

**Tommaso Gazzolo**

# **Essere / dover essere**

Saggio su Hans Kelsen

Prefazione di  
Vincenzo Vitiello

**FRANCOANGELI**

**SDP**

Studi di

**Diritto Pubblico**

## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



# STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**  
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

## REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

## COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

*Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.*

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it) e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità

**Tommaso Gazzolo**

# **Essere / dover essere**

Saggio su Hans Kelsen

Prefazione di  
Vincenzo Vitiello

**FRANCOANGELI**

**SDP**

Studi di

**Diritto Pubblico**

Copyright © 2016 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*



Whatever is inside that Purse, is outside it; and whatever is outside it, is inside it.  
So you have all the wealth of the world in that leetle Purse  
L. Carroll, *Sylvie and Bruno Concluded*, 1893



# INDICE

<i>Prefazione</i> , di Vincenzo Vitiello	pag. 9
<i>Premessa</i>	» 13
Citazioni 14; Nota di lettura 15; Kelsen kantiano? 15; Lessico: “metafisica” 16	
<i>1. «Purezza» e domanda fondamentale</i>	» 19
Positivo (i) 19; Epistemologia e “metafisica” 23; Tautologia 26; Fatto – diritto 26; Terminologia: idea 28; Dottrina e teoria 28; Terminologia: metodo 28	
<i>2. Fatto e diritto</i>	» 31
Tautologia (II) 31; Terminologia: Sachverhalte 34; Terminologia: Tatbestand 34; Rechtsnorm/Rechtssatz 37; Proposizione e giudizio 38	
<i>3. Giudizio-del-diritto e giudizio-sul-diritto</i>	» 43
“Applicare” la sanzione 47; Necessità e libertà 49; L’illecito come diritto 52; “È” 52; Atto coattivo 56; Coattività del diritto 57; Non c’è trasgressione/non c’è che trasgressione 58; Il “diritto come norma” 59; Normativo/prescrittivo 59; Rechtsnorm: tempo e temporalità 60; Il “criterio empirico” 61	
<i>4. Il dover-essere come «categoria trascendentale»</i>	» 63
Citazioni kelseniane 63; “Terribile paroletta” 65; Contenuto 68; Forma/contenuto 68; Verbo modale 69; Ancora su libertà/necessità 69; Funzione costruttiva 71; Deduzione e origine 71	
<i>5. “Punto di partenza” e fondamento</i>	» 73
Costruzione/conoscenza 76; Procedimento analitico-regressivo 81; Ipotesi e presupposto 83; Gesetz-Vorausgesetz 83; “Aporia”, legge e bene 85	

## 6. *L'ordinamento giuridico*

pag. 87

Factum rationis 88; Cercare il fondamento 89; “Validità” 92; Interdetto 93; **Ordinamento** 94; Estimità 94; Cerchio, piramide, nastro 95; “Stufenbau” 96; “Cattivo infinito” 97; Marxismo e «contraddizione» 98; “Differenza” 99; Significante/significato 100; “Non c’è metalinguaggio/non c’è che metalinguaggio” 100; “Nichilismo” 101; “Quasi-trascedentale?” 101; Linea e traccia, struttura 102; “Norma deviata” 103; Ordinamento giuridico/Stato 103; Prosopopea/reificazione 104; Condizione 105; Presupposto 105; Positivo (II) 106; Kelsen/Schmitt 107; “Norma mancante” 107; “Vuoto” 108; Spazio inutile ed “eccezione” 108; Nazismo 108; “Norme de-costitutive” 109; Il lettore 109

## 7. *Obbedire al diritto*

» 111

Validità – effettività 112; Dovere “morale” 114; Politica 114; Tautologia – circolarità 115; Kelsen e Kierkegaard 115; Insegnamento di Kelsen 117

## *Bibliografia*

» 119

## *Indice dei nomi*

» 131

# PREFAZIONE

## DELLA DOPPIA COSTITUZIONE DEL DIRITTO, OVVERO: DA KELSEN A KANT

### 1

Va detto subito che questo è un libro di *filosofia del diritto*, rivolto a lettori interessati all'una e all'altro, ed esperti di entrambi i linguaggi. L'Autore, Tommaso Gazzolo, non fa concessioni: sollecitata da mille influssi, non solo filosofici, anche letterari, la sua ermeneutica, costruita a strati, introduce il lettore nei labirinti di un pensiero – quello di Hans Kelsen, tra i maggiori filosofi del diritto e giuristi del secolo XX – con l'intento, dichiarato sin dall'inizio, di giungere non al “testo vero”, ma al “testo plurale: uguale e nuovo”. La ‘fedeltà’ di Gazzolo al suo Autore è totale, la sua interpretazione è un lungo, appassionato commento; ma egli ‘legge’ Kelsen *en philosophe*. E cioè, partendo da una domanda filosofica che, derivata da Kelsen, ed invero non solo da Kelsen, la domanda è ben antica, è totalmente sua per come l'ha variata nel porla – ma non soltanto per questo. È totalmente sua, perché è la domanda che lo inquieta *radicitus*. E da questa inquietudine è sorta la sua propria visione del diritto. La sua propria *filosofia* del diritto. Merce rara oggi in Italia, ove per lo più, in luogo di questa si offre, quando va bene, una teoria generale del diritto, cosa degnissima, beninteso, ma che è tutt'altra cosa. Ci sono ragioni, ovviamente, di questa ‘sostituzione’, che la filosofia non può ignorare, e che anzi vanno spiegate, filosoficamente e non solo ‘storicamente’. Ma di ciò si potrà ragionare solo in conclusione di discorso. Ora dobbiamo dire cosa caratterizza la domanda filosofica di Gazzolo sul diritto. L'attenzione non all'“essere”, e, aggiungo di mio, neppure all'“essenza” del diritto, bensì alla sua “possibilità”. L'essenza dice dell'*essere* dell'ente, di ciò che propriamente lo fa *essere*; per contro il “possibile” parla della modalità; in questo caso del modo non di essere ma di darsi, e non dell'*ente* ma del diritto, che *non-è*. La modalità del diritto, infatti, è il *dover-essere*, il *Sollen*, non il *Sein*. La distinzione – insiste Gazzolo – non ammette compromessi o mediazioni. Parlando del diritto non è possibile dire dell'*essere del dover essere*. L'essere del dover-essere è la negazione del dover-essere. *L'essere è; il dover-essere deve essere.*

La *Dottrina pura del diritto* è, nella lettura di Gazzolo, tutta incentrata su questo problema. Il trascendentalismo kantiano, entro cui si inquadra la teoria kelseniana, è messo a dura prova. In quanto “fatto” il diritto non è ‘creato’ dalla categoria giuridica, così come in fisica la categoria non ‘crea’ la “materia”. Ma c’è una differenza: la categoria giuridica non ha come referente la “sensazione”, ambigualmente sospesa tra “materia” e “forma”; suo riferimento è un ‘oggetto’ già formato dal punto di vista fisico, ch’essa qualifica secondo il diritto: come lecito o illecito, o anche solo ‘permesso’. Bene, il diritto, in quanto dover-essere, toglie all’“oggetto” che giudicando porta nell’ordinamento giuridico, la sua “fatticità”, il suo “essere”, ovviamente non in quanto ente fisico, bensì in quanto ‘oggetto’ giuridico. Lecito e illecito, o anche solo permesso, in senso proprio *non sono*, perché *debbono-essere*. E debbono-essere sempre, anche quando, se non proprio quando vengono rispettati. L’obbligo di ubbidire la legge non si toglie, anzi si rafforza, rispettandola. Il compimento del dettato normativo, l’esecuzione della legge, non è la traduzione del suo dover-essere in essere. La *Grundnorm* “dice” appunto questo. Essa, quindi, non soltanto non è una norma effettiva (*wirklich*), operante, la norma fondante l’ordinamento giuridico contenuta nell’ordinamento stesso – non un’idea, solo una stramberia attribuita, per ignoranza o per malevolenza (Schmitt!), a Kelsen –, ma neppure, in quanto “norma pensata”, è il puro riconoscimento della normatività della norma, di ogni norma, e cioè la indeducibilità della normatività delle norme (come pur è detto nella *Reine Rechtslehre*). La *Grundnorm*, spiega Gazzolo, è definita “pensata”, per indicare proprio il suo *dover-essere*, la sua irriducibilità a *fatto*, ad *essere*. Qui la parte più interessante di questa originale interpretazione, che ripiega il problema del *dover-essere* della norma sulla teoria della norma. Quale, infatti, linguaggio della scienza del diritto? Non quello della scienza fisica, il linguaggio dell’essere, di ciò che è, ma quello del dover-essere. Del dover-essere in quanto dover-essere – vale a dire: non “dell’essere del dover-essere”. La dottrina trascendentale, in questa lettura, deve seguire la pluralità modale dei suoi “oggetti”. Gazzolo porta la fondamentale distinzione kantiana tra ragione teoretica e ragione pratica alla sua ineludibile conseguenza: la critica della ragion pratica deve parlare lo stesso linguaggio della ragion pratica. Il che comporta, riportando ora nell’orizzonte di Kelsen quanto espresso all’interno della problematica kantiana, che il dover-essere *in quanto* dover-essere si dà non nella *Rechtsnorm*, nella norma giuridica, nel ‘fatto’ del diritto, nel diritto che c’è, quanto nella *Satznorm*, nella proposizione normativa, che dice cosa nel diritto che c’è, è diritto in quanto diritto: il dover-essere. Questa è la *Grundnorm*: il *Grundsatz* del diritto, non l’“a priori” del diritto, ma l’“apriori” *puro* del diritto. Kelsen riportato a Kant; insieme la teoria kantiana dei *Grundsätze* svolta nella *Critica della ragion pura* riguardo al mondo naturale, e cioè alla matematica e alla fisica, estesa al mondo del diritto, e modificata *iuxta juris principia*. Questa la complessa operazione ‘ermeneutica’, che ho cercato di riassumere in forma schematica. Compito non facile,

dacché Gazzolo ‘dialoga’ con i maggiori interpreti e critici di Kant e di Kelsen ed insieme con Cohen e Natorp, Heidegger e Derrida, Lacan e Deleuze, e Kierkegaard alla fine.

2

Questa Prefazione sarebbe ancora più manchevole di quanto sono solitamente gli scritti del genere, e non solo per ragioni di spazio, se non facessi almeno un cenno all’obiezione che di solito si muove alla teoria di Kelsen e che questa interpretazione *sembra* rafforzare: l’obiezione di ‘formalismo’. Sono convinto, e l’ho manifestato anche di recente, che il ‘formalismo’ giuridico è solo un’invenzione di giuristi che, ritenendo esser la legge solo l’enunciato che si legge nei codici, cercano il ‘potere’ della legge ‘fuori’ della legge: nella “decisione”, quindi nella “politica”. Non credo bisogni spendere molte parole per confutare questa ‘tesi’, in ogni caso non è questa la sede. Basti qui fare una semplice osservazione, che si collega a quanto detto poco sopra: la legge non è un enunciato, è un comando. Non dice: “questo è”; dice questo “dev’essere”. Gazzolo illustra molto bene il significato della “sanzione” nella legge: essa è ciò che rende legge la legge. In essa si esprime ciò che fa del diritto diritto: il dover-essere irriducibile all’essere. Gazzolo non manca di precisare che la sanzione è slegata dalla sua ‘applicazione’. La sanzione è sanzione non essendo, così come l’obbligo è obbligo non essendo, ma: *dovendo-essere*. Un modo, forse anche paradossale, certo efficace, per dire che l’obbligo *deve-essere*, la sanzione *deve-essere*, proprio quando quello è rispettato e questa applicata. Ciò detto e ribadito, una critica sorge spontanea. Una critica che non nega quanto detto e ribadito, ma ne contesta la limitatezza. Il diritto, l’ordinamento giuridico, in quanto giuridico, si definisce certo in quanto “dover-essere”, ma non soltanto in quanto “dover-essere”. Il diritto è *anche* istituzione. È – e non solo *deve-essere*. Il diritto, dico, e non la morale. Kelsen, nell’accogliere, giustamente, diritto e morale nel medesimo territorio del “dover-essere”, distinguendo entrambe dalla “natura”, dominio dell’essere, trascura, ingiustamente, la fondamentale distinzione kantiana del territorio del ‘dover-essere nei due domini del giudizio categorico e del giudizio ipotetico. Gazzolo in questo lo segue.

Il diritto è anche istituzione – cosa intendo con questo? Che il diritto ha natura ambigua. Non si dà solo come dover-essere. Diritto è anche potere. E proprio in quanto potere è “dover-essere”. *L’essere* del dover-essere attraversa il diritto da parte a parte. E questo si mostra chiaramente nel linguaggio del diritto. Che non è constatativo, e neppure solo illocutorio. Il linguaggio del diritto è costitutivamente perlocutorio: si rivolge ad altri, certo, ma nell’atto stesso li costituisce. Gazzolo si è giustamente fermato sulla tesi di Kelsen, secondo cui non la libertà è la condizione dell’imputabilità, ma giusto il contrario, l’imputabilità della libertà. Tesi che discende direttamente dal ‘primato’ del diritto oggettivo – dell’ordinamento giuridico – sui diritti soggettivi. Qui il *Normsatz*, diciamo pure la *Grundnorm*, è estrema-

mente vicino ai *Grundsätze* della *Critica della ragion pura*: ai “principi fondamentali” della scienza naturale. Come i *Grundsätze* determinano l’essere dell’oggetto fisico, così i *Normsätze* determinano l’essere – l’essere, non il dover-essere – dei destinatari della norma. Esemplicando: la determinazione dell’età per avere diritto al voto è la determinazione dell’essere che è al fondamento del dover-essere del diritto (al voto). E questo *essere* ‘presupposto’ del *dover-essere* non cade sotto i principi della scienza naturale, come l’“oggetto fisico” (l’uomo ente corporeo) che poi il *giudizio normativo* (il *Normsatz*) eleva (*aufhebt*) al dover-essere del diritto; questo ‘presupposto’ (la determinazione dell’età per godere del diritto al voto) è già tutto giuridico, e come “oggetto giuridico” è e non *deve-essere*, ‘essendo’ la condizione giuridica del dover-essere. Non nego che resta una differenza tra il *Normsatz*, il principio normativo, è il *Grundsatz*, la proposizione fondamentale della fisica: questa definisce una ‘cosa’, che solo ‘patisce’ (anche la re-azione è un *patheîn*), quello un ente responsabile, chiamato a rispondere del suo operare, chiamato al *dover-essere*, ma appunto un ‘essente’, un ‘essere’, *giuridicamente determinato*. Ed è proprio questa doppiezza del diritto che consente come il sorgere della *Teoria generale del diritto* – puramente descrittiva, enunciativa, costatativa, tutta volta all’essere del dover-essere –, così il suo prevalere sulla *Filosofia del diritto*. Un episodio interno al positivismo, alla filosofia descrittiva (che è tutt’altra cosa, ma proprio tutt’altra, dalla ‘fenomenologia’ – e qui il riferimento è a Husserl).

Diversamente dal diritto, la morale conosce solo il *Sollen*, il *dover-essere*, al punto che non solo l’essere, sì anche il “poter-essere” dipende dal *Sollen*: “egli può qualcosa, perché cosciente che lo deve” (Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, § 6, Anmerkung). Ma qui si entra in altro territorio. Che Gazzolo ci abbia portato discutendo del diritto in quanto diritto anche oltre i confini del diritto, non è certo, tra i tanti pregi di questa sua ricerca, il minore.

Vincenzo Vitiello

## PREMESSA

*Che cos'è il dovere (Sollen)?* (renderemo, d'ora in avanti, *Sollen* con *dover-essere*, nonostante, come si vedrà, proprio nella *traduzione* passa il problema di ciò che assicura la “separazione” tra essere e dover-essere, di ciò che evita di fare del *Sollen* un *Soll-Sein*).

Ciò che è qui in questione è la *domanda* stessa, ciò che *si dice* in questa domanda e la strategia concettuale che in essa è implicata. La domanda *che-cosa-è* risponde già, infatti, che *il dover-essere è*. Dovremo chiederci, tuttavia: è possibile pensare il dover-essere in uno spostamento essenziale rispetto a questa domanda? È possibile interrogarsi su di esso *al di qua* della domanda che chiede *che-cosa-è*, che identifica l'*essenza* del *Sollen* in un *Sein*, in un “essere”?

Come è possibile il *dovere in quanto dovere*? *Perché* il dovere? Perché il dovere come *Sollen*?

Come si può *procedere* da queste domande?

O forse pensare il *dovere* significa, anzitutto, avvicinarsi ad un nuovo *modo di domandare*? Come è possibile, allora, *domandare* del *dovere*, se con tale domanda si intende, anzitutto, interrogare ciò che *separa* essere e dover-essere, *Sein* e *Sollen*?

La filosofia di Hans Kelsen (1881-1973) rappresenta forse il più radicale tentativo, da parte del pensiero del Novecento, non tanto di rispondere alla domanda su *che-cosa-sia* il dover-essere, quanto di *rideterminare la “posizione” della domanda sul Sollen* e di pensare la *separazione* tra essere e dover-essere soltanto *a partire* da questa rideterminazione.

Chiedersi del *Sollen*, per Kelsen, significa – come si vedrà – chiedersi di cosa rende il diritto tale. Ma significa, anzitutto, lasciare che il *domandare* sul *Sollen* resti altro rispetto alla *logica della domanda* (*che cos'è? / τί τὸ ὄν;*), lasciare che esso resti, sino alla fine, aperto rispetto all'identificazione del *Sollen* con un *Sein*, con qualcosa-che-è. Finché la domanda chiede *che-cosa-è*, essa assume già che “questo” è, assume che il “qualcosa” di cui si

domanda *sia* (e sia, appunto, un qualcosa-che-è). La domanda è, in questo senso, resa possibile, preceduta da un'affermazione, da una determinazione preliminare: che qualcosa *sia*, che ciò di cui si domanda non sia nulla, ma qualcosa, e che questo qualcosa vada interrogato nel suo "essere", *a partire dal fatto che è* – una cosa-che-è, "un che" (τὸ ὄν), un questo-qui. Pensare il dovere *in quanto* dovere significa, pertanto, imporsi un movimento particolare, al di là della domanda, del *che-cos'è*, in cui si definirà, più che una *risposta* (un *dire* che-cosa-è, un'affermazione, un'asserzione), un *compito*.

La lettura che qui si propone tenta di ripercorrere la *Reine Rechtslehre* – pubblicata da Hans Kelsen, nella sua prima versione, nel 1934 –, seguendone la domanda sulla intrinseca possibilità del diritto, su ciò che rende possibile il *diritto come diritto*, che fa sì che il diritto possa *darsi* come diritto (è il problema, se si vuole, della «normatività delle norme», di ciò che "fonda" – e vedremo in quali termini si dia fondamento – la norma nella sua normatività, nel suo *dover-essere obbedito*) (sulle circostanze e le ragioni che, nella ristampa della traduzione italiana nel 1967, giustificarono il titolo di *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cfr. LOSANO 2003. Per la storia della recezione di Kelsen in Italia, cfr. MERLINO 2013, LOSANO 1979).

La «dottrina pura» verrà pertanto ripensata come teoria di una *fondazione del diritto in quanto diritto*, ossia *in quanto dover-essere* (del *Sollen* in quanto *Sollen*). Un approccio di questo tipo si separa, anzitutto, dalla *linea analitica* di interpretazione del pensiero kelseniano, nella convinzione che quest'ultimo – perlomeno prima del ripensamento della dottrina pura nel secondo dopoguerra e del confronto con l'*analytical jurisprudence*, del «Kelsen senza Kant» (PAULSON 1992) – non possa essere compreso se non attraverso la domanda circa il *diritto come tale*, circa ciò che rende possibile il *diritto in quanto diritto*. Per quanto, inoltre, non si potrà che tornare costantemente sull'influenza e la riscrittura dei temi neokantiani all'interno della dottrina pura (Per una introduzione si rimanda, fin d'ora, a PAULSON 1998; ROEHRSEN 1983, CARRINO 1987), il compito di queste pagine resta, più che *storiografico, speculativo*: esso consiste, cioè, nel mettere nuovamente in questione il «sistema di domande» proprie del "metodo trascendentale" di Kelsen, al fine di ripensare, attraverso di esse, il problema di una *fondazione del diritto*.

CITAZIONI. Sarà questa la ragione del ricorso a testi provenienti da una tradizione diversa, eterogenea rispetto a quella in cui si inserisce – esplicitamente – la filosofia kelseniana; ricorso che servirà a segnare gli *scarti* necessari rispetto ad una lettura unicamente "ricostruttiva" del rapporto tra Kelsen e la filosofia kantiana. Rispetto alla "tradizione" attraverso la quale, oggi, leggiamo Kelsen (il Kelsen "antimetafisico", "formalista", "positivista"), il ricorso alla *citazione* – al testo spostato, tagliato, che si riscrive ogni volta – tenta di indicare come non si tratti, qui, di opporre *interpretazione contro interpretazione* al fine di determinare quale, tra la lettura neokantiana e quella heideggeriana, si avvicini maggiormente alla comprensione del problema kantiano e, con esso, della rilettura di Kelsen (cfr. EDEL 1997a, 47-48). Se ci serviremo di entrambe, è

perché si tratta, attraverso di esse, di lasciare aperti più livelli di lettura che consentano di mantenere l'interesse speculativo e non storiografico del commento qui proposto.

NOTA DI LETTURA. Il riconoscimento dei differenti livelli di lettura verrà facilitato, qui, dalle differenti scritture. Il «testo tutore» (BARTHES 1973, 20), ossia il testo della *Reine Rechtslehre* del 1934 (che segue, ove non altrimenti specificato, la traduzione italiana di Renato Treves dei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* nell'edizione Torino, Einaudi, 1967) è sempre riportato **in neretto** e senza indicazione della fonte. La lettura «prima» – che sembra avere una funzione “esplicativa”, “interpretativa” del testo di Kelsen – si trova scritta in corpo maggiore. La «rilettura» (e non, dunque, lettura “seconda”) si fa, invece, nel corpo minore (ed avrà titoletti, in maiuscolo, a segnalarla): essa cessa di essere unicamente esplicativa, e tende, piuttosto, a preparare la possibilità di un *altro* testo – che è tuttavia lo *stesso* testo di Kelsen, il quale non smette di ritornare e circolare nel nostro. La nostra ispirazione resta, pertanto, quella di ottenere, «come sotto l'effetto di una droga (quella del ricominciamento, della differenza), non il testo “vero”, ma il testo plurale: uguale e nuovo» (BARTHES 1973, 21).

KELSEN KANTIANO? Non torneremo esplicitamente, nel testo che presentiamo, sul problema *storiografico* dell'effettiva continuità tra il pensiero di Kelsen e e la filosofia kantiana e neokantiana (sul punto, cfr. soprattutto WILSON 1986, STEINER 1986, PAULSON 1998. Si vedano, di recente, anche MARRA 2012; RIDOLFI 2013). Non è in discussione il problema se Kelsen interpreti «fedelmente» Kant, se egli debba annoverarsi tra i «cattivi kantiani» (SEVERINO 2007, 76). Ciò che qui interessa sarà, piuttosto, delineare l' *andare incontro* a Kant da parte di Kelsen, il tentativo di lasciare che la filosofia kantiana possa produrre uno scarto teorico anche rispetto a se stessa, nel passaggio alla riflessione sul diritto. Valga, pertanto – in via preliminare – l'annotazione di Heidegger: «Se [...] si volesse sottoporre all'esame della storiografia filosofica l'immagine storica che Kant aveva di Platone ed Aristotele, il voto che gli si dovrebbe assegnare sarebbe “del tutto insufficiente”. Eppure Kant, e soltanto Kant, ha trasformato proficuamente la dottrina platonica delle idee» (HEIDEGGER 1996, 135).

Due avvertenze appaiono indispensabili, al fine di intendere chiaramente il compito che qui ci si propone. La prima riguarda il ricorso al termine *metafisica*, che si utilizzerà per definire la domanda fondamentale della teoria del diritto kelseniana – ed il chiarimento si rende necessario se non altro perché lo stesso Kelsen tenderà a pensare la propria teoria *contro la metafisica* (KELSEN 1992, 52 – ma la posizione “antimetafisica” di Kelsen, diremo, è solo il rovesciamento di una certa metafisica). La seconda, concerne invece la limitazione della presente ricerca alla prima edizione della *Rechtslehre*.

La domanda fondamentale della dottrina pura è, diremo, «metafisica» in quanto domanda sull'*essere del diritto*, su ciò che «rende diritto il diritto». L'espressione “essere del diritto” dovrà, tuttavia, essere evitata, in quanto ambigua (cfr. KELSEN 1989, 17: «Certamente si può parlare anche di un “essere” o di una “realtà” del diritto; ma questo è un essere *altro*, una realtà *altra* dall'essere e dalla realtà della natura»).

La domanda fondamentale, infatti, si pensa proprio, come si vedrà, attraverso la distinzione tra essere e dover-essere, nel tentativo di interrogare la possibilità di un fondamento del diritto *in se stesso* (e quindi: del *dover-*

*essere del dover-essere, e non dell'essere del dover-essere*) (NOTA: Con “essere”, in Kelsen, si intende del resto sempre l' *essente* e in particolare – secondo il recupero della tradizione kantiana – la *natura* come «ciò che è determinabile e determinato dal pensiero fisico-matematico» – HEIDEGGER 1990, 202. In Kelsen, come si avrà modo di vedere, il «mondo dell'essere» *coincide* con il «mondo della natura» – si veda, sul punto, MANTILLA PINEDA 1966).

LESSICO: “METAFISICA”. Non si può però negare che Kelsen si schieri esplicitamente a favore di un'interpretazione *anti-metafisica* di Kant e dell'*a priori*, recuperando l'indirizzo neokantiano. Non solo: Kelsen sarà kantiano nel suo tener ferma – anche *contro* Kant – la posizione *trascendentale*, nel suo rivendicare anche contro Kant la necessità di applicare anche al diritto il “metodo trascendentale”. Così Kelsen stesso: «[...] proprio perché la dottrina pura ha tentato per prima di sviluppare la filosofia di Kant in una teoria del diritto positivo [...], essa è certamente andata oltre, in un certo senso, Kant, che nella sua dottrina del diritto ha ripudiato il metodo trascendentale» (KELSEN 1992, 52).

Se, tuttavia, si tenta di qui di pensare la posizione kelseniana come «metafisica», è perché il nostro commento tende a ripensare, insieme al testo di Kelsen, l'interpretazione in esso implicata di Kant. Per questo cercheremo costantemente di “rivedere” il problema kantiano in termini come problema *metafisico*, e non semplicemente di *teoria della conoscenza* (ed è per tale ragione che le citazioni di Heidegger consentiranno il continuo “passaggio” al problema della metafisica in Kant).

Per il momento diremo soltanto che la dottrina giuridica di Kelsen si deve intendere come «metafisica» in quanto essa definisce *l'orizzonte trascendentale entro il quale il diritto può darsi come diritto*, ossia in quanto le sue proposizioni fondamentali definiscono le condizioni *a priori* alle quali il diritto è necessariamente subordinato per poter essere conosciuto come diritto. Il problema fondamentale di Kelsen riguarda, in questo senso, la *conoscenza* del diritto (“come è possibile conoscere il diritto?”) ma sempre e soltanto in quanto essa rimanda a ciò che rende il diritto tale, a ciò che lo costituisce – *a priori* – nel suo “essere”. Essa è dunque «metafisica», in senso kantiano, come *scienza dei principi a priori*. E tale “scienza” si definisce metafisica in quanto essa non si chiede semplicemente *come è possibile conoscere il diritto*, ma, diversamente, muove da un problema di natura *ontologica*: cosa rende il diritto tale? Cosa fa sì che il diritto possa darsi in quanto diritto? (NOTA: certamente dovremo seguire la continua *risrittura* dei temi kantiani che attraversa il testo di Kelsen – la quale, tuttavia, come tale, comporta sempre cesure, spostamenti, rotture, ridefinizioni che segnano anche radicali discontinuità tra il pensiero giuridico di Kelsen e Kant).

Per quanto riguarda la scelta di limitare l'analisi al testo del 1934, essa non si giustifica soltanto in quanto la seconda edizione del 1960 rappresenterà – per servirsi delle parole di Kelsen – «una rielaborazione totale (*eine völlige Neubearbeitung*) dei temi trattati nella prima edizione».

Ciò che, infatti, viene ripensato da Kelsen già a partire dal biennio 1940-1941, non sono uno o più temi – se pur fondamentali – della dottrina pura, ma il suo stesso *sistema di domande*, la posizione dei problemi, il senso del “metodo” (ed è tale spostamento che fa sì che *le stesse tesi* funzionino, tra un'edizione e l'altra, in modo radicalmente diverso – circostanza, questa, ancor più significativa rispetto alle modifiche apportate).

Infine, un'ultima indicazione, più che di "metodo", di "lettura". Si è scelto di procedere secondo la forma del commento, inteso non come procedura di *controllo* del discorso, come «gioco di un'identità che ha la forma della *ripetizione* e dello *stesso*», come *commento raddoppiante*, bensì come pratica di "taglio" *passo a passo* del testo.

Il commento, «con la sua lentezza e dispersività» – scrive Barthes –, non dice l'identico del testo, non cerca di restituirne un presunto "significato": esso, diversamente, *ripete* il testo per ri-affermarlo nella sua pluralità, perché esso *possa scriversi* nei suoi spazi non ancora scritti, perché esso possa dire ciò che non ha ancora detto.

Tale, del resto, è la natura di ogni *classico*, come lo sono i *Lineamenti*, di ogni testo che, come ha osservato Calvino, «non ha mai finito di dire ciò che ha da dire». Ma i *classici* servono solo in quanto aprono ad un possibile futuro, e per questa ragione preferiamo, qui, pensare con le parole di Sanguineti: «i classici, quando sopravvivono, possono sopravvivere ai più diversi livelli. Qui torna utile Benjamin, quando discorre del patrimonio culturale, che i vincitori trascinano trionfalmente come preda storica. Il vero problema, dunque, è operare in modo che il classico giovi, oggi, agli oppressi, e non agisca come testimone del dominio ma come stimolo alla rivolta» (SANGUINETI 2010, 38).



# I.

## «PUREZZA» E DOMANDA FONDAMENTALE

“Se si riconosce nell’opera di Kant una filosofia veramente tedesca, allora la dottrina pura del diritto è la più tedesca di tutte le filosofie del diritto che sono state sviluppate in Germania a partire da Kant” (H. Kelsen, lettera a Renato Treves, 3 agosto 1933)

**La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo** (*des positiven Rechts*). I *Lineamenti* del 1934 si aprono con questa affermazione: non faremo altro, d’ora innanzi, che cercare di commentare e di interrogare questa tesi, per scoprire la domanda fondamentale del testo di Kelsen.

POSITIVO (I). Cosa indica, qui, «diritto positivo»? Si dovrà tornare continuamente su questo problema, su ciò che la *positività* indica per Kelsen, sul suo discorso contro la «concezione errata del positivismo giuridico» (KELSEN 1988, 114). Sarà allora necessaria, per avvicinarsi al testo, una profonda riscrittura del senso della *posizione* di ciò che è *posto*, del carattere di “positività” proprio del diritto, della logica del *ponere*, porre, posare, del *positum* come ciò che è posto (per dirla con Del Vecchio: «in che consiste essenzialmente la sua *posizione*?») Cfr. sul punto le pagine di VIOLA 1990, 107-130; CARRINO 1987, 81-89). È tuttavia possibile indicare, sin d’ora, come tale carattere, per Kelsen, non dipenda dalla «fonte» del diritto o, perlomeno, non rimandi a ciò che è posto dalla volontà (*autoritas facit legem*), allo *ius positivum* come *willkürliches Recht*. Il “positivo”, in Kelsen, resta *eterogeneo* rispetto alla volontà ed alla sua logica, che è sempre una logica del segno e del «significato trascendentale»: diritto come segno della volontà (*signum voluntatis* – segno come atto di *posizione*, *Wertsetzung*, del sovrano) e come volontà di segno (*voluntas signi*, introduzione di senso fondata sulla decisione).

Quale «posizione» determina la positività del diritto, determina il diritto nel suo *essere-posto*? Anche l’opposizione che Kelsen continuamente riprende tra «diritto positivo e diritto naturale», il suo *antiplatonismo* (il quale, nelle pagine della *General Theory of Law*, oppone al diritto come sistema di «idee trascendenti», *transcendental ideas* il diritto inteso come *reality, empirical reality*, «realtà empirica» – KELSEN 1966a, 12), rischia di provocare dei fraintendimenti, almeno sino a che il problema della “positività” non sarà definito compiutamente.

La precisazione che segue comincia a preparare la nostra domanda: **del diritto positivo semplicemente** (*schlechthin*), **non di un particolare** (*speziellen*) **ordinamento giuridico**. Il diritto positivo non si identifica con il diritto di un *particolare* ordinamento, *storicamente esistente*: non è il diritto