero animato da una strutturale diffidenza nei confronti di ogni autorità politica» (p. 145). Di ciò si può rinvenire traccia già nel suo primo saggio del 1907 sul tema delle liste elettorali, in cui Kelsen prende consapevolmente una posizione radicale: la pretesa legittima che un cittadino può avanzare rispetto a un organo rappresentativo non è che tale organo faccia l'interesse dello Stato, bensì che, a determinate condizioni di successo elettorale, faccia l'interesse suo e del suo gruppo (del suo partito). Ciò significa, secondo Scalone, che non si può neanche rimanere, almeno senza problematizzarla, alla classica distinzione tra un Kelsen politico anarchico e un Kelsen giuridicamente statualista. Non si può, infatti, trascurare l'atteggiamento “decostruzionista”, affine a quello del suo illustre concittadino e contemporaneo Sigmund Freud, che sta alla base del suo rifiuto di ogni ideologia che pretenda di iposta-

tizzare il popolo, e poi anche lo Stato, come struttura in sé compiuta e autonoma.

Emerge qui, come dalle dure, e secondo Scalone un po' caricaturali, critiche alla concezione marxista dello Stato, anche un altro dato non mascherabile, e cioè che le analisi della dottrina pura del diritto «si configurano *ab origine* come operazioni politicamente *non* neutrali, almeno nel senso che prendono partito contro un determinato tipo di politicizzazione del diritto» (p. 151). Se le analisi di Kelsen non sono di per sé una promozione della democrazia, egli stesso è costretto a riconoscere che la critica all'ideologia che esse suscitano non può che renderle apprezzabili per studiosi di tendenza democratica o, quantomeno, liberal-democratica. Paradossalmente, è vero, questa è una democrazia che trova il suo nume tutelare nello Zarathustra di Nietzsche, che descrive lo Stato come un mostro dalla cui bocca esce questa menzogna: "Io, lo Stato, sono il popolo"; e Kelsen, di conseguenza, si iscrive a una sorta di "anarchismo realistico", che non nega lo Stato, bensì, come l'Unico di Max Stirner, solo «la sua pretesa di valere come qualcosa di diverso e superiore rispetto al semplice ordinamento giuridico» (p. 156). Detto ciò, non si può neanche negare come queste dottrine siano esplicitamente pensate nell'ottica di una riforma dello Stato, che sappia divenire consapevole di quanto molte ideologie democratiche contribuiscano alla compressione di quegli spazi di libertà degli individui, che invece asseriscono di voler tutelare; e non si può non vedere, aggiunge dunque Scalone, come esse sollecitino una riflessione sui limiti di quell'«adesione acritica nei confronti della democrazia parlamentare che così spesso si manifesta nel dibattito corrente» (p. 160).

Tuttavia, come mette in evidenza l'intervento di Giuseppe Acocella riguardante la critica rivolta a Kelsen da Giuseppe Capograssi, il soggetto kelseniano, anche volendo ammettere che esso non si perda nel vuoto formalismo della dottrina pura del diritto, è individuo psicologicamente orientato, ma non persona concreta, vale a dire individuo giuridicamente e moralmente attivo. Questo si vede bene nel riassorbimento concettuale operato dal giurista austriaco del diritto soggettivo nel diritto oggettivo, operazione che riduce l'individuo a soggetto dell'imputazione

e dell'obbligazione, senza coglierlo nello spessore dell'azione con cui risponde e volontariamente si sottomette ai comandi morali e giuridici. Qui sta, secondo Capograssi, il fallimento del positivismo kelseniano, cui va opposto un diritto naturale inteso non come imposizione di forme precostituite, bensì come libero riconoscimento da parte di un individuo che, in questo modo, acquisisce anche un'intima dimensione sociale. Non è un caso, sottolinea opportunamente Acocella, che la disputa tra i due pensatori si accenda anche sulla valutazione del concetto jheringhiano di scopo, interpretato da Kelsen come indebito inquinamento del rigore normativo e da Capograssi, invece, come chiave di volta di una riscoperta del posto che hanno la vita e la storia nell'esperienza giuridica.

4. Alcuni interventi durante il convegno romano si sono, infine, occupati del versante sociologico del pensiero kelseniano. Con un'ampia ricostruzione teorica, che mette in luce le affinità e i contrasti di Kelsen con la sociologia a lui contemporanea, oltre che con alcuni momenti di quella più recente, Paolo De Nardis ha cercato di individuare i motivi per cui i contenuti empirici hanno finito per imporsi, al di là degli ostacoli metodologici, anche nell'orizzonte della dottrina pura del diritto. Il momento culminante di questa emersione, per come viene approfonditamente descritto anche nel saggio di Carlo Nitsch, può essere ritrovato in una discussione avvenuta nel 1935 a Parigi nell'ambito dell'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique, in cui Kelsen presentò un intervento sul rapporto tra il diritto e la credenza nell'anima, nel quale si concentrava sulle concezioni della giustizia dei popoli primitivi. Alla fine di questo intervento Georges Gurvitch si disse provocatoriamente rallegrato del fatto che Kelsen avesse finalmente messo da parte la sua opposizione nei confronti della dottrina jellinekiana dei due lati, immaginando ora che del diritto si potesse parlare non solo in senso normativo, ma anche sociologico; al che Kelsen rispose infastidito che non ci si poteva riferire alla sua precedente dottrina per impedirgli di trattare determinati argomenti e che, comunque, se utilizzando un altro metodo egli non aveva dovuto mutare i suoi risultati, ciò

rappresentava piuttosto una prova della validità delle sue precedenti ricerche. Come ricostruisce Nitsch con precisi rimandi testuali, Gurvitch toccava comunque un punto importante, sebbene non invalidante per la posizione kelseniana e che, anzi, gli consentiva di fare chiarezza su di essa. Per Kelsen, infatti, la conoscenza sociologico-giuridica è, a tutti gli effetti, una conoscenza di secondo piano rispetto a quella giuridico-normativa, cioè mantiene, «nei confronti della sua sorella maggiore, una condizione, per così dire, parassitaria» (p. 223), in quanto, per poter anche solo pensare di affrontare l'oggetto diritto, la sociologia deve riconoscerlo nei suoi concetti fondanti, che sono esclusivamente quelli della scienza giuridica normativa. Non essere arrivato a questa consapevolezza, pur partendo da presupposti corretti è, d'altra parte, ciò che Kelsen aveva rimproverato anche a Max Weber.

Come sottolinea criticamente De Nardis, anche qui Kelsen «sarebbe come non voler dare compimento proprio al presupposto dell'Estetica trascendentale [...] per rimanere così ancorato alle forme logiche pure dell'Analitica trascendentale con il rischio effettivo di bloccarsi al mero concetto vuoto di oggetto empirico» (p. 143). Ad ogni modo, sottolinea Nitsch in conclusione del suo saggio, la risposta che il Kelsen infastidito non aveva voluto dare a Gurvitch a Parigi può essere gradualmente desunta da testi successivi, in cui risulta anche evidente che ciò che il giurista austriaco ha perseguito con i suoi discorsi sull'anima e il diritto, più che una sociologia del diritto, è una sociologia dell'idea di giustizia. E, dunque, si può sostenere che già a Parigi Kelsen non aveva presentato «una confusa rapsodia di pensieri, ma piuttosto [un] progetto, decisamente ambizioso, di una conoscenza integrata dei problemi che ruotano intorno alla complessa realtà del diritto» (pp. 232-233).

Sulla stessa linea problematica, Paolo Di Lucia tenta una lettura delle posizioni di Kelsen nell'ottica della dottrina nota come ontologia sociale, che, nella formulazione del suo iniziatore Czesław Znamierowski, «ha per compito l'indagine dello statuto ontologico di entità sociali siano esse *esistenti*, siano esse meramente *possibili*» (p. 194). In ambito giuridico è stato Adolf Reinach, a partire dalla sua indagine sulla promessa, a individuare le entità giuridiche come oggetti sì temporali, ma non naturali, che tuttavia si producono e si estinguono mediante spe-

cifici atti sociali. Nell'avvicinarsi a queste analisi, tentando di ampliarle al problema dello Stato, Kelsen ha condiviso certamente con Reinach la critica alle teorie psicologizzanti, le quali, se sono autenticamente psicologiche, non considerano come lo Stato abbia anche risvolti fisici fondamentali, come il popolo e il territorio; mentre, se si appellano a un oscuro trapasso della psicologia nella sociologia, dimenticano che la psiche è e rimane sempre qualcosa di individuale. Al contrario di Reinach, però, Kelsen ha individuato nelle norme l'istanza produttiva delle entità giuridiche, e dunque anche dello Stato, di cui appunto solo le norme possono garantire le caratteristiche fondamentali: oggettività, costanza, idealità e spazialità.

L'imputazione, in quanto nesso specifico prodotto dalla normazione, rischia però di apparire come il cardine dell'emersione non solo dello Stato, ma anche di tutte le altre possibili formazioni sociali. Essa, infatti, è di per sé semplicemente «relativa a un determinato sistema di norme», cioè «è imputazione alla persona *in* e *per* un determinato ordinamento» (p. 203). È così che, nella seconda prefazione ai *Hauptprobleme*, Kelsen si vede costretto a riconoscere di non aver distinto due differenti tipi d'imputazione: quella che nella proposizione giuridica intercorre tra due fattispecie – illecito e sanzione – e quella per cui, «nella proposizione giuridica, una fattispecie viene riferita o rapportata a una persona [...], per es. allo Stato» (p. 206). Se nel secondo significato l'imputazione unifica tutte le possibili molteplicità di individui e di atti individuali, nel primo essa si riferisce a una natura coercitiva, che solo lo Stato può possedere.

Al di là, comunque, di queste essenziali precisazioni, resta il fatto che, nelle descritte analisi kelseniane, sembra già risuonare una distinzione operata da uno dei massimi esponenti dell'ontologia sociale contemporanea, John R. Searle: quella tra regole regolative e regole costitutive, secondo cui «le prime [...] regolano forme di comportamento già esistenti o preesistenti alle regole», mentre «le seconde [...] rendono possibili nuove forme di attività e ascrivono funzioni di *status* a determinati soggetti, oggetti, eventi, stati di cose» (p. 205).

5. In conclusione, si riprenda brevemente la similitudine dell'affresco utilizzata in precedenza. Il libro di cui abbiamo parlato non ci presenta

senza dubbio la complessa unitarietà di una rappresentazione rinascimentale, ma si muove anzi per dialettica giustapposizione di ricostruzioni contrastanti. Non poteva essere altrimenti per una figura, come quella di Hans Kelsen, che, al di là dell'algido formalismo che le sue teorie sembrerebbero voler fondare, è stata in realtà punto di irradiazione di passioni, crisi e polemiche, che neanche i cinque decenni trascorsi dalla sua scomparsa hanno potuto sopire.

Come speriamo sia risultato evidente, il convegno romano ha, dunque, visto l'incontro di studiosi che, pur riconoscendo tutta la natura epocale della dottrina pura del diritto, continuano a interrogarsi e a dividersi sulle principali linee di faglia del pensiero kelseniano. Certamente, dalla lettura degli atti si ha come la sensazione che i contributi più adesivi alle analisi di Kelsen, fermo restando il loro sicuro rigore argomentativo, si vedano il più delle volte forzati ad assumere i caratteri di una difesa, quando non di un'apologia; laddove un maggior agio espositivo sembrano avere gli interventi più critici, volti soprattutto a mettere in luce come il giurista austriaco non sia sempre stato il miglior interprete della propria dottrina e non ne abbia saputo comprendere tutte le conseguenze. Per un pensatore, tuttavia, che ha delineato un così fortunato standard teorico ed è nei fatti divenuto un "classico", un simile destino, nell'ambito di un serio dibattito scientifico, corrisponde probabilmente alla natura delle cose.

Ciò che rimane, ad ogni modo, dopo questa feconda discussione è in primo luogo la consapevolezza di come, tanto nella filosofia del diritto quanto nella teoria giuridica, non sarà mai possibile – fortunatamente – liberarsi dall'ingombrante eredità di Kelsen, e cioè quantomeno dall'enorme messe di problemi che egli ha portato in luce, indipendentemente da quanto ci si riconosca soddisfatti dalle sue soluzioni. Pertanto, i prossimi anniversari kelseniani, ben lungi dal promettere solo perorazioni scolastiche e agiografiche, o al contrario la riproposizione di un'ostilità preconcepita, si annunciano fin da ora come occasioni – non definitive – di tornare su un pensiero che, invece di isterilirsi, continua a trovare sempre nuova linfa; non solo per mezzo di una più aggiornata filologia, ma anche di fronte al sorgere di problemi storicamente inediti.