

HANS KELSEN TRA FORMALISMO E IDEALISMO

Sintetizzare il complesso pensiero filosofico-giuridico kelseniano, sempre proteso ad individuare una costruzione pura e dogmatica del diritto, immune da qualsiasi condizionamento politico, filosofico, sociologico, psicologico ed ideologico, ed espresso nelle sue opere, non è un'operazione semplice.

Era, ed è, un giurista estremamente scomodo, uno studioso difficilmente inquadrabile in una corrente politica, ideologica, religiosa o di qualsiasi altra natura.

La sua dottrina protesa alla diuturna, infaticabile ed ostinata ricerca della purezza del diritto, tendeva probabilmente a limitare la perniciosa e perversa influenza che talune correnti e posizioni ideologico-politiche potevano riverberare nell'ambito della sistematica giuridica.

Preliminarmente è necessario inserire nel giusto contesto storico un personaggio che si vuole esaminare, in quanto ciò può risultare utile per meglio comprendere la sua opera e l'evoluzione del suo pensiero.

Hans Kelsen nacque a Praga nel 1881 e morì a Berkeley, nello stato della California, nel 1973; si laureò all'Università di Vienna nel 1906 e, dal 1911 al 1930, fu professore presso l'università di questa città, ove ricoprì la cattedra in Diritto pubblico e Filosofia del diritto. Negli anni trenta si trasferì a Colonia, dove insegnò presso la locale Università: poiché ebreo e mosso dal desiderio di abbandonare la Germania ritenendo imminente l'avvento al potere del nazionalsocialismo, pubblicò la prima versione della teoria pura del diritto in lingua diversa dal tedesco, in modo che il suo pensiero fosse conosciuto anche al di fuori di quel paese. Nel 1933 si trasferì a Ginevra e, in seguito, nel 1941, negli Stati Uniti, dove ottenne una cattedra presso l'Università di California (Berkeley). Nel corso della sua vita conseguì diversi titoli onorifici e fu membro di numerosi istituti e associazioni scientifiche nonché di molte Accademie delle Scienze, tra cui quelle di Bologna, Torino e dei Lincei.

Già in vita, il giurista praghese, era considerato uno dei classici del pensiero filosofico e giuridico moderno e a lui si ricollega quella che, ancor oggi, è definita la *Scuola di Vienna*.

Sino al 1920 circa, Kelsen ricostruì i dati giuridici acquisiti secondo la sua visione teorica ed elaborò il concetto di norma fondamentale¹ mentre, nel decennio successivo, si richiamò ad una

¹ H. Kelsen, *Reichsgesetz und Landesgesetz nach der österreichischen Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1914, pp. 45-202, 390-438. Il concetto di norma fondamentale è stato introdotto da Kelsen per la prima volta in quest'opera, in luogo della concezione iniziale, rimasta infeconda, che assegnava un carattere metagiuridico alla statuizione del diritto, cioè fondata sull'assunto

prospettiva di *neokantismo forte*. Più tardi, tale visione venne pian piano a dissolversi – *neokantismo debole* – sino agli anni sessanta che segnarono il punto di rottura con la sua precedente visione teorica.

Questa continuità e contiguità non esclude incompatibilità tra singoli segmenti della dottrina pura del diritto², soprattutto se si fa riferimento ai contenuti dell'opera postuma *Teoria generale delle norme*.

In Italia le teorie di Kelsen iniziarono ad essere conosciute soprattutto dopo il 1924, a seguito della pubblicazione di alcuni suoi scritti sulla rivista di cultura fascista, *Nuovi studi di diritto, economia e politica*; la sua opera è stata oggetto di un'interpretazione controversa ed equivoca, oltre che di vivace discussione sino all'inizio del secondo conflitto mondiale. La fortuna che ha avuto tale teoria nel nostro paese, in quel particolare periodo storico, è riconducibile al suo estremo formalismo che consentiva di poterla adattare alle esigenze del regime autoritario al potere; nonostante ciò, a Kelsen non è mai stato possibile attribuire apertamente, di sostenere o appoggiare, anche indirettamente, una qualsiasi ideologia illiberale³. La conoscenza del suo pensiero si è consolidata negli anni trenta anche a seguito della traduzione di alcune sue opere⁴.

Nel secondo dopoguerra vi è stata una riscoperta del giurista praghese, sempre a seguito di sue diverse pubblicazioni⁵, tant'è che nel 1960, gli fu attribuito il premio internazionale per le scienze giuridiche da parte dell'Accademia Nazionale dei Lincei⁶; all'epoca, tutto questo, riaprì la strada a una nuova serie di critiche nei suoi confronti ben diverse da quelle che si erano avute fra le due guerre⁷.

che ogni norma è prodotta al di fuori del diritto positivo; da questo momento, solo la norma fondamentale ha questa caratteristica intrinseca.

² S. L. Paulson, *Towards a Periodization of the Pure Theory of Law*, in *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, a.c.d. L. Gianformaggio Bastida, Torino, G. Giappichelli Editore, 1990.

³ Basti ricordare che a seguito delle leggi razziali, il nome di Kelsen scomparve da tutte le pubblicazioni giuridiche; si poteva citare i suoi scritti solo in chiave critica, cioè finalizzata a condurre una polemica politica nei suoi confronti. Nemmeno nell'importante opera pubblicata in quel periodo da F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Roma, Tipografia Consorzio Nazionale, 1942, che presentava ampi riferimenti alla dottrina giuridica tedesca, non è alcun riferimento a tale giurista.

⁴ H. Kelsen, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, a.c.d. A. Volpicelli, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1932 e *La dottrina pura del diritto: metodo e concetti fondamentali*, trad. di R. Treves, Modena, Società Tipografica Modenese-Antica Tipografia Soliani, 1933.

⁵ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. e prefazione di R. Treves, Einaudi, Torino 1952, pp. 203; *Teoria Generale del diritto e dello Stato*, trad. di S. Cotta e G. Treves, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, pp. XVIII-503. Quest'ultimo non è una semplice ripubblicazione di precedenti testi in lingua tedesca e francese (*Algemeine Staatslehre*, Berlin, 1925 e *Théorie générale du droit international public*, Paris, 1934), ma definisce meglio i contorni della teoria pura del diritto, soprattutto rispetto a coloro che si sono formati nell'ambito dei sistemi di Common Law.

⁶ Accademia Nazionale dei Lincei, *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei, 1960 – Rendiconti delle adunanze solenni*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma 1960, vol. VI, fasc. 3, pp. 134-135, 172-173.

⁷ V. Frosini, *La struttura del diritto*, Milano, A. Giuffrè, 1962, p. 17. Infatti, in quegli anni si era profilata una dottrina alternativa che tendeva a superare quella kelseniana senza però porsi in antitesi frontale con essa e che rappresentava il diritto come *morfologia della prassi*, in altre parole un diritto visto come «complesso di strutture in cui si attua l'alienazione dell'azione dalla volontà dell'agente».

La sua prima importante opera fu gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, pubblicata nel 1911⁸ e riproposta nel 1923, corredata da un'ampia introduzione, la quale rappresenta il primo testo, anche se incompleto, di dottrina pura del diritto. In essa Kelsen, partendo da basi neokantiane e giuspositivistiche, espone un pensiero filosofico e politico che segna il punto di rottura nell'ambito della scienza tradizionale del diritto.

Altri scritti di rilievo riconducibili a quest'autore sono i due fondamentali testi di dottrina pura del diritto⁹, la *Teoria generale del diritto e dello Stato*¹⁰, oltre alla già citata e controversa *Teoria generale delle norme*¹¹, ove si dedica con la massima intensità, allo studio dei problemi logici che in precedenza lo avevano interessato solo marginalmente¹².

Inoltre, Kelsen elaborò tutta una serie di saggi, nei quali precisava meglio il suo pensiero rispetto a problematiche ritenute di particolare rilievo per la dottrina pura del diritto¹³.

Negli ultimi anni, l'Hans Kelsen Institut di Vienna, ha cercato di raccogliere tutti gli scritti di questo giurista, condensandoli in un'unica collezione in lingua tedesca, dal nome di *Hans Kelsen Werke*.

I tratti principali di tale pensiero si possono riassumere nella costruzione a gradi del diritto, nei principi di nomostatica e nomodinamica che lo regolano, nella presenza di una *Grundnorm* o *norma fondamentale* e nell'avalutabilità della teoria positivista nel suo complesso. Kelsen analizza anche il complesso rapporto fra diritto positivo e naturale e fornisce una chiave di lettura del tutto normativistica.

Il giurista praghese, negli oltre sessant'anni di attività, ha tentato di fornire una risposta che fosse coerente alle domande fondamentali che ogni studioso si pone da sempre e che, apparentemente, sembrano insolubili, ossia cos'è il diritto e quale significato si deve attribuire agli astratti concetti di giustizia e libertà.

⁸ Si ritiene che la prima opera in assoluto pubblicata dal giurista praghese, fosse un saggio del 1905, contenente la rielaborazione della sua tesi di laurea su Dante Alighieri, cfr. H. Kelsen, *La teoria dello Stato in Dante*, con saggio di V. Frosini su *Kelsen e Dante*, trad. di W. Sangiorgi, con la collaborazione di G. Meyer von Bruck, Bologna, Massimiliano Boni Editore, 1974, pp. XXXIX-207. Cfr. V. Frosini, *Kelsen e il pensiero giuridico italiano*, in *Il Velcro – rivista della civiltà italiana*, 1977, nn. 5-6, pp. 761-768; secondo Frosini in tale saggio «Kelsen ha letto Dante ritrovando in esso un'immagine rispecchiata di sé».

⁹ H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, (tit. or. *Reine Rechtslehre Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, F. Deuticke Verlag, 1934), Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 1967 3°, (1952), pp. 227 e H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (tit. or. *Reine Rechtslehre Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, Wien, F. Deuticke Verlag, 1960), saggio introduttivo e traduzione di M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1990 4°, (1966), pp. LXXXVII-425.

¹⁰ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, (tit. or. *General Theory of law and State*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1945), prefazione di E. Gallo e introduzione di G. Pecora, Città di Castello, Etas, 2009 6°, (1952), LIV-503.

¹¹ H. Kelsen, *Teoria generale delle norme* (tit. or. *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien, Manzské Verlags und universitätsbuchhaldnung, 1979), saggio introduttivo e traduzione di M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1985, pp. LXIV-471.

¹² La logica è ritenuta estremamente importante anche in ambito giuridico perché è considerata una *tecnologia del pensiero*, una disciplina che insegna a pensare C. Sigwart, *Logik* (1873), vol. I, Tübingen, H. Maier, 1924.

¹³ Ad esempio: *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, del 1941 o, *Causalità e imputazione*, del 1950.

Egli era un individuo estremamente intelligente poiché aveva la capacità di esaminare e comprendere il contesto socio-giuridico del suo tempo, non in maniera superficiale ma, andando oltre, in profondità, per coglierne gli aspetti più intimi e non immediatamente evidenti. Il suo pensiero, lucido e razionale, portato al discernimento e all'astrazione concettuale, se pur non immune da aporie, era in grado di analizzare la realtà in modo obiettivo e impersonale; basti ricordare che, benché vittima, negli anni Trenta, di soprusi e vessazioni da parte dei nazisti, poiché di origine ebraica, definì la Germania del nazionalsocialismo, uno *stato di diritto* e, più tardi, espresse giudizi negativi sullo stesso processo di Norimberga.

Aveva la straordinaria capacità di andare oltre le convenzioni e gli stereotipi del suo tempo, proponendo sempre percorsi alternativi, riformulando, quando necessario, i propri modelli concettuali non coerenti al paradigma proposto, tutto ciò con onestà intellettuale, coerenza, spirito di autocritica e tecnica deduttiva non comuni.

I capisaldi che, per oltre due millenni, la dottrina giuridica tradizionale aveva faticosamente acquisito, sono da Kelsen enunciati, attentamente analizzati in chiave critica e, in molti casi, 'demoliti', poiché considerati privi di sostanza giuridica; egli ha evidenziato l'inconsistenza di talune distinzioni, ritenute principi cardine del diritto, come quelle fra *ius in rem* e *in personam*, fra diritti assoluti e relativi, fra diritto soggettivo ed oggettivo, fra diritto pubblico e privato, fra persona fisica e persona giuridica.

Contro l'antiformalismo e le tesi che vedevano nella Sociologia del diritto l'unica scienza giuridica possibile, Kelsen propone il normativismo, il formalismo, l'idea della scientificità e autonomia del diritto; le sue intuizioni possono essere ancora utili al giurista e al filosofo moderno, i quali vogliono interpretare e comprendere taluni eventi della società.

La dottrina pura del diritto è stata ritenuta, anche dallo stesso giurista, una teoria in continua evoluzione e trasformazione, ciò a riprova della grande inquietudine intellettuale che, da sempre, ha contraddistinto questo studioso.

I mutamenti che Kelsen, in oltre sessanta anni, ha introdotto alla teoria pura del diritto sono stati, nella maggior parte dei casi, soltanto marginali; inoltre, i temi trattati e l'articolazione dei ragionamenti esposti, sono sempre stati molto simili, ma può accadere che un concetto di secondo piano o incidentale, una volta ampliato e rielaborato nei contenuti, possa innovare, anche profondamente, la stessa dottrina che l'ha prodotto¹⁴.

¹⁴ O. von Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik: eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, p. 6: «ho l'impressione che Kelsen stesso non fosse pienamente consapevole di tutte

Ancora oggi non si è stabilito quale sia l'autentica e definitiva dottrina pura del diritto su base kelseniana, se quella esposta dal giurista sino al 1960, fondata sui principi della logica, oppure quella successiva, basata su elementi del tutto irrazionali della Teoria generale delle norme¹⁵.

Un ultimo inciso. Kelsen fu legato da lunga e profonda amicizia, oltre che stima reciproca, a Sigmund Freud; quanto l'uno abbia condizionato il pensiero dell'altro non è dato sapere, ma sicuramente queste due grandi personalità hanno influenzato in modo profondo nei rispettivi campi, la cultura europea del novecento, condizione, questa, riconosciuta anche da chi ha sottoposto il loro pensiero a una rigorosa e, in taluni casi, aspra analisi.

le conseguenze che le sue nuove tesi comportavano per la struttura della dottrina pura del diritto e per la metodologia giuridica da essa propugnata».

¹⁵ Lo stesso Kelsen riferiva all'amico e collega Métall, che non intendeva decidere da solo sulla pubblicazione del copioso materiale poi confluito in tale testo, forse rendendosi conto del possibile risultato che avrebbe prodotto l'introduzione di questa ulteriore e radicale evoluzione sulla sua costruzione filosofico-giuridica.