



2025 FASCICOLO II

Francesco Cirillo

**La finzione della forma
Il primo Kelsen tra teoria e dogmatica**

23 giugno 2025

**IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO
CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO**



Francesco Cirillo*
La finzione della forma
Il primo Kelsen tra teoria e dogmatica

SOMMARIO: 1. Le condizioni della forma. Metodo e finalità nel “primo” Kelsen. – 2. Kelsen e dintorni. Una topografia del progetto teorico. – 3. Il programma generale degli Hauptprobleme (1911). – 4. I problemi fondamentali della Staatsrechtslehre. – 5. Gli altri scritti metodologici (1911–1914): variazioni e conferme del programma. – 6. Dalla metodologia alla dogmatica: i tre saggi del 1913-1914. – 7. Forma, metodo, sapere. La costruzione del primo Kelsen.

ABSTRACT: *This paper offers a critical reassessment of the early Hans Kelsen, focusing on Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1911) and the subsequent dogmatic writings — particularly Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft (1913), Reichsgesetz und Landesgesetz (1914), and Über Staatsunrecht (1914). It reconstructs the interplay between epistemological premises and public law dogmatics in the formative phase of his theory. Rather than reducing Kelsen’s work to a philosophical or axiological stance, the analysis emphasizes a dual contextualization: on one hand, the Kantian and Neo-Kantian legacies; on the other, the methodological and conceptual challenges arising within Austro-German legal scholarship at the turn of the century.*

At its core lies a tripartite investigation into legal form: the construction of the öffentliches Rechtsgeschäft as a normative act devoid of will and intention; the distinction between federal and state law (Reichsgesetz und Landesgesetz) as a problem of hierarchical coherence within plural legal systems; and the paradox of state illegality (Über Staatsunrecht) as a limit-case in the formalization of legal responsibility. These dogmatic inquiries are not peripheral but serve as concrete test cases in Kelsen’s effort to purify legal science from psychological, sociological, and ethical residues. Special attention is devoted to the transformation of juridical will, the functional abstraction of the state as a center of normative imputation, and the use of epistemic fictions to sustain the autonomy of legal reasoning.

Finally, the paper explores the epistemological status of legal science as a “normative science,” showing how its internal coherence depends on conceptual figures (will, subject, normativity) that, while formally excluded from empirical reality, function as necessary regulative conditions. In this light, the “fiction of form” emerges as a constitutive tension— not a contradiction—within Kelsen’s early theoretical architecture.



* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

Francesco Cirillo è docente di Diritto della privacy, Diritto dell’intelligenza artificiale e di Neurodiritto, Università degli Studi Niccolò Cusano.



1. Le condizioni della forma. Metodo e finalità nel “primo” Kelsen

Questo contributo prende in esame una fase del pensiero di Hans Kelsen, quella che si colloca tra la pubblicazione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) e i primi scritti metodologici e dogmatici successivi, in particolare *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft* (1913), *Reichsgesetz und Landesgesetz* (1914) e *Über Staatsunrecht* (1914)¹. L’obiettivo non è quello di tracciare una linea evolutiva, né di anticipare contenuti della dottrina pura del diritto, ma di isolare, all’interno del “primo Kelsen”, l’articolazione originaria tra fondazione epistemologica e costruzione dogmatica. Si tratta di un passaggio teorico che precede la sistematizzazione successiva e che va letto nel contesto delle trasformazioni interne alla scienza giuridica di inizio Novecento. L’uso dell’espressione “primo Kelsen” non implica una netta cesura rispetto alla futura dottrina pura, né suggerisce una fase ancora immatura o incoerente². Piuttosto, serve a delimitare un momento teorico in cui l’architettura del pensiero kelseniano non ha ancora incorporato dispositivi e concetti successivi — come la nomodinamica, la costruzione a gradi dell’ordinamento o la nozione di *Grundnorm* — che emergeranno anche grazie al confronto con gli allievi. Sono diverse le ragioni che consentono di operare una periodizzazione abbastanza definita: la “rottura” con la dottrina tradizionale

¹ Per quanto possibile, i riferimenti sono agli scritti già ripubblicati o tradotti nella collana *Hans Kelsen. Opere*, Soveria Mannelli, 2023 – in corso (sin d’ora HKO), l’edizione italiana a cura di A. CARRINO, che segue la cronologia delle *Hans Kelsen Werke*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007 – in corso (HKW), a cura di M. JESTAEDT, di cui al momento l’ultimo volume apparso è il *Band 9: Veröffentlichte Schriften 1921-1923*, 2024, mentre è in corso di elaborazione il *Band 10: Veröffentlichte Schriften 1925-1928*.

² Di una distinzione della fase iniziale e quella più matura trattano diversi autori: S.L. PAULSON, *Metamorphosis in Hans Kelsen’s Legal Philosophy*, in *The Modern Law Review*, 5, 2017, 860 ss. (riprendendo la periodizzazione che enfatizza lo *shift* di K. dal kantismo all’empirismo di E. BULYGIN, *Essays in Legal Philosophy*, OUP, Oxford, 2015, capp. 3, 8 e 14); con riferimento al ruolo della logica, M.G. LOSANO, *Diritto e logica in Hans Kelsen*, in *Il Politico*, 4, 1966, 812 ss.; in relazione alla teoria della costituzione, T.E. FROSINI, *Costituzione e sovranità nella dottrina della Germania di Weimar*, ne *Il Politico*, 1, 1996, 106; A. PUPPO, *Dover essere, stato mondiale e filosofia profetica della storia: appunti su Kelsen e Cohen*, in *Ragion pratica*, 2, 2020, 463, riprendendo la periodizzazione di PAULSON, individua il “Kelsen costruttivista” negli scritti fino al ‘20 e, successivamente, un ponte — la cui durata è discussa — verso il “Kelsen neo-kantiano”. S. LAGI [*Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920). Le origini di Essenza e valore della democrazia*, Genova, 2007, 16 e 37 ss.] enfatizza la rottura che si manifesta con la pubblicazione di *Essenza e valore della democrazia* (testo del discorso pronunciato alla Wiener Juristischen Gesellschaft nel 5 novembre del 1919: H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, già in *Gerichtshalle*, 63, 1919, 292–294, poi, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd 47, Heft 1, 1920-1921, 50-85, dunque, in HKW 4, 175 ss.), classificando gli anni dal 1911 al 1920 come passaggio dalla dottrina giuridica al pensiero democratico. Aderiremo a quest’ultima periodizzazione, per ragioni diverse ma del tutto compatibili con il punto di osservazione dell’Autrice. G. RIDOLFI, *Austromarxismo e teoria pura del diritto. La difficile eredità kantiana in Max Adler e Hans Kelsen*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2013, 95 ss., riportando il confronto tra S.L. PAULSON e C. HEIDEMANN sulla periodizzazione, individua “una prima fase del pensiero kelseniano, quella degli anni Dieci, come ‘fase costruttivista’”, rimarcandone però “un comune sentire kantiano”.



posta in essere con gli *Hauptprobleme*³, l'avvio del laboratorio corale che condurrà alla dottrina pura, la problematica apertura alle influenze filosofiche (soprattutto neokantiane), l'elaborazione progressiva di un pensiero politico via via più definito, ecc.

Non da ultimo, la periodizzazione è suggerita dalle vicende personali dell'Autore, poiché, terminata la pratica forense, tra il 1908 e il 1911 Kelsen si dedica agli *Hauptprobleme*, con soggiorni ad Heidelberg e a Berlino; quindi, ottiene l'abilitazione nel 1911 e dedica gli anni immediatamente successivi a completare il programma metodologico e proiettarlo sul piano della dogmatica. L'interesse, quindi, è rivolto a un Kelsen anteriore all'articolazione teorica più compiuta cui è dovuta la fama attuale, ed ancora impegnato a fissare le condizioni epistemologiche della giuridicità come forma di sapere. In questo senso, la pubblicazione dei *Problemi fondamentali* nel 1911 — o se si vuole la loro elaborazione negli anni immediatamente precedenti — è un punto di partenza concettualmente definito, poiché non rappresenta soltanto uno stadio preliminare, ma una configurazione autonoma del progetto, nella quale la giustificazione della scienza giuridica precede la sua istituzionalizzazione interna e la sua elaborazione (e come tale è riconosciuto dallo stesso Kelsen, nell'*Autopresentazione* del 1927 e nell'*Autobiografia* del 1947). Il *dies ad quem* di questa fase iniziale, ma compiuta, potrà essere variamente collocato nel periodo che va dal 1914 al Dopoguerra, denso di avvenimenti accademici e non: l'elaborazione di *Das Problem der Souveränität*⁴, l'avvio a tempo pieno dell'attività di docenza di Diritto pubblico (1914), la Prima guerra (e i tre anni e mezzo come funzionario al Ministero della Guerra), la collaborazione alla stesura della Costituzione austriaca (1918) e la nomina a giudice costituzionale (1919)⁵, il rinnovato

³ Il carattere innovativo dell'impostazione kelseniana è stato spesso messo in discussione. Alcuni autori, come H. HELLER, (*La crisi della dottrina dello Stato* (1926), in *Id.*, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Giuffrè, a cura di P. PASQUINO, Milano, 1987) o G. LEIBHOLZ (*La formazione dei concetti nel diritto pubblico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XI, 1931), hanno ridotto il suo contributo a un aggiornamento interno della tradizione labandiana, privo di reale discontinuità teorica. Anche G. TARELLO [*Kelsen e la cultura europea*, in C. ROEHRSEN (cur.), *Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, 1983] tende a collocare l'intero impianto del primo Kelsen entro i margini dell'accademia giuspubblicistica dell'epoca.

⁴ La cui pubblicazione (H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1920) è tardiva rispetto alla sua elaborazione ("un lavoro nato durante la guerra", HKO 2, 13.)

⁵ Sulla teorizzazione kelseniana della giustizia costituzionale come terzo modello autonomo e originario (accanto a quello inglese e quello americano), volto a garantire la tutela delle minoranze senza intaccare la supremazia parlamentare, v. E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2016, dove si contrappone il modello austriaco agli sviluppi successivi della giustizia costituzionale transnazionale orientata alla tutela dei diritti universali. Sull'attualità del modello kelseniano di giustizia costituzionale, v. anche G.P. DOLSO, *Attualità della riflessione kelseniana sulla giustizia costituzionale*, in questa *Rivista*, 2023/III; R. GUASTINI, *La costituzione senza identità*, in questa *Rivista*, *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 2020, il quale riprende una concezione kelseniana rigorosa del positivismo, proiettandola sul dibattito relativo ai limiti alla revisione costituzionale.



interesse per il diritto elettorale (1918-19)⁶, o la pubblicazione di *Essenza e valore della democrazia* (1919-21), “il punto di arrivo di un percorso intellettuale iniziato con gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*”⁷. Nel complesso, una serie di “indizi gravi, precisi e concordanti” dai quali desumere le ragioni della fine di un “primo” Kelsen. Al centro della nostra ricostruzione vi è la funzione assunta dagli *Hauptprobleme* nel riformulare i presupposti della dottrina pubblicistica del secondo Ottocento e di quella coeva. Il testo non propone una teoria compiuta del diritto, ma un impianto metodologico orientato a separare la scienza giuridica da ogni contaminazione (psicologica, sociologica o assiologica). La distinzione tra essere e dover essere, tra causalità e normatività, tra forma e contenuto, assume qui la funzione di criterio soprattutto negativo, nel non indicare tanto cosa sia il diritto, quanto nel delimitare i modi coerenti in cui esso può essere oggetto di enunciazione scientifica.

Successivamente, argomenteremo come gli scritti successivi — in particolare *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Reichsgesetz und Landesgesetz* e *Über Staatsunrecht* — non introducano nuovi elementi teorici rispetto agli *Hauptprobleme*, ma ne mettano alla prova la tenuta concettuale attraverso il confronto con oggetti specifici della dogmatica pubblicistica. Ciascun saggio funziona come un banco di prova: *Zur Lehre* verifica la possibilità di trattare l’atto statale (definito *Rechtsgeschäft* per analogia) secondo le condizioni di una scienza giuridica formalizzata; *Reichsgesetz und Landesgesetz* affronta il problema della pluralità normativa in un ordinamento federale, spingendo il formalismo a confrontarsi con la gerarchia delle fonti; *Über Staatsunrecht* tematizza il paradosso dell’illecito statale, interrogando dall’interno la coerenza del sistema normativo rispetto al concetto stesso di violazione.

Questi testi non hanno valore sistematico, ma svolgono una funzione cruciale nel mettere alla prova il progetto metodologico in campi specifici del diritto “pubblico”. È proprio nella frizione tra l’ambizione formale della teoria e le implicazioni dogmatiche che si rendono visibili la tensione costruttiva del primo Kelsen, le ragioni di contesto del programma metodologico, e si può calibrare il rilievo delle ascendenze neokantiane.

Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) 8, Kelsen non sviluppa una teoria generale del diritto, né una dogmatica positiva dello Stato, ma interviene sul piano preliminare

⁶ H. Kelsen, *Das Proportional(wahl)system*, in *Der österreichische Volkswirt. Zeitschrift für Industrie und Finanzwesen*, 11, 1918/1919; *Id.*, *Der Proporz im Wahlordnungsentwurf*, in *Neue Freie Presse*, n. 19494, 1° dicembre 1918; ecc.

⁷ S. LAGI, *Il pensiero politico*, cit., 191, dove però l’Autrice insiste anche sulle intuizioni innovative del testo.

⁸ “Quello che costituisce il punto di vista decisivo per questo lavoro fu da me individuato e raggiunto attraverso l’intuizione del fatto che il diritto, nella sua essenza, è norma, che ogni teoria giuridica è perciò dottrina delle norme, dottrina delle proposizioni giuridiche e che, in quanto tale, deve necessariamente essere dottrina del diritto oggettivo. La cosiddetta ‘volontà dello Stato’, come viene di solito caratterizzato il diritto oggettivo, non poteva essere un’entità psichico-reale come la volontà dei singoli esseri umani, ma solo un’espressione antropomorfa del dovere dell’ordinamento statale. Da ciò derivava ai miei occhi il significato non psicologico, assolutamente normativo, del concetto di volontà specifico per la teoria del diritto”. Negli *Hauptprobleme der*



della legittimità del discorso giuridico in quanto forma autonoma di conoscenza. Il progetto si articola come risposta critica al sincretismo metodologico che caratterizzava la scienza giuridica del tempo, in cui elementi di ordine psicologico, sociologico o politico venivano trattati come componenti interne alla concettualizzazione giuridica⁹. La tesi di fondo è che ogni confusione tra causalità ed imputazione normativa, tra fatti e norme, tra accadere e dover essere, produce un'erosione della specificità epistemica del diritto.

Il testo ha, dunque, una funzione principalmente negativa e delimitativa e fornirà la base per i successivi sviluppi propriamente dogmatici. La giustificazione della scienza giuridica non si fonda su una specifica ontologia del diritto, ma su una distinzione metodologica tra le scienze descrittive e quelle normative. L'intervento di Kelsen è rivolto a ricondurre il diritto sotto un unico punto di vista: non ciò che accade nel mondo, ma ciò che deve accadere secondo una regola, assumendo *aliunde* che essa sia data. Ne risulta una ridefinizione del campo giuridico come spazio teorico costruito e non dedotto, fondato su atti di qualificazione normativa, e non su dati empirici o funzioni materiali.

Già nell'originario programma metodologico, i concetti di norma, imputazione, validità, volontà giuridica non designano enti o proprietà del mondo reale (o sociale), ma operatori logico-giuridici interni a un sistema chiuso, che ne rifiuta la possibile derivazione *ab externo*. La volontà, in particolare, viene privata di ogni contenuto psicologico o soggettivo, e ricostruita come forma di produzione normativa che consente o, forse, descrive con il ricorso a un'analogia psicologica il nesso di imputazione. Lo stesso vale per lo Stato, che non è più un ente sovraordinato e pregiuridico – il quale, in quanto ente o è soggetto all'ordinamento, o coincide con esso –, ma un mero centro di imputazione giuridica.

In assenza della costruzione sistematica che emergerà poi con la teoria del gradualismo, con la nomodinamica e con l'elaborazione progressiva del concetto di *Grundnorm*, la purezza – volendo retrodatare il termine a una fase in cui la sua adozione è sporadica – coincide qui con la massima riduzione del diritto al suo funzionamento formale¹⁰.

Staatsrechtslehre (1911), come sarà analizzato *infra* nei §§ 3 e 4, K. sottopone a una critica radicale la scienza giuridica e la dottrina dello Stato del suo tempo, proponendo una revisione metodologica di fondo. Contro il sincretismo metodologico dominante — cioè, la confusione tra spiegazione empirica e valutazione normativa — K. esige sin da allora una “purezza” metodologica, intesa come coerenza interna del programma scientifico. Nell'opera, K. smantella l'idea che concetti giuridici fondamentali (come Stato, volontà, persona, validità) siano entità sostanziali. Alla visione ontologica e olistica contrappone un approccio relazionale, centrato sulla norma giuridica positiva (cfr. M. JESTAEDT, HKW 2, VII, e diffusamente negli *Hauptprobleme*, HKO 2, 7, 153, 352, ecc.). Sul “formalismo geometrizzante” di K., v. subito A. CARRINO, *Una 'rivoluzione conservatrice'*. Stato di diritto e scienza giuridica nei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale*, HKO 2, VII-XIX.

⁹ Il programma di purificazione del diritto pubblico dalle istanze storicistiche di cui tratta M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweite Band. Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München, 1992, capp. 7 e 8.

¹⁰ Cfr. sul riduzionismo e il ricorso al presupposto di un fondamento condizionato e ipotetico, O. CHESSA, *La validità delle costituzioni scritte. La teoria della norma fondamentale da Kelsen a Hart*, in [Diritto & Questioni](#)



Il periodo compreso tra la pubblicazione degli *Hauptprobleme* e i saggi dogmatici del 1913–1914 è segnato, inoltre, da una serie di scritti metodologici che precisano e articolano il progetto metodologico kelseniano. Pur affrontando temi eterogenei, questi testi condividono la funzione di delimitare con maggiore precisione lo statuto della scienza giuridica e ampliare la portata del programma tracciato nel 1911.

Alcuni nuclei vengono confermati e approfonditi: il primato del metodo formalista; la separazione tra *Sein* e *Sollen*; il rifiuto di ogni contaminazione empirica; il ruolo centrale della norma come schema logico di imputazione tra condizione e conseguenza. Figure come lo Stato, la volontà, la colpa vengono trattate come costruzioni normative, strumenti di qualificazione e non entità sostanziali.

La validità giuridica continua a operare come criterio costitutivo, in sostituzione dell'esistenza¹¹.

In questa fase, l'interesse di Kelsen si concentra sul confronto con la sociologia e sulla difesa della specificità del metodo giuridico. In *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (1911) e in *Zur Soziologie des Rechtes* (1912), l'autore respinge le confusioni metodologiche che avevano segnato il dibattito contemporaneo, denunciando la presenza implicita di contenuti normativi in approcci dichiaratamente descrittivi.

In *Politische Weltanschauung und Erziehung* (1913), il formalismo assume anche una funzione di stabilizzazione istituzionale. L'universalismo della forma giuridica permette di mantenere una cornice statale priva di identità politica condivisa, come quella dell'Impero austro-ungarico. In *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn* (1913), il metodo giuridico si confronta direttamente con il diritto costituzionale, mostrando che la posizione della norma nella gerarchia delle fonti ne determina la validità.

Il passaggio dagli *Hauptprobleme* alla produzione dogmatica tra il 1913 e il 1914 segna una fase decisiva nella formazione del primo Kelsen. I tre saggi “dogmatici” – *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft* (1913), *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung* (1914), *Über Staatsunrecht* (1914) – rappresentano il momento in cui l'impianto metodologico viene confrontato con oggetti concreti del diritto positivo. Il metodo, fino a quel momento definito nei suoi tratti generali, viene verificato nella costruzione di istituti, nella

[Pubbliche](#), 10, 2010, 56 ss. B. CELANO (*La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999, 376 ss.) evidenzia invece la contraddizione tra esigenza di presupposizione e carattere ipotetico della *Grundnorm*. Sul punto v. anche C. MAGNANI, *Teorie novecentesche della Costituzione. Tra Stato, sovranità e soggetto costituente*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2002, 118 ss.; A. CARRINO, *Introduzione. Vita e forme in Kelsen*, in H. KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, 1988, 15 ss. Sul punto v. anche P. DE NARDIS, *Hans Kelsen e l'egemonia della forma*, in A. CARRINO, *Teoria pura del diritto e democrazia*, Soveria Mannelli, 2024, 127 ss.

¹¹ Sul problema della validità, v. N. CUCINOTTA, *Kelsen e i diritti fondamentali: alcuni spunti di riflessione*, in [Diritto & Questioni Pubbliche](#), 21, 2021, 203 ss., e soprattutto R. GUASTINI, *Ancora sulla validità in Kelsen*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2014, che ricostruisce l'identificazione tra validità ed esistenza.



soluzione di aporie costituzionali e nella chiarificazione di antinomie concettuali interne all'ordinamento¹².

Il saggio sul negozio di diritto pubblico costituisce un primo banco di prova, dove l'istituto del *Rechtsgeschäft*, tradizionalmente fondato sull'elemento volontaristico, viene ricondotto a una costruzione puramente normativa, senza il ricorso a categorie sociologiche, psicologiche o funzionalistiche. L'atto "voluto" è qualificato esclusivamente sulla base della sua forma, intesa come dispositivo normativo e non come espressione soggettiva. In tal modo, la configurazione dell'atto pubblico come effetto imputato all'ordinamento consente di superare le ambiguità della tradizione, che oscillava tra modelli autoritativi e privatistici. E sarà proprio l'Autore ad attribuire al saggio sulla dottrina del negozio di diritto pubblico un ruolo di primo piano nell'*Autopresentazione* del 1927¹³: «Con l'approfondimento della filosofia kantiana di orientamento marburghese, tesa al raggiungimento della massima purezza metodica, il mio sguardo si fece più acuto e attento alle innumerevoli, sospette opacità, di cui soffriva la teoria giuridica a causa di tendenze politiche degli autori, consapute o meno che fossero. Un primo risultato di questo orientamento è il saggio *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, nell'*Archiv des öffentlichen Rechts* (1913). Ormai avevo individuato anche il terzo e importantissimo dualismo che sta alla base della dottrina dominante, il contrasto tra diritto e Stato, che fonda entrambi i contrasti prima menzionati tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, diritto privato e diritto pubblico».

Reichsgesetz und Landesgesetz, il secondo dei saggi analizzati, si misura con il conflitto tra norme costituzionali di livello diverso. L'analisi della concorrenza tra leggi federali e locali porta Kelsen a interrogare la logica interna dell'ordinamento e a elaborare i primi elementi di una struttura a gradi, in cui la validità di una norma dipende dalla sua posizione sistematica. Sebbene la *Grundnorm* non sia ancora tematizzata, il problema di un fondamento che non appartiene all'ordine ma ne garantisce la coerenza emerge con chiarezza via via maggiore. Il metodo applicato a un contesto istituzionale specifico dimostra di poter produrre effetti

¹² Cfr. F. SCIACCA, *Hans Kelsen. Dalla teoria del diritto a una filosofia per la costituzione*, in *Filosofia politica*, 2, 2016, 257 ss., che ricostruisce il primo decennio di produzione kelseniana ponendo in connessione la postura filosofica, i problemi metodologici e l'elaborazione dogmatica.

¹³ La citazione è tratta dalla *Selbstdarstellung* del 1927 (HKW 1, 22; HKO 1, 13), il cui testo fu redatto da K. a Vienna nel febbraio del 1927, su richiesta del filosofo del diritto ungherese Julius (Gyula) MOÓR, al quale fu trasmesso accompagnato da una lettera datata 20 febbraio 1927, scritta materialmente dalla moglie Margarete a causa di una frattura alla mano destra di K. Il dattiloscritto, privo di titolo autografo, è stato pubblicato tra le prime volte in lingua tedesca in S.L. PAULSON (cur.), *Hans Kelsen / Renato Treves. Formalismo giuridico e realtà sociale*, Napoli, 1992, 33–37, con il titolo editoriale *Über die Entstehung der Reinen Rechtslehre. Die erste autobiographische Skizze*. La traduzione francese è apparsa in *Droit et Société*, 7, 1987, 331–340. La testimonianza autobiografica è stata anche impiegata come fonte da R.A. MÉTALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Franz Deuticke, Wien, 1969 (HKW 1, 19). Cfr. P. CHIASSONI, *"Beautiful Mind". Sugli scritti autobiografici di Hans Kelsen*, in *Ragion pratica*, 2, 2008, 587 ss.



chiarificatori anche al di fuori della sfera teorica generale, rivelando una sorprendente elasticità.

Il terzo saggio, *Über Staatsunrecht*, affronta il problema dell'illecito statale. Qui si mostra la tensione tra coerenza formale e fondamento del sistema. Dal momento che l'idea stessa di illecito commesso dallo Stato pone in crisi la concezione classica dell'autorità normativa, Kelsen affronta la questione mostrando che la violazione è possibile solo se lo Stato non coincide con un soggetto sovraordinato, ma con una costruzione normativa imputata a norme superiori.

Questi tre saggi, letti nel loro insieme, non espandono l'apparato concettuale degli *Hauptprobleme*, ma ne verificano la portata su oggetti giuridici specifici. Il metodo viene trattato come criterio di costruzione e di controllo, capace di produrre semplificazioni teoriche che permettono di affrontare la complessità del diritto positivo. In questa transizione dalla teoria alla dogmatica emergono con chiarezza sia la forza chiarificatrice del formalismo normativo, sia la necessità di presupporre elementi che non possono essere giustificati internamente.

Il percorso che segue si muove lungo alcune linee di indagine tra loro intrecciate. Anzitutto, prende in considerazione il contesto istituzionale e intellettuale in cui si forma il primo Kelsen, segnato dalla crisi della giurisprudenza tradizionale, dalla tensione tra positivismo normativo e indirizzi sociologici, e dalla riorganizzazione complessiva delle scienze umane all'inizio del Novecento¹⁴. Questo sfondo consente di comprendere la posta in gioco del progetto kelseniano come un tentativo di rifondazione del discorso giuridico entro le condizioni teoriche poste dalla modernità e, più in particolare, dalla riflessione inaugurata nel secolo diciannovesimo.

In secondo luogo, il lavoro ricostruisce il rapporto con alcune ascendenze filosofiche, in particolare con la tradizione kantiana e neokantiana. Si tratta di influenze mediate, non sistematiche, che agiscono come risorse metodologiche piuttosto che come fondamenti speculativi. Kelsen seleziona, piega e riorienta alcuni "strumenti" di quella tradizione — in specie la distinzione tra essere e dover essere, e la funzione normativa della forma — per fondare una scienza del diritto come sapere autonomo e non assiologico¹⁵.

La riflessione si arresta infine sul nodo delle finzioni, il cui ruolo attraversa sotterraneamente l'intero edificio teorico di Kelsen. Già nei primi scritti emerge la necessità di ricorrere a figure — lo Stato, la volontà, il soggetto giuridico — che non trovano fondamento

¹⁴ Si veda per esempio il quadro ricostruito in F. LIJOI, *Hans Kelsen, giurista democratico nel suo tempo e nel nostro*, in *Iride*, 3, 2022, 597 ss.

¹⁵ N. BOBBIO [*Dalla struttura alla forma, nuovi stadi di teoria del diritto* (1977), Roma-Bari, 2007, 194-195] accosta l'influenza kantiana al programma rifondativo delle scienze sociali incentrato sull'istanza di avalutatività (p.e. di WEBER e PARETO). Cfr. anche R. GUASTINI, *Questioni aperte nella teoria pura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2012, 77-84; P. BECCHI, *"Rechtswissenschaft": genealogia di un concetto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 297 ss.



né nella deduzione logica né nella descrizione empirica, ma che si impongono come articolazioni indispensabili della “meccanica” normativa. Il funzionamento stesso della forma giuridica implica la presenza di tali operatori teorici, che non appartengono al suo statuto ma ne condizionano la possibilità.

Il ricorso alle finzioni fondativo-regolative segna uno snodo critico nel pensiero di Kelsen, in cui la coerenza interna del progetto si confronta con la necessità di assumere presupposti non derivabili dal sistema stesso. La costruzione teorica si regge infatti su un equilibrio instabile: da un lato, Kelsen respinge apertamente l’uso di finzioni legate a modelli psicologici o sociologici della normatività, denunciandole come compromissioni metodologiche — «La lotta contro la finzione, contro questa spregevole menzogna necessaria della scienza, è uno dei fini del mio lavoro»¹⁶; dall’altro, non rinuncia a strutture concettuali che operano come finzioni epistemiche, indispensabili per sostenere l’architettura riduzionista e formalmente chiusa del suo sistema. Questa tensione, lungi dall’essere risolta, viene assunta come elemento consapevole di articolazione teorica nelle fasi successive della sua riflessione, anche attraverso il confronto con modelli esplicitamente finzionalisti, come quello elaborato nella filosofia del “come se” di Vaihinger¹⁷.

In questa linea si iscriverà anche il problema della *Grundnorm*, che non rappresenta un fondamento metafisico, ma una costruzione logica introdotta per rendere possibile l’unità e la validità dell’ordinamento, e perciò si colloca al confine tra ciò che il discorso giuridico può costruire formalmente e ciò che deve assumere senza poterlo derivare. Come scriverà in uno dei passaggi più inquieti della sua produzione matura: «Chi, di fronte all’eterno problema di ciò che sta dietro il diritto positivo, cerca ancora una risposta troverà, temo, non la verità assoluta di una metafisica, né la giustizia assoluta di un diritto naturale. Chi alza quel velo senza chiudere gli occhi si vede fissare dallo sguardo sbarrato della testa di Gorgone del potere»¹⁸.

La finzione, in questo quadro, non rappresenta una deviazione né un errore, ma costituisce un elemento strutturale della forma. Il progetto di una scienza giuridica “pura” implica presupposti che non possono essere generati dall’interno del sistema, pur condizionandone la possibilità. Il problema non riguarda l’eliminazione di queste figure, ma la possibilità di pensare la normatività senza convertirle in fondamenti ontologici. L’analisi prende avvio da questa tensione irrisolta, interrogandone le ascendenze filosofiche, collocandone l’emersione nel contesto della crisi dell’Impero austro-ungarico e rilevandone gli effetti sulla dogmatica, dove

¹⁶ La citazione è nella *Prefazione* degli *Hauptprobleme* (HKO 2, 7).

¹⁷ K. distinguerà le proprie finzioni da quelle postulate da VAIHINGER, chiarendo che non fingono nulla di reale ma operano come strumenti costruttivi, privi di contenuto ontologico e consapevolmente impiegati nella struttura teorica (cfr., *infra*, n. 54).

¹⁸ H. KELSEN, *Die Gleichheit vor dem Gesetz in Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung in Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin-Leipzig, 1927, III, 55; tr. it. in A. CARRINO, *L’ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, 1990, 33–34.



si traduce in un modello riduzionista, concettualmente parco, costruito su ipotesi minime, controllabili e non eccedenti i confini interni del sistema.

2. Kelsen e dintorni. Una topografia del progetto teorico.

L'opera di Hans Kelsen si caratterizza per l'adozione di un metodo "scientifico" che mirerebbe alla massima purezza concettuale, intesa come rigorosa separazione tra il piano normativo e quello empirico. Tale distinzione, come è noto, si fonda su un'opposizione epistemologica radicale tra il "dover essere" (*Sollen*) — l'oggetto esclusivo della scienza giuridica — e il "mondo dell'essere" (*Sein*), dominio proprio delle scienze naturali e sociali¹⁹. L'ambizione kelseniana è quella di fondare una teoria generale del diritto che, emancipandosi da ogni contaminazione psicologica, sociologica o etico-politica, si configuri come una scienza autonoma e formalmente chiusa, disciplinata da un linguaggio specificamente giuridico e da categorie logicamente determinate.

L'istanza di autonomia e purezza del sapere giuridico ha un'origine articolata, ma compare limpidamente già negli *Hauptprobleme* (1911)²⁰ e si raffina progressivamente sino alla sua più compiuta definizione nella dottrina pura del diritto (1934–1960).

In questo scenario, gli *Hauptprobleme* si pongono in un rapporto problematico con la tradizione giuridica tedesca, avviando la "purificazione epistemologica" della scienza del diritto, opponendosi alla commistione tra diritto e sociologia e proponendo una giurisprudenza autonoma e asseritamente fondata (solo) sulla normatività²¹. Kelsen, da subito, rifiuta l'idea dello Stato come soggetto dotato di volontà, allora dominante nel positivismo

¹⁹ Già negli *Hauptprobleme* (v. *infra* § 2), il giurista «non può congiungere nei suoi concetti il mondo dell'essere e il mondo del dovere e bisogna perciò che decida se vuole spiegare da sociologo e psicologo ciò che effettivamente accade, l'agire degli uomini, o se vuole capire le norme giuridiche, se vuol trarre i suoi concetti dall'uno o dall'altro mondo» (HKO 2, 9). H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Wien, 1934 e 1960, trad. it. di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1950-2000, diffusamente e, in particolare, § 11, dove si affronta il problema del «dover essere come categoria del diritto» (62 ss.). Cfr., sul tema, G. Ridolfi, *Sul dualismo di essere e dovere del primo Kelsen*, in *Diacronia*, 1, 2023; T. Gazzolo, *Essere / Dover essere. Saggio su Kelsen*, Milano, 2016.

²⁰ A. Carrino, *Una 'rivoluzione conservatrice'*, cit., IX ss.

²¹ Ch. Schönberger, *Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“. Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion*, in HKW 2, 23 ss. Similmente, enfatizza gli elementi di rottura con la tradizione A. Baldassarre, *Lo strano destino di Kelsen in Italia*, in A. Carrino (cur.), *Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 45-48. Kelsen «si muove certamente nella cosiddetta linea Gerber-Laband-Jellinek. [...] Ma Kelsen va oltre Laband e Jellinek» — secondo M. La Torre, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, 2006, 90 — in quanto dissolve lo Stato-persona nell'ordinamento, mentre il positivismo ottocentesco aveva riconosciuto una priorità e un'autonomia della personalità statale rispetto all'ordinamento giuridico, mantenendo un dualismo e un rapporto di dipendenza del secondo dalla prima.



tedesco²², e lo ridefinisce come una mera funzione del diritto: non un soggetto creatore, dotato di volontà, ma esso stesso esecutore della norma²³. La teoria nasce nel contesto austro-ungarico, dove la frammentazione etnica e l'assenza di un'identità nazionale omogenea rafforzano — secondo il giudizio di alcuni — l'idea di un diritto formalizzato e neutrale, in questo senso consentaneo al liberalismo viennese di inizio Novecento²⁴.

L'opera presenta tuttavia alcuni limiti, che saranno progressivamente superati nella produzione successiva²⁵.

Secondo un giudizio diffuso, risulta infatti piuttosto statica, se confrontata con scritti più maturi, soprattutto perché non tiene conto della dinamica della produzione normativa, non sviluppa una teoria del diritto costituzionale in senso proprio e non distingue tra i diversi livelli

²² Cfr. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1978. Emblematicamente, si pensi alla *Staatswille/Wille des Staates* cui si rifà P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, Laupp'schen, Tübingen, 1876, p.e. 58: «Die juristische Persönlichkeit des Staates besteht darin, daß der Staat selbstständige Herrschaftsrechte behufs Durchführung seiner Aufgaben und Pflichten und einen selbstständigen Herrschaftswillen hat. [...] Bei dem Staate, auch dem zusammengesetzten, ist der Wille des Staates verschieden von dem Willen seiner Mitglieder; er ist nicht die Summe ihrer Willen, sondern ein ihnen gegenüber selbstständiger Wille». Ma potrebbero trovarsi ulteriori esempi ancora in C.F. VON GERBER e G. JELLINEK. L'intento polemico di K. verso la tradizione ottocentesca è stato analizzato da M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. GOZZI e P. SCHIERA, (curr.), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, 1987, 51 ss., che ne ha evidenziato il rilievo rispetto ai motivi di ordine filosofico.

²³ P.e.: «lo Stato può essere persona in senso giuridico solo come *legis executor*, cioè la personalità statale può rapportarsi solo all'esecutivo, la legislazione ricade al di fuori di questo ambito giuridico, non può essere funzione della persona statale!» (HKO 2, 450).

²⁴ M. BALDUS, *Habsburgian Multiethnicity and the "Unity of the State" – On the Social and Political Setting of Hans Kelsen's Legal Thought*, in D. DINER e M. STOLLEIS (curr.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt. A Juxtaposition*, Bleicher, Gerlingen, 1999, 13–25. Non a caso, è stato recentemente osservato che K. teorizzerà poi, in *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (Mohr Siebeck, Tübingen, 1920–1921, 1929, trad. it. a cura di A. CARRINO, *Essenza e valore della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2004; sulla complessa vicenda editoriale, v. HKW 4, 700 ss.), «una democrazia senza il popolo o meglio: egli teorizza una democrazia in cui il popolo quale soggetto politico non è il presupposto della democrazia bensì l'effetto, la conseguenza di un meccanismo di integrazione» (S. LAGI, *La democrazia secondo Hans Kelsen: alcuni temi e controversie*, in *Isonomia*, 59, 2023, 158 ss. Cfr. Anche C.M. HERRERA, *Kelsen et le Libéralisme*, in *Id.*, *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, 2000. È lo stesso Kelsen, in ogni caso, a fornire una conferma esplicita già nei *Problemi fondamentali*: «La tendenza – già precedentemente sottolineata –, che qui si manifesta, contraria alla dominante ipertrofia della costruzione giuridica, va ancora nel senso che l'ambito concettuale dello Stato – che l'odierna teoria del diritto statale si sforza di allargare eccessivamente in uno stupefacente parallelismo con la dominante concezione politica del socialismo di Stato – subisce una certa restrizione rispetto all'estensione del concetto di società. Poiché in ciò i miei risultati si toccano con parecchi risultati della più antica teoria liberale dello Stato, non potrei in alcun modo oppormi se si dovesse vedere nel mio lavoro un sintomo di quel neoliberalismo che nei tempi più recenti sembra prepararsi dappertutto» (HKO 2, 10). Secondo A. CARRINO (*L'ordine delle norme*, Napoli, 1990, 12), è chiaro che «dietro il discorso scientifico vi fosse in Kelsen la piena consapevolezza della ideologia e del valore politico delle sue tesi e argomentazioni».

²⁵ Cfr. anche G. RIDOLFI, *Sul dualismo*, cit., 245–246.



della normazione²⁶. Tali elementi saranno presto integrati con una maggiore “considerazione dinamica”²⁷ del diritto, a partire dalla seconda edizione, grazie all’apporto corale di collaboratori e allievi, in particolare di Adolf Julius Merkl, Alfred Verdroß, František Weyr e Fritz Sanders²⁸. In particolare, negli *Hauptprobleme* non compare ancora, se non *in nuce*, il concetto di *Grundnorm*, e così neppure la costruzione a gradi dell’ordinamento, il tema del calcolo degli errori (*Fehlerkalkül*), e più in generale la concezione nomodinamica dell’ordinamento (*dynamische Rechtsbetrachtung*). Resta, però, un’opera fondamentale per comprendere l’origine del progetto della *reine Rechtslehre* e la connessione — possibile, ma forse non necessaria — tra la teoria giuridica kelseniana, il contesto politico, le ascendenze neokantiane, la teoria e dogmatica della coeva giuspubblicistica, nonché l’implicito ma diffuso impegno intellettuale di matrice liberale²⁹.

A ben vedere, già il dibattito ottocentesco sulla sistematica giuridica, segnato dalla tensione tra sistema chiuso e sistema aperto, aveva posto le basi per quell’istanza di “purezza” teoretica

²⁶ Il giudizio è di Ch. SCHÖNBERGER, *ult. op. cit.*

²⁷ Così Kelsen definisce l’integrazione nella *Prefazione* della seconda edizione (Mohr Siebeck, Tübingen, 1923), XII. R. GARCIA CADORE, „*Rechtswidriges Recht*“. *Die Merkl–Sander–Kontroverse innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie*, Tübingen, 2024, ricostruisce il ruolo di František WEYR, Fritz SANDER e Adolf J. MERKL nello sviluppo e nella ricezione della dottrina pura del diritto. WEYR è riconosciuto come anticipatore della concezione formale-normativa e del sistema giuridico unitario; MERKL come collaboratore fondamentale nella sistematizzazione della teoria, in particolare con la struttura a gradi [sul punto, v. anche E. WIEDERIN, *Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl*, in S. GRILLER, H.P. RILL (a cura di), *Rechtstheorie: Forschungen aus Staat und Recht*, Springer, Wien-New York, 2011, 81 ss.]; Sander, inizialmente vicino a Kelsen, ne diventa poi il più accanito critico, arrivando a contestare la paternità della *Grundnorm*. Sull’ultima vicenda v. M. LA TORRE, *ult. op. cit.*, 91, e direttamente F. SANDER, *Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung*, in [Zeitschrift für öffentliches Recht](#), 1, 1919, 132 ss., il quale tratta della rivoluzione per evidenziare le criticità dell’impostazione kelseniana: un fatto normativo originario che fonda un nuovo ordinamento giuridico non in base a una norma superiore, ma per effetto della sua riuscita.

²⁸ Cfr. C. JABLONER, *Alcuni “Austriaci” della dottrina pura del diritto*, in A. CARRINO, *Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 23; e, nel medesimo volume, R. GARCIA CADORE, *Una “rivoluzione nel palazzo” della Scuola viennese: la controversia tra Hans Kelsen e Fritz Sander sulla (vera) teoria pura del diritto*, 281 ss.

²⁹ La teoria pura — nelle formulazioni più compiute che saranno sviluppate — non impone necessariamente un esito liberale, ma fornisce le condizioni per analizzare la struttura formale di un ordinamento che, storicamente e politicamente, può assumere una forma liberal-democratica. Sotto questo profilo, la battaglia contro le finzioni concettuali mirava anche a smascherarne l’uso ideologico, creando uno spazio teorico in cui diverse forme politiche, inclusa quella liberale, potessero essere analizzate scientificamente, senza presupposti metafisici o etici assoluti. In ogni caso, Kelsen finirà per contaminare la teoria con esigenze sostanziali (liberali): non sarebbe un liberale “coerente”, ma può essere letto come un autore involontariamente liberale (A. SPADARO, *Kelsen Versus Kelsen. Democracy or Constitutional Democracy?*, in [Italian Journal of Public Law](#), 2, 2021, 342 ss.). Oppure, con S. LAGI, *Democracy in Its Essence: Hans Kelsen As a Political Thinker*, Lanham MD, 2020, si può collocare l’autore nel contesto della riflessione liberal-democratica di inizio secolo e individuare nella dottrina pura le coordinate teoriche per il passaggio dal *Rechtsstaat* ottocentesco ai modelli teorici del costituzionalismo novecentesco.



che ritroviamo in Kelsen. Tale esigenza attraversava le opere di Friedrich Carl von Savigny e, ancor più, il confronto tra i suoi allievi, dai quali emersero presto due orientamenti: uno volto a perseguire una formalizzazione sistematica chiusa, l'altro aperto a istanze esterne — inizialmente storiche, poi sociali, valoriali e, infine, funzionalistiche³⁰.

Sotto questo profilo, la riflessione ottocentesca — spesso sintetizzata nella contrapposizione tra lo storicismo savigniano e il concettualismo puchtiano — si rivela, alla luce delle interpretazioni più recenti³¹, assai più complessa e meno rigida di quanto non abbia suggerito la lettura otto-novecentesca. Per esempio, Georg Friedrich Puchta è stato a lungo rappresentato come il capostipite di una sistematica rigidamente deduttiva, espressione di una *Begriffsjurisprudenz* astratta e insensibile alle trasformazioni storiche e sociali. È questa, per esempio, l'immagine tramandata da Rudolf von Jhering e, in parte, dalla dottrina giuspositivistica dei primi del Novecento³². Un altro caso emblematico è quello di Eduard Gans, a lungo marginalizzato anche per ragioni extra-disciplinari (non ultime le sue origini ebraiche), la cui figura emerge oggi come alternativa teorica rilevante nel dibattito sulla forma del sistema giuridico nella sua fase aurorale³³. Per molti di questi autori, il rapporto tra forma e contenuto

³⁰ Per la riconduzione dell'intero programma sistematico alla Scuola storica del diritto, v. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), Milano, 1966, 5 ss.; F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (1967), Milano, 1980, §§ 20-22; A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, 1976.

³¹ Tale rappresentazione è oggi ampiamente ridimensionata: H.P. HAFERKAMP (*Georg Friedrich Puchta und die "Begriffsjurisprudenz"*, Frankfurt/Main, 2004) ha mostrato come in PUCHTA non solo sopravviva l'eredità storicistica di SAVIGNY, ma come il suo sistema non sia affatto chiuso in senso logico-formale. Al contrario, esso mantiene un rapporto significativo con la prassi, la consuetudine, la storia del diritto romano e perfino con l'arbitrarietà del legislatore. Si tratterebbe, dunque, di una costruzione dinamica, attraversata da tensioni simili a quelle che percorreranno più tardi la teoria dei sistemi di LUHMANN.

³² R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung*, II. ed., Leipzig, 1858, §§ 38-41. Cfr. anche E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, München-Leipzig, 1910, 458 ss.

³³ Filosofo del diritto e interprete del sistema hegeliano, E. GANS cerca di fondare la sistematica del diritto privato su basi materiali, dialettiche, capaci di tenere insieme storicità e razionalità, in un contesto che già prefigura la politicizzazione dei concetti giuridici. La sua nota polemica con SAVIGNY sulla natura della tutela possessoria, e la ricezione critica della sua opera, sono segnali precoci di una frattura che riguarda il senso stesso della concettualizzazione giuridica e il suo rapporto con l'esperienza sociale. V. E. GANS, *System des Römischen Civilrechts in Grundrisse*, Dümmler, Berlin, 1827, 148 ss. Sul tema ci si limita a rinviare, tra gli altri, a J. RÜCKERT, *Thibaut – Savigny – Gans: Der [sechsfache] Streit zwischen "historischer" und "philosophischer" Rechtsschule*, in *Savigny-Studien*, Klostermann, Frankfurt/Main 2011; C. BERTANI, *Eduard Gans (1797–1839) e la cultura del suo tempo*, Guida, Napoli, 2004, nonché dello stesso, *"Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung (1824–35)" von Eduard Gans. Das erste Zeugnis vom Einfluss Hegels auf die Privatrechtsgeschichtsschreibung*, in [Rechtsgeschichte](#), 11, 2007, 110-138; v. anche M. H. HOFFHEIMER, *Eduard Gans and the Hegelian Philosophy of Law*, Springer, Dordrecht, 1995; e, per una lettura meno recente, ma ancora utile, J. BRAUN, *Der Besitzrechtsstreit zwischen F. C. von Savigny und Eduard Gans – Idee und Wirklichkeit einer juristischen Kontroverse*, in *Appendice ai Quaderni fiorentini*, IX, 1980, 457-506.



risulta più sfumato e indecifrabile di quanto sia stato affermato dalla *Begriffsgeschichte* novecentesca, che ha spesso radicalizzato — pur con apprezzabili effetti chiarificatori — distinzioni in realtà più ambigue.

A titolo d'esempio, già nel pensiero di Savigny non mancavano elementi di sistematicità formale, e non è corretto ridurre la sua opera a una mera opposizione storicistica nei confronti della deduzione concettuale³⁴. Pur professando esplicitamente l'elezione del metodo storico contro l'astrazione filosofica dell'Illuminismo, Savigny non rinunciò mai del tutto a una concezione formale della scienza giuridica, che anzi andò progressivamente raffinando. L'uso polemico della storia, ben visibile nell'articolo programmatico che accompagnava la fondazione della "sua" *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*³⁵, lasciò presto spazio a un'impostazione sempre più orientata verso una sistematica giuridica autonoma, se non addirittura a una forma, in certo senso, più "pura" di dogmatica. In realtà, tanto tra gli autori orientati verso una sistematica formale e chiusa, quanto tra i fautori di approcci "aperti", il rapporto tra forma e contenuto si presenta sempre in declinazioni sfumate, con accenti più o meno marcati sull'uno o sull'altro polo. Nessuna delle due tendenze si esprime in modo univoco: la distinzione tra sistema deduttivo e approccio storico (*et similia*) si rivela così meno netta di quanto una certa storiografia giuridica novecentesca abbia suggerito.

Inoltre, la medesima istanza di "purezza" della scienza giuridica, intesa come presupposto dell'autonomia del sistema, si ritrova anche nella giuspubblicistica primigenia. Emerge in Otto von Gierke, considerato il traslatore in ambito pubblicistico della formalizzazione sviluppata dalla pandettistica nel diritto privato³⁶; in Paul Laband, che segna una svolta verso una

³⁴ Alcuni autori hanno insistito sulla necessità di superare la dicotomia rigida tra sistema chiuso e sistema aperto, sottolineando come la giurisprudenza storica tedesca mantenga comunque una tensione verso la coerenza sistematica, pur senza sacrificare il legame con le fonti e la tradizione. Cfr. P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di dottrina generale del diritto*, in *Quaderni fiorentini*, X, 1981, 323 ss.; *Id.*, *Systema juris. Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette*, Giuffrè, Milano, 1984; M. FIORAVANTI, *Savigny e la scienza del diritto pubblico del diciannovesimo secolo*, in *Quaderni fiorentini*, XVI, 1980, 319 ss., dove l'Autore individua in Savigny l'origine della teoria giuridica dello Stato elaborata poi da Gerber, Jellinek e la dottrina tedesca del secondo Ottocento: un pensiero istituzionalistico, nato da una *Wende* teorica tutta interna alla scienza del diritto privato. Nel medesimo volume v. anche M. Stolleis, in risposta al contributo di Fioravanti sul tema del rapporto tra la scienza del diritto pubblico di Gerber e la sistematica savignyana (339 ss.). Sul rapporto tra sistema esterno ed interno, chiuso ed aperto, v. anche F. MODUGNO, *Sistema giuridico*, in L. MENGONI, F. MODUGNO e F. RIMOLI (curr.), *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, 7 ss.

³⁵ F.C. VON SAVIGNY, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1, 1815, 1-2, in cui rivendica l'alterità della Scuola storica rispetto a quella "non-storica o filosofica", opponendo in modo identitario le virtù della ragione storica alla superficialità dell'intelletto astratto. Ben diverso, invece, l'appello alla purezza e all'unità sistematica che ritroviamo nella *Vorrede* del suo *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, XXXVI ss.

³⁶ In relazione alla dicotomia pubblico/privato, C.F.W. VON GERBER, *Ueber öffentliche Rechte*, Laupp & Siebeck, Tübingen, 1852, 30-35; quanto alla sua impostazione sistematica, già con riferimento al solo diritto privato: *Id.*, *System des Deutschen Privatrechts*, Mauke, Jena, 1848, in sintesi, nella *Vorrede* (I-XVIII).



concezione normativa del diritto, contrapponendosi alla centralità della personalità dello Stato³⁷; e, in forma diversa, in Georg Jellinek. In quest'ultimo, secondo Kelsen, l'istanza di purezza metodologica non è riconducibile al sincretismo storico-sociologico della sua impostazione, bensì alla convinzione — di impronta positivista — che il diritto consista in un sistema di norme accompagnate da coazione esterna³⁸. Questa tendenza verrà poi ripresa e rilanciata, sia pure su basi epistemologicamente differenti, dal positivismo logico del primo Novecento³⁹.

³⁷ Alcuni critici, tra cui H. HELLER [*La crisi della dottrina dello Stato* (1926), in *Id.*, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Milano, 1987], G. LEIBHOLZ [*La formazione dei concetti nel diritto pubblico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XI, 1931], G. TARELLO [*Kelsen e la cultura europea*, in C. ROEHRSEN (cur.), *Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, 1983] e, da ultimo per esempio, L. FERRAJOLI [*La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, 100 ss.], hanno interpretato l'opera di Kelsen come una prosecuzione, sebbene in forme nuove, della dottrina di Laband. Secondo questa lettura, nonostante le reiterate dichiarazioni di rottura, la *Reine Rechtslehre* resterebbe in parte debitrice del formalismo giuspubblicistico ottocentesco. Kelsen stesso, nelle prefazioni agli *Hauptprobleme* (1911) e alla *Allgemeine Staatslehre* (1925), ammette l'influenza di quella tradizione, almeno quale punto di partenza.

Tuttavia, numerosi elementi indicano una rottura metodologica e concettuale profonda. In una lettera del 1933 a Renato Treves, K. rigetta esplicitamente l'etichetta di "labandismo", accusando la dottrina di Laband di aver fallito la separazione tra diritto e politica e di essere un'"ideologia del principio monarchico" [H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto, «labandismo» e neokantismo. Una lettera a Renato Treves* (1933), in H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Napoli, 1992, 51]. A differenza di Laband, che manteneva un legame implicito con l'assolutismo statale, K. sviluppa un'impostazione formalmente pura e normativista, volta a espellere ogni riferimento psicologico o sociologico dalla costruzione del concetto giuridico (*Hauptprobleme*). Inoltre, Kelsen respinge la centralità della volontà del sovrano come fondamento del diritto, riformulandola come punto d'imputazione normativa, e critica radicalmente i concetti classici del diritto pubblico tedesco, da quello di sovranità a quello di rappresentanza (*Allgemeine Staatslehre*, 1925). In questo senso, il rapporto tra K. e Laband è meno una linea di continuità che un confronto fondativo: K. certamente eredita i problemi posti dalla dottrina ottocentesca per (tentare di) superarli attraverso una rifondazione epistemologica della scienza giuridica. Su questo aspetto v. anche A. SCALONE, *Impossibile purezza. Kelsen fra scienza del diritto, politica e scienze umane*, in *Filosofia politica*, 2, 2017, 323 ss.

³⁸ Recentemente, v. S. LAGI, *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920-1932)*, in *Teoria Politica*, n.s., 7, 2017, 369. Cfr. anche: M.G. LOSANO, *L'evoluzione della dottrina pura del diritto*, in H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, XIII-CIII, 1966; *Id.*, *Diritto e logica in Hans Kelsen*, ne *Il Politico*, XXXI, 4, 1966, 812 ss.; nonché diffusamente *Id.*, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, 1980.

³⁹ La questione delle relazioni possibili del programma kelseniano con il positivismo logico è centrale nell'indagine. Si può certamente sostenere che il rapporto tra K. e il Circolo di Vienna sia segnato da affinità metodologiche, ma non da un'appartenenza diretta o organica al movimento. Si può ad esempio affermare un'influenza di Ernst MACH [cfr. G. STELLA, *Ernst Mach, Hans Kelsen, Edmund Husserl*, in A. CARRINO (cur.), *Kelsen e il problema della sovranità*, Napoli, 1990, 144 ss.], precursore del positivismo logico, sulla sua formazione scientifica e metodologica di Kelsen (cfr. P. CHIASSONI, *Hans Kelsen*, in *Il Mulino*, 1, 2011, 115 ss.), evidenziare il rifiuto della metafisica tradizionale e di un'etica oggettiva, l'istanza di avalutatività analoga al programma weberiano; nondimeno, non v'è alcuna adesione al programma linguisticamente analitico (di Carnap, Schlick o Neurath) e l'impianto complessivo resta metodologico-giuridico e non filosofico-epistemologico. V. anche J. FEICHTINGER, *Intellectual Affinities: Ernst Mach, Sigmund Freud, Hans Kelsen and the Austrian Anti-Essentialist*



Nel più ampio orizzonte del dibattito giuridico austro-tedesco dell'Ottocento si colloca, a distanza di qualche decennio, l'intervento di Kelsen, che eredita molte delle tensioni irrisolte di quella ampia "stagione" teorica, riformulandole secondo una nuova impostazione metodologica.

La sua proposta di una *reine Rechtslehre* non nascerà dunque nel vuoto, ma si innesterà su un terreno già solcato da interrogativi sul fondamento, sulla forma e sull'autonomia della scienza giuridica — interrogativi che avevano definito l'identità stessa di quest'ultima a valle del programma metodologico inaugurato in Germania nel secolo precedente.

Se, quindi, la pretesa di "purezza" della dottrina kelseniana radicalizza l'esigenza di neutralità e di chiusura metodologica del sapere giuridico, il contesto da cui essa emerge è invece segnato da una lunga tradizione di riflessione teorica, in cui la dialettica tra forma e storia, tra concetto e realtà, tra sistema e vita giuridica è già pienamente dispiegata⁴⁰. Ed è anche a quella storia che va ricondotto il programma kelseniano, inteso come tentativo, insieme radicale e innovativo, di portare a compimento i progetti ottocenteschi di fondazione di una metodologia giuridica, liberandoli dalle incrostazioni ideali o contingenti che ne avevano segnato, almeno in parte, il fallimento teorico.

La dottrina pura del diritto non va intesa soltanto come il risultato di un'applicazione *extra moenia* di categorie filosofiche — kantiane o neokantiane — alla scienza giuridica, né semplicemente come l'esito di una svolta formalista. Sin dagli *Hauptprobleme*, il programma kelseniano si configura piuttosto come un gesto epistemico autonomo, volto a istituire il diritto come oggetto teorico autosufficiente attraverso la costruzione di un linguaggio formale chiuso.

In questa prospettiva, la distinzione metodologica tra essere e dover essere non ha solo una funzione delimitativa, ma serve a fondare un regime di enunciazione specifico, all'interno del quale il diritto può essere detto solo a condizione di essere separato da ogni riferimento alla volontà, al soggetto, alla storia o all'universo dei valori "retrostante"⁴¹. Le nozioni di norma, validità, imputazione e persino quella di Stato vengono così riformulate come categorie operative "vuote", il cui significato dipende esclusivamente dalla funzione che svolgono nel sistema, e non da contenuti empirici, assiologici o istituzionali.

Per questa ragione, la questione della coerenza interna prende il posto di quella della fondazione, la validità si sostituisce all'esistenza, e la forma giuridica diventa il luogo in cui il diritto si produce come sapere disciplinare autonomo e distinto. Questa istanza costruttivista

Approach to Science and Scholarship, in I. BRYAN, P. LANGFORD e J. MCGARRY (curr.), *The Foundation of the Juridico-Political. Concept formation in Hans Kelsen and Max Weber*, Abingdon-New York, 2016, 117 ss.

⁴⁰ Un quadro di insieme è in A. CARRINO, *Introduzione. Vita e forme in Kelsen*, in H. KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, 1988, 7 ss.

⁴¹ In relazione al quale, un K. più maturo scrisse, come è noto, diversi contributi, per esempio H. KELSEN, *Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, 1960, trad. it. a cura di M.G. LOSANO, *Il problema della giustizia*, Torino, 1975, con ampia introduzione sul tema del curatore (IX ss.); o le lezioni americane (1952-1960), H. KELSEN, *Che cos'è la giustizia. Lezioni americane*, trad. a cura di P. DI LUCIA e L. PASSERINI GLAZEL, Macerata, 2015.



dell'opera kelseniana si accompagnerà con un progressivo e ambiguo accostamento, spesso strumentale, a riferimenti filosofici neokantiani o formalisti; ma anche con un distacco sempre più visibile da ogni fondazione trascendentale del "suo" sistema.

In tal senso, la ricezione degli *Hauptprobleme* da parte del neokantismo di Marburgo — testimoniata dalla recensione apparsa nel 1912 sui *Kant-Studien*⁴² — attesta una chiara affinità tra quegli ambienti filosofici e l'originario intento kelseniano di rifondare una scienza del diritto autonoma, "pura" secondo la terminologia successiva. In questo percorso si colloca la convergenza con l'idealismo etico di Hermann Cohen, dal quale Kelsen mutuerà la nozione di *Reinheit*, con esiti più agnostici che autenticamente gnostici⁴³. Nondimeno, come lo stesso Kelsen ribadirà negli scritti autobiografici, l'ascendenza kantiana o neokantiana accompagna il programma di ricerca, ma non ne determina fino in fondo gli esiti. L'avvicinamento alla filosofia della volontà pura di Cohen fu, infatti, successivo sia alla pubblicazione degli *Hauptprobleme*, sia alla recensione del 1912, e contribuì a rendere l'Autore più consapevole delle analogie metodologiche tra la propria costruzione giuridica e l'impostazione della scuola marburghese⁴⁴. Analogamente, si possono rintracciare sin dai primi scritti — sebbene in modo

⁴² Nella rassegna annualmente redatta da O. EWALD, *Die deutsche Philosophie im Jahre 1911*, in *Kant-Studien*, XVII, 1912, 382-436.

⁴³ Mentre Cohen fonda la validità del dover essere su una ragione etica trascendentale, K. sceglie un esito agnostico e formalista: la validità delle norme giuridiche non ha fondamento in alcun valore etico assoluto, ma solo nella presupposizione metodologica di una *Grundnorm*. In ciò si consuma una rottura implicita, poiché Kelsen secolarizza e radicalizza la costruzione coheniana, rinunciando a ogni contenuto assiologico. Appare infatti incontrovertibile che Kelsen sia un "non-cognitivista in etica" [S. CASTIGNONE, *Il fattore K(elsen)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2012]. A. CARRINO (*Das Recht zwischen Reinheit und Realität. Hermann Cohen und die philosophischen Grundlagen der Rechtslehre Kelsens*, Nomos, Baden-Baden, 2011) ricostruisce il rapporto tra la *reine Rechtslehre* e il neokantismo marburghese, in particolare la *Logik der reinen Erkenntnis* di H. Cohen, riconoscendo il rilievo dell'eredità coheniana nel metodo e nella struttura logica, ma non nella giustificazione ultima della normatività, dove appunto è escluso ogni contenuto trascendentale.

⁴⁴ Su K. e COHEN, cfr. D. ZOLO, *La guerra, il diritto e la pace in Hans Kelsen*, in *Filosofia politica*, 2, 1998; sul dibattito intorno alle dichiarate affiliazioni ad approcci kantiani o neokantiani, v. G. RIDOLFI, *Austromarxismo e teoria pura del diritto. La difficile eredità kantiana in Max Adler e Hans Kelsen*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2013, 94 ss.; il quale riporta anche in dettaglio (95-98) la polemica sulla periodizzazione e sull'intensità del neokantismo in Kelsen tra S. L. PAULSON [*Towards a Periodization of the Pure Theory of Law*, in L. GIANFORMAGGIO (cur.), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Torino, 1990] e C. HEIDEMANN (*Die Norm als Tatsache*, Nomos, Baden-Baden, 1997). Al di là del tema storiografico della periodizzazione, Paulson propone una lettura metodologicamente non ontologizzante della *Grundnorm*, intesa come finzione epistemologica funzionale alla coerenza della scienza giuridica e, in tal senso, solo debolmente trascendentale. Al contrario, HEIDEMANN sostiene una lettura radicalmente neokantiana, secondo cui la *Grundnorm* costituirebbe l'esperienza giuridica in modo analogo alla funzione della categoria di causalità nell'esperienza naturale, fino a identificare giudizio e oggetto giuridico. Questa lettura è stata contestata da Paulson come eccessivamente speculativa e priva di adeguato fondamento testuale. Una posizione intermedia è assunta proprio da RIDOLFI, il quale — pur riconoscendo l'influsso del neokantismo, specie nella ricezione coheniana dell'argomento trascendentale — mostra come la *Grundnorm* assuma nella *Reine Rechtslehre* del 1934



non sistematico — le radici dell’ispirazione kantiana esplicitata da Kelsen, così come le tracce della sua iniziale vicinanza al neokantismo sudoccidentale di Wilhelm Windelband⁴⁵. Tuttavia, è la persistenza del progetto metodologico, che attraversa differenti fasi teoriche e resiste al mutare dei riferimenti filosofici, a far emergere l’ipotesi che il ricorso alla filosofia neokantiana sia, in larga misura, funzionale all’elaborazione e alla legittimazione interna del sistema, più che un suo presupposto fondativo.

Il programma giovanile di Kelsen, incentrato sull’ambizione di costruire una scienza del diritto sempre più autonoma da ogni contaminazione psicologica, sociologica o etica, si sviluppa sullo sfondo di una posizione di coscienza maturata attraverso un percorso biografico non tanto segnato da conversioni religiose o adesioni confessionali e ideologiche, quanto da una tensione costante verso la neutralizzazione di ogni contenuto assiologico o empirico⁴⁶. In questo senso, Kelsen fu tra i più lucidi critici delle letture gnostiche o implicitamente teologiche della modernità⁴⁷, opponendosi con decisione ai tentativi di reintrodurre nel discorso giuridico elementi religiosi travestiti da concetti politici o filosofici.

La sua difesa dell’avalutatività e dell’autonomia della scienza giuridica si configura, così, non solo come una presa di posizione epistemologica, ma anche come un atto etico-politico coerente con una visione del mondo ispirata a un razionalismo disincantato, teso a separare in modo radicale la sfera del sapere da quella della salvezza⁴⁸.

(o del 1960) un ruolo strumentale e non fondativo, progressivamente storicizzato e reso compatibile con un impianto monista. Per altro verso, sottolineando il carattere trascendentale e avalutativo della *Grundnorm* e della *Reine Rechtslehre*, nonché la relazione tra teoria giuridica pura e realtà sociale, si afferma che K. non sia neokantiano, ma adotti una variante radicalmente formalista e relativista del trascendentalismo kantiano (H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, 1986, 56 ss.).

⁴⁵ Cfr., sui rapporti tra i neokantiani dell’Assia e del Baden, v. anche S. LAGI, *La democrazia di Hans Kelsen: tra procedura ed etica, ne Il pensiero politico*, 2, 2003, 260-261.

⁴⁶ Sul legame tra modernità giuridica e neutralizzazione del conflitto, v. M. BARCELLONA, *Il diritto e il conflitto*, in *Teoria critica della regolazione sociale*, 5, 2011, 19 ss., che legge la separazione tra diritto e politica come fondativa dell’autonomia sistemica del diritto moderno e condizione della neutralizzazione dell’intervento politico sull’economia.

⁴⁷ E. FERRI, *Modernità gnostica? La critica di Hans Kelsen alle religioni secolari*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2017, ricostruisce con chiarezza la critica di K. alla tesi di E. VOEGELIN [*La nuova scienza politica* (1952), Torino, 1968] sulla “modernità gnostica”, mostrando come il primo rifiuti l’identificazione della modernità con una religione secolarizzata. Secondo Ferri, K. denuncia l’uso improprio del concetto di gnosi, contesta la lettura escatologica della modernità e definisce l’idea stessa di “religione secolare” un ossimoro teorico, riaffermando così la laicità e l’autonomia della scienza giuridica.

⁴⁸ *Contra*, A. PUPPO, *Dover essere, stato mondiale e filosofia profetica della storia: appunti su Kelsen e Cohen*, in *Ragion pratica*, 2, 2020, 465, secondo cui “tutta la teoria pura del diritto deve essere letta alla luce della filosofia della storia dell’ebraismo messianico”. La *Grundnorm* nella teoria pura del diritto assumerebbe così la funzione di un “Dio indicibile”: non perché mistica o religiosa, ma perché irrinunciabile, trascendente rispetto al diritto positivo, e nondimeno costitutiva della sua intellegibilità. Essa sarebbe il presupposto formale di un ordine normativo che — come la storia nella prospettiva messianica — non si fonda su ciò che è, ma su ciò che deve



In tale cornice, l'analisi dell'atto giuridico pubblico — e in particolare del cosiddetto *negozio di diritto pubblico*⁴⁹ — assume un rilievo paradigmatico nell'evoluzione teorica del “primo”

valere. È questa, in sintesi, la posizione che sarà di H. COHEN, *Die Religion der Vernunft aus den Quellen des Judentums*, Leipzig, 1919. È singolare che L. Strauss individuerà nella postura una forma di “scommessa post-teologica”, analoga strutturalmente a quella di Pascal: K. scommette sulla validità della *Grundnorm* per garantire la coerenza del sistema giuridico, pur ammettendo che essa non è conoscibile né fondata. In tal senso, per Strauss, K. non è un filosofo del diritto in senso forte, ma un giurista che rinuncia a tematizzare il legame tra diritto e giustizia, sostituendo la domanda sul “giusto” con quella sulla “validità” [cfr. la ricostruzione dei rapporti di P. GOSTMANN, *Hans Kelsen and Leo Strauss on Naturrecht and the Post-theological Wager*, in *Id.* (cur.), *Hans Kelsen and the Natural Law Tradition*, Boston-Leiden, 2019, 478 ss.]. Del resto, proprio L. STRAUSS, *Natural Right and History*, UCP, Chicago-London, 1953, 4) cita un passo dell'*Allgemeine Staatslehre* (1925, 335–336) in cui Kelsen difende l'idea secondo cui anche un ordinamento autocratico, persino dispotico, resta pur sempre un ordinamento giuridico in quanto sistema normativo valido, seppur privo di vincoli etici o democratici. Strauss nota che questo passaggio è omissso dalla versione inglese del 1949 (*General Theory of Law and State*, HUP, Cambridge, 300), e definisce — causticamente — *instructive* il silenzio di Kelsen. In questa distanza, anche implicita, si sarebbe consumata per Strauss la frattura tra la scienza giuridica moderna e l'eredità dell'ebraismo filosofico.

⁴⁹ Il concetto di *negozio giuridico di diritto pubblico* (*öffentlich-rechtliches Rechtsgeschäft*) si sviluppa criticamente nel primo Novecento, con l'obiettivo di mettere in discussione la rigida opposizione tra atti del diritto privato e atti pubblici. Nella dogmatica ottocentesca tedesca, infatti, il *Rechtsgeschäft* è definito come atto di autonomia privata fondato su una *Willenserklärung* (i.e. “dichiarazione”/“manifestazione di volontà”; così sin dalle prime traduzioni), intesa quale manifestazione efficace della volontà soggettiva di produrre effetti giuridici. Tale impianto teorico si radica nella Pandettistica e, in particolare, nell'opera di Friedrich Carl von Savigny. Già nella terza edizione del suo *Trattato del possesso* (1837) il termine *Rechtsgeschäft* compare con uso tecnico; emblematicamente, nella settima edizione del 1865, curata da RUDORFF, la formula è frequentemente impiegata nelle aggiunte al testo originario in cui il concetto manca (1803): p.e., “ebenso wird durch die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes, z. B. durch die fehlende Insinuation bei einer grossen Schenkung, der Übergang des Besitzes durchaus nicht gehindert” (F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, VII Aufl., a cura di A.A.F. RUDORFF, Gerold's Sohn, Wien, 1865, 44; cfr. anche 246, 615, 617). La ricezione italiana di tale lessico avviene già nelle prime traduzioni di Pietro CONTICINI (*Il diritto del possesso*, IV ed., Masi, Napoli, 1940, p.e. 196), che consolideranno la resa di *Rechtsgeschäft* come ‘negozio giuridico’. Tuttavia, tale traduzione — oggi consolidata — non è affatto neutra: tradurre ‘Geschäft’ con ‘negozio’ implica una selezione concettuale, culturalmente determinata, che associa il termine all'autonomia privata, escludendo implicitamente gli atti autoritativi pubblici.

Proprio contro questa impostazione si muove Kelsen, nel saggio *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, dove propone una concettualizzazione formal-normativa del negozio giuridico pubblico. In questa prospettiva, anche atti amministrativi unilaterali (come ordini, concessioni, provvedimenti) possono essere considerati *Rechtsgeschäfte*, non in quanto espressione di volontà psicologica, ma in quanto fattispecie previste da proposizioni giuridiche.

Nel quadro dei *translation studies*, autori come ad esempio S. ŠARČEVIĆ (*New Approach to Legal Translation*, Kluwer, Den Haag-London-Boston, 1997) o D. CAO (*Translating Law*, Multilingual Matters, Clevedon-Buffalo-Toronto, 2007), hanno sottolineato come le traduzioni giuridiche comportino spesso falsi amici concettuali: termini che sembrano equivalenti possono appartenere a sistemi e tradizioni normative divergenti. L'apparente equivalenza tra *Rechtsgeschäft* e *negozio giuridico* è un esempio paradigmatico di “equivalenza funzionale imperfetta”, che richiede cautela sia teorica che terminologica, specie quando si applica al diritto pubblico.



Kelsen, così come la critica della nozione di illecito statuale e la ricomposizione dei livelli normativi in un ordinamento pluralistico.

A differenza di costruzioni teoriche confinate nel dominio della sola astrazione sistematica, i tre saggi del 1913–1914 (*Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Über Staatsunrecht e Reichsgesetz und Landesgesetz*) rappresentano momenti in cui Kelsen misura la tenuta della propria impostazione teorica rispetto a problemi specifici del diritto pubblico positivo⁵⁰. È proprio in questa scelta metodologica — analizzare un oggetto giuridico specifico attraverso gli strumenti formali della teoria ancora in via di definizione — che si manifesta la portata epistemica dell'intero processo di costruzione della dottrina (che diventerà, poi, “pura”).

Il contributo del 1913, pubblicato a breve distanza dagli *Hauptprobleme* e dall'incontro con la filosofia di Marburgo, può essere letto come un vero e proprio laboratorio concettuale: un campo di prova, limitato ma significativo, in cui Kelsen verifica la tenuta dei presupposti metodologici della propria impostazione, nel quadro dello sviluppo progressivo della *reine Rechtslehre*. L'analisi dell'atto giuridico pubblico diventa così il terreno sul quale misurare la capacità del formalismo normativo di confrontarsi con la prassi senza ricorrere a categorie eterogenee al sistema.

L'interesse per la dottrina del negozio di diritto pubblico⁵¹ — così come per altri scritti coevi o immediatamente successivi agli *Hauptprobleme* — non va dunque inteso come un interesse

⁵⁰ Ben prima dell'intervento di K., la dogmatica tedesca ottocentesca aveva già elaborato figure riconducibili alla categoria del negozio giuridico di diritto pubblico. In particolare, Otto MAYER (1846–1924), tra i fondatori del diritto amministrativo come disciplina autonoma, affrontò esplicitamente il tema nel saggio *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1888, 3, 3-86, riconoscendo l'esistenza di contratti nell'ambito del diritto pubblico. Nelle sue opere principali — *Theorie des französischen Verwaltungsrechts* (Strasbourg, 1886) e *Deutsches Verwaltungsrecht* (Leipzig, 1895-96) — Mayer descrive inoltre numerose figure di atti pubblici (concessione, permesso speciale d'uso, servitù pubblica, espropriazione) come atti giuridici corrispondenti al diritto pubblico, spesso fondati su una dichiarazione di volontà. Sebbene Mayer non impieghi sistematicamente l'espressione *Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechts*, la sua costruzione di un sistema autonomo di istituti amministrativi (in generale *Rechtsakt*, in particolare, *Verwaltungsakt*) prefigura chiaramente la negozialità pubblica. L'originalità di K. consiste piuttosto nella rifondazione concettuale del negozio giuridico pubblico in termini puramente normativi, svincolati dalla volontà soggettiva e dalla dicotomia pubblico/privato, collocandolo all'interno della logica del diritto positivo.

⁵¹ Sul pubblico/privato in K., cfr., tutti nel medesimo fascicolo, E. STOLFI, *Fra “dottrina pura del diritto” e storia giuridica. Kelsen e la presunta “antitesi” di diritto pubblico e privato*, in *Antologia di Diritto pubblico*, 2, 2024, 60 ss., che interpreta Kelsen come il teorico di una radicale unificazione formale del diritto, in cui pubblico e privato sono solo differenze funzionali o di contenuto, non differenze strutturali; G. RESTA, *Diritto pubblico e diritto privato: elogio dell'inattualità kelseniana*, ancora in *Antologia di Diritto Pubblico*, 2, 2024, 39 ss., che sottolinea come abbia demistificato ideologicamente la grande partizione tra pubblico e privato, anticipando sviluppi successivi del pensiero critico e della teoria dei poteri privati; G. DELLA CANANEA, *Diritto pubblico e privato: distingue frequenter*, in *Antologia di Diritto Pubblico*, 2, 2024, 24 ss., che, pur elogiando la forza logica e la tensione egalitaria del pensiero di Kelsen, ne denuncia l'eccesso di astrazione e l'inattualità rispetto ai problemi della moderna amministrazione e dei regimi giuridici differenziati (*ergo, distingue frequenter*). S. COLLOCA, *La*



esclusivo o settoriale, ma come funzionale a un'impresa più ampia: quella di un "primo Kelsen" impegnato a definire le condizioni di possibilità per una costruzione del diritto come sapere formale. È in questo passaggio — dal piano metodologico a quello della costruzione di un linguaggio normativo autosufficiente, estendibile anche a singoli istituti — che si collocano le linee di indagine sviluppate nel presente lavoro.

L'esame del programma delineato nei *Problemi fondamentali* e dei suoi sviluppi immediati si articola lungo alcuni assi concettuali: il rapporto del programma metodologico con il contesto storico e istituzionale; l'eredità filosofica e i suoi limiti funzionali; la costruzione sistematica e le finzioni che la sostengono; la forma come criterio epistemico e non ontologico; e, infine, la funzione della scienza giuridica nella delimitazione del politico. Su questi piani si distribuisce l'indagine, secondo una griglia di lettura orientata a isolare e interrogare i nuclei di tensione interna al progetto kelseniano.

Al centro di questa ricostruzione non si può procedere (soltanto) attraverso un'analisi filosofica in senso stretto, ma è necessario indagare l'evoluzione metodologica interna alla riflessione giuridica dell'inizio del Novecento. In tale contesto, la costruzione del diritto come sapere formale si configura come una possibile risposta teorica alla "crisi" di fondazione disciplinare del diritto — o, forse, come reazione alla consapevolezza delle fallacie fondative e costitutive dei sistemi ottocenteschi⁵².

rivoluzione copernicana di Kelsen e il diritto privato, in *Teoria e storia del diritto privato*, XIII, 2020, enfatizza la disarticolazione dei concetti classici di diritto naturale, soggettività e dualismo pubblico/privato, e la proposta di un sistema normativo unitario fondato sulla coerenza formale, fino ad affermare che la teoria kelseniana offra strumenti per comprendere anche forme di pluralismo giuridico interterritoriale, distinguendo tra ordinamenti subordinati e ordinamenti rivali. M. ROSENFELD, *Rethinking the Boundaries Between Public Law and Private Law for the Twenty First Century*, in *ICON*, 1, 2013, 125 ss., propone un ripensamento critico e contestuale del dualismo pubblico/privato, segnalando l'obsolescenza delle categorie tradizionali di fronte alle trasformazioni istituzionali, economiche e normative del XXI secolo. I. PUPOLIZIO, *Per un modello teorico della "grande dicotomia" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, 2, 2013, 343 ss., ricostruisce criticamente i tentativi della scienza giuridica italiana di applicare il concetto di negozio giuridico al diritto pubblico, individuando due linee principali: una riduttiva, che considera il negozio pubblico come forma esteriormente analoga a quello privato ma orientata a fini pubblici; e una autonoma, che mira a riconoscere una struttura distinta, legata a una volontà funzionalizzata all'interesse generale. L'autore evidenzia tuttavia l'inadeguatezza teorica di queste ricostruzioni e la necessità della riformulazione della nozione di volontà e della struttura dell'atto normativo. H. DEDEK [*Private Law Rights as Democratic Participation: Kelsen on Private Law and (Economic) Democracy*, in *University of Toronto Law Journal*, 3, 2021] recupera la concezione kelseniana del diritto privato come strumento normativo della democrazia formale, spostando il fuoco dal diritto pubblico al contratto come luogo di partecipazione. La sua lettura suggerisce che per K. il diritto privato è parte del progetto democratico, non la sua negazione o alternativa. V. sul punto anche F. RIGAUX, *Hans Kelsen on International Law*, in *European Journal of International Law*, 9, 1998, 341 ss.

⁵² Secondo A. CARRINO, *Introduzione ai lavori*, in *Id. (cur.), Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 18, «[i]l pensiero propriamente austriaco di Kelsen [...] fu un pensiero della crisi, anzi espressione della *Krisis*, per citare



La *reine Rechtslehre*, nel suo impulso a purificare il diritto da ogni elemento non normativo, si fonderà su categorie formalmente autosufficienti, ma epistemicamente fragili: incapaci, cioè, di dar pienamente conto di istituti giuridici che implicano relazioni con soggettività, volontà o autorità. Tuttavia, questa tensione non esplode improvvisamente nella maturità del pensiero kelseniano, ma è già latente nel programma metodologico del 1911 e negli scritti immediatamente successivi. Si tratta, infatti, di un nodo strutturale, non di una contraddizione occasionale: la distanza tra l'ambizione di un sistema fondato esclusivamente sulla coerenza interna e la necessità di assumere presupposti non deducibili (come accadrà in modo emblematico per la *Grundnorm* e, già prima, per i concetti di ordinamento, di imputazione e di soggetto giuridico). È su questo piano che si propone di leggere la fase iniziale del programma kelseniano come un tentativo, condotto dall'interno di un dibattito metodologico, di costruire le condizioni di possibilità del diritto come oggetto disciplinare autonomo⁵³.

Tale tensione si riflette, fin da subito, nell'interesse per oggetti giuridici concreti che mettono in crisi le categorie della costruzione formale. I tre saggi pubblicati tra il 1913 e il 1914 — *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Reichsgesetz und Landesgesetz, Über Staatsunrecht* — vanno letti come momenti di sperimentazione teorica su scala dogmatica: non si limitano ad applicare l'impianto metodologico degli *Hauptprobleme*, ma ne testano l'efficacia attraverso casi che implicano, ciascuno a modo proprio, una soggettività implicita (l'atto amministrativo voluto, il pluralismo normativo, la responsabilità dello Stato).

Il negozio di diritto pubblico si configura, in questo senso, come un banco di prova tecnico-dogmatico attraverso cui Kelsen verifica la coerenza operativa del proprio impianto teorico,

un libro di Massimo Cacciari sulla cultura viennese». Il riferimento è a M. CACCIARI, *Krisis. Saggio sul pensiero negativo da Nietzsche a Wittgenstein*, Milano, 1976.

⁵³ K. non fonda la scienza giuridica su un sistema deduttivo-argomentativo a partire da assiomi, ma sviluppa un metodo costruttivo, volto a edificare concetti giuridici puramente normativi sulla base di presupposti epistemologici e metodologici (la separazione *Sein/Sollen*, la forma logica della norma, la *Grundnorm*). La deduzione avrà piuttosto una funzione derivativa all'interno del sistema costruito, nella misura in cui consente di trasmettere validità lungo il sistema dinamico delle norme. Per esempio, la deduzione sarà esplicitamente menzionata nel contesto della trasmissione della validità (*Geltungsvermittlung*, cioè la trasmissione condizionata dalla norma superiore) all'interno del sistema dinamico. In particolare, con riferimento alla cd. *Alternativermächtigung*, si indica che la validità di una decisione autoritativa può essere derivata da una norma che conferisce l'autorizzazione. Questo suggerisce che la deduzione operi nel processo dinamico in cui la validità si propaga lungo la gerarchia delle norme, partendo dalla base presupposta (*Grundnorm*) e dalle norme di autorizzazione (cfr. R. GARCIA CADORE, „*Rechtswidriges Recht*“. *Die Merkl-Sander-Kontroverse innerhalb der Wiener Schule der Rechtstheorie*, Tübingen, 2024, 115 ss. e 423).

Un esempio paradigmatico di questo metodo è la finzione della "conoscenza del diritto" da parte degli organi statali, analizzata negli *Hauptprobleme* (HKO 2, 452). K. mostra che tale presupposto non è empiricamente verificabile né logicamente deducibile da un assioma, ma è una *finzione necessaria*, costruita per rendere operativa la teoria del comando giuridico. La costruzione normativa richiede, per coerenza interna, l'assunzione che il destinatario (suddito o organo) "riceva" la norma: una deduzione funzionale, non assiomatica, che conferma il primato del metodo costruttivo rispetto alla deduzione logica.



mettendolo a confronto con un oggetto giuridico concreto, ma strutturalmente ambiguo. Qui emerge con chiarezza una delle tensioni strutturali del progetto: la necessità di neutralizzare ogni riferimento alla soggettività, alla volontà o all'autorità, pur continuando a far uso, per sostenere il sistema, di concetti che non sono logicamente deducibili, né interamente formalizzabili.

In tale contesto, Kelsen non costruisce il proprio discorso teorico come derivazione diretta da un impianto filosofico preesistente, ma procede attraverso un'elaborazione interna alla riflessione giuridica, cercando compatibilità con orizzonti filosofici esterni solo nella misura in cui risultano funzionali alla definizione del campo disciplinare in via di costruzione. Le fonti filosofiche — da Windelband ai neokantiani di Marburgo, da Cohen a Vaihinger⁵⁴ e Cassirer⁵⁵

⁵⁴ Nel saggio *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob*, in *Annalen der Philosophie*, 1, 1919, 630-658 (HKW 4, 207 ss.), K. confronta criticamente la propria impostazione normativista con la filosofia del *come se* di Hans VAIHINGER (*Die Philosophie des Als-ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit. Mit einem Anhang über Kant und Nietzsche*, II ed., Reuther und Reichard, Berlin, 1913), mettendo in luce le ambiguità dell'applicazione della nozione di "finzione" al diritto. Se per VAIHINGER la finzione è una costruzione concettuale contraddittoria rispetto alla realtà empirica, ma utile alla conoscenza, K. contesta che tale definizione possa valere per le norme giuridiche, in quanto il diritto — come la morale — non mira alla realtà sensibile, ma appartiene a un diverso ordine di conoscenza, quello del *Sollen*. Le norme, per K., non sono finzioni nel senso vaihingeriano, poiché non costituiscono giudizi falsi su fatti, ma strutture formali non riconducibili né a entità empiriche né a proposizioni descrittive. Mentre VAIHINGER interpreta anche il concetto di obbligo giuridico come una "finzione pratica", K. ribadisce che termini come norma, dovere o valore appartengono a un ordine logico distinto, e non si configurano come "come se" rispetto a un presunto stato di cose reale. Paradossalmente, secondo K., le finzioni giuridiche più frequentemente citate da VAIHINGER (quelle legislative e giurisprudenziali) non sono finzioni in senso teorico, mentre lo sono quei concetti realmente ausiliari nella dogmatica giuridica — come soggetto di diritto, persona giuridica, diritto soggettivo — e possono essere compresi come strumenti costruttivi analoghi a quelli della matematica o della logica, e non come forme ideologiche spurie. Emblematicamente, secondo K., il soggetto di diritto è una sorta di "anima giuridica", cioè, una finzione: "Es lohnte sicherlich den Versuch, in dem Rechtssubjekt eine Art *Rechtsseele* zu begreifen" (HKW 4, 214). Cfr. sul tema del "raddoppiamento dell'oggetto della scienza giuridica" con finzioni di personificazione, anche G. MORO, *L'immagine e il significato della scienza giuridica. Note sul pensiero di Hans Kelsen (1911-1925)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2023, 518 ss.; I. STEWART, *The Critical Legal Science of Hans Kelsen*, in *Journal of Law and Society*, 3, 1990, 295 ss. Secondo S.L. PAULSON, *Metamorphosis in Hans Kelsen's Legal Philosophy*, cit., 864, il riferimento a Vaihinger (dal quale K. assume sempre solo ciò che gli occorre) testimonia l'abbandono del campo neokantiano: "Kelsen expressly dismisses the basic norm in discussion following a lecture of 1962, and, in the posthumously published General Theory of Norms, he punctuates this dismissal with an appeal to Hans Vaihinger's notion of a fiction".

⁵⁵ Il rapporto tra K. e Cassirer si fonda su un'importante affinità epistemologica, particolarmente evidente nell'elaborazione della dottrina pura. In una fase iniziale, K. non conosceva ancora l'opera di E. CASSIRER (*Substanzbegriff und Funktionsbegriff. Untersuchungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik*, Berlin, 1910), e i paralleli concettuali presenti negli *Hauptprobleme* vanno intesi come sviluppi autonomi nell'ambito del neokantismo. Tuttavia, dopo la Prima guerra mondiale, K. entra esplicitamente in dialogo con il pensiero cassireriano, che considera un modello di riformulazione dei concetti fondamentali delle scienze attraverso il passaggio dalla sostanza alla funzione. In questa prospettiva, lo Stato non è più concepito come un'entità



— sono infatti impiegate in modo selettivo, strumentale e sempre più mirato: servono finché contribuiscono a chiarire o delimitare l'autonomia della scienza giuridica, ma vengono rapidamente abbandonate non appena rischiano di reintrodurre categorie o contenuti (assiologici, sociologici, psicologici, o comunque spuri) incompatibili con il progetto e l'impianto normativo.

A ben vedere, la stessa sorte toccherà ad Husserl, il quale benché esplicitamente citato nella prefazione alla seconda edizione degli *Hauptprobleme* (del 1923, ma già prima in una nota del testo)⁵⁶ e lì riconosciuto come riferimento utile per la fondazione oggettiva della proposizione logica (e, per analogia, della proposizione giuridica), è recepito in modo limitato⁵⁷. L'interesse di Kelsen si concentra unicamente sul rifiuto dello psicologismo e sull'autonomia delle strutture formali rispetto ai vissuti empirici — elementi centrali nel *Prolegomena zur reinen Logik* delle *Logische Untersuchungen* husserliane⁵⁸. Tuttavia, la dimensione intenzionale e fenomenologica del metodo husserliano resta estranea alla costruzione kelseniana, che si irrigidisce progressivamente in senso antipsicologico, anti-assiologico e normativista. Anche Husserl, dunque, viene assorbito nel progetto kelseniano solo in quanto funzionale alla definizione negativa di ciò che la scienza giuridica *non* è.

sostanziale o metafisica “dietro” l'ordinamento giuridico, ma è identificato con l'ordinamento stesso, inteso come sistema di funzioni normative. Tale approccio consente di smascherare come “ipostatizzazione” le dottrine che reificano lo Stato o la volontà collettiva, insistendo sulla riduzione sistematica della “sostanza” alla “funzione” come base epistemologica per la costruzione di una scienza giuridica autonoma e “pura”. K. stesso riconosce che «uno dei migliori dei Kantiani [...] ha mostrato questo nel suo bel libro [...]», in riferimento proprio a Cassirer. Tuttavia, a partire dalla metà degli anni Venti, si allontana progressivamente dal programma cassireriano, probabilmente per l'impossibilità di conciliare l'impianto simbolico-culturale della *Filosofia delle forme simboliche* con l'esigenza di una teoria giuridica chiusa e metodologicamente autonoma. Questo distacco è confermato in una lettera a Renato Treves del 3 agosto 1933, in cui Kelsen distingue il proprio pensiero da quello della scuola di Marburgo, pur mantenendo un giudizio positivo sull'opera *Sostanza e funzione* di CASSIRER. Cfr. Per tutti, G. MORO, *Il limite della funzione logica nello studio dei concetti giuridici. Note sul rapporto tra Kelsen e Cassirer*, in *Rivista di scienze giuridiche*, 2, 2023, 88 ss. Ch. SCHÖNBERGER, *Hans Kelsens „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“. Der Übergang vom Staat als Substanz zum Staat als Funktion*, in HKW 2, 28 ss.

⁵⁶ HKW 2, 157n: «Treffend bemerkt Husserl, *Logische Untersuchungen*. I Halle 1900. S. 40f.: “Zu enge ist offenbar der ursprüngliche Sinn des Sollens, welcher Beziehung hat zu einem gewissen Wünschen oder Wollen, zu einer Forderung oder einem Befehl oder fordern [...]»; (v. anche HKO 2, 79).

⁵⁷ Cfr. G. STELLA, *Kelsen, Jellinek e la teoria dello stato*, in A. CARRINO, *Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 70-72, la quale conferma l'uso strumentale dei riferimenti filosofici (71): «Non c'è, dunque, 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, a suo giudizio attardata su schemi obsoleti, in quella funzionalistica che a pieno titolo, nel bene e nel male, propriamente gli appartiene, e che, tuttavia, troviamo anticipata già in Jellinek». Cioè, funzionale l'uso dei riferimenti filosofici e altrettanto funzionale la costruzione giuridica, al punto da tracciare — secondo l'Autrice — una forte linea di continuità con JELLINEK.

⁵⁸ I. e. E. HUSSERL, *Logische Untersuchungen. Erster Teil. Prolegomena zur reinen Logik*, Halle, 1900.



Il movimento di avvicinamento e distacco rispetto a specifici riferimenti teorici (neokantiani e non) attesta che il programma metodologico che condurrà alla dottrina pura non si sviluppa come sistema concettuale speculativo, bensì come un regime di enunciazione in progressiva formazione, che prende corpo attraverso strumenti presi a prestito, rielaborati e, all'occorrenza, scartati. Questa lettura consente di dare conto sia del rapporto tra metodologia e dogmatica, dal momento che l'istanza trascendentale mal si concilierebbe con la costruzione di una dogmatica rivolta a singoli istituti, sia del rapporto di queste ultime dimensioni con il contesto storico, poiché il programma kelseniano iniziale risponde (anche) a problemi politico-giuridici dell'Austria di inizio Novecento.

Questa dinamica è ben visibile nei tre saggi del 1913–1914 (su cui *infra* § 6), che non arrivano ad articolare un sistema complessivo, ma mettono alla prova il metodo su figure dogmatiche concrete, esposte alle ambiguità del diritto positivo e delle strutture istituzionali coeve.

È a partire da questa soglia — teorica e operativa insieme — che si può leggere un aspetto della costruzione kelseniana iniziale⁵⁹: non come un sistema che si regge su assiomi stabili, ma come una macchina concettuale che, per funzionare, deve assumere come autoevidenti presupposti che non può giustificare. Già nei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*, e ancor più nei saggi immediatamente successivi, Kelsen persegue l'autonomia della scienza giuridica come progetto metodologico, ma al prezzo di una crescente esposizione interna: la necessità di postulare, in forma finzionale, proprio ciò che il metodo avrebbe voluto espellere.

3. Il programma generale degli Hauptprobleme (1911)

Pubblicati nel 1911 come *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, i *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* (o *statale*) rappresentano la *Habilitationsschrift* con cui Hans Kelsen ottenne l'abilitazione presso la Facoltà giuridico-politica dell'Università di Vienna. Lo stesso autore riconoscerà in seguito in

⁵⁹ Il nostro lavoro non approfondisce l'analisi degli scritti raccolti nel primo volume delle *Opere* di Hans Kelsen (1905-1910, a cura di A. CARRINO), fatta eccezione per gli scritti autobiografici. Gli altri testi del volume risultano, infatti, anteriori alla svolta concettuale operata con i *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*, che inaugura propriamente la costruzione della futura dottrina pura del diritto. Si tratta prevalentemente di scritti giovanili, recensioni, saggi di diritto positivo (in particolare sul diritto elettorale austriaco), o esercizi di teoria dello Stato ancora legati al contesto accademico della prima formazione. Tali contributi, per quanto storicamente interessanti, non presentano ancora i tratti che saranno decisivi nella riflessione kelseniana più matura o, quantomeno, metodologicamente orientata: l'elaborazione della distinzione tra essere e dover essere, la formulazione del concetto di norma giuridica come oggetto centrale della scienza del diritto, e il tentativo di costruzione di un sistema giuridico formale-normativo fondato su presupposti epistemologici coerenti.



questo lavoro l'espressione originaria del "punto di vista decisivo" per tutta la sua teoria giuridica, ossia l'assunzione della norma — qui è ancora indistintamente identificata nella proposizione giuridica (*Rechtssatz*)⁶⁰ — come concetto cardine per una ricostruzione rigorosamente scientifica del diritto. L'opera si presenta come una *Methodenschrift* a tutti gli effetti⁶¹: ogni problema specifico della dottrina generale del diritto statuale è trattato sulla base di un costante richiamo ai fondamenti metodologici, secondo una logica per cui il "come posso domandare" precede e condiziona ogni "che cosa"⁶².

In un panorama dottrinale ancora segnato dal giusnaturalismo e dalla commistione tra descrizione sociologica e concettualizzazione normativa, Kelsen si propone di delimitare con precisione via via maggiore l'oggetto possibile della scienza giuridica, rifiutando ogni contaminazione con approcci psicologici, sociologici o etici. La distinzione kantiana tra essere

⁶⁰ "Rechtssatz und Rechtsnorm ist daher dasselbe" (HKW 2, 395). Una parte significativa degli *Hauptprobleme* è dedicata alla critica di teorie (come quella di Binding o la generale *Imperativtheorie*) che operano una distinzione tra *Rechtssatz* e *Norm* (o *Imperativ*). Nella produzione successiva si assiste a una maggior enfasi sul concetto di *Norm* come espressione del "Sollen" giuridico, mantenendo probabilmente la stretta vicinanza o l'identità concettuale stabilita nel 1911. Anche chi oggi rinviene una distinzione semantica, nel senso di una differenza tra la norma-oggetto e la proposizione quale enunciato che vi si riferisce, deve poi riscontrare un'identificazione concettuale tra norma e proposizione: «Si manifesta così, nella teoria pura, la confusione — o la mancata distinzione — tra la logica delle norme (*if any*) e la logica delle proposizioni normative. Evidentemente, se norme e proposizioni normative hanno la medesima struttura e il medesimo comportamento logico, una distinzione siffatta non ha ragion d'essere» (R. GUASTINI, *Questioni aperte nella teoria pura*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2012, 234).

⁶¹ «Il principio del metodo, a volte, è portato così in primo piano che l'esposizione e la soluzione dei problemi della dottrina del diritto statuale affioranti entro i confini stabiliti non si danno tanto grazie a loro stessi quanto, piuttosto, grazie ad una esemplificazione intuitiva dei principi metodologici riconosciuti come giusti. Se, perciò, il titolo del mio lavoro sembra ad alcuni promettere più di quanto le presenti ricerche possono dare, la mia unica giustificazione è che nella esposizione dei problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale, a partire dalla dottrina della proposizione giuridica, sono stato guidato da questa idea: *Multum, non multa*» (HKO 2, 4).

⁶² A. SCALONE, *Impossibile purezza. Kelsen fra scienza del diritto, politica e scienze umane*, in *Filosofia politica*, 2, 2017, 320, evidenzia il radicamento del programma metodologico nell'orizzonte filosofico: «se si tratta certo della rivendicazione dell'autonomia e dell'originalità metodologica della scienza giuridica rispetto alle altre scienze umane, ciò avviene comunque all'interno di un orizzonte comune, organizzato a partire dal primato della filosofia». Sarebbe, cioè, quel progressivo riconoscimento del programma di "fondazione del diritto in quanto diritto" nella filosofia neokantiana (T. GAZZOLO, *Essere/dover essere. Saggio su Hans Kelsen*, FrancoAngeli, Milano, 2016; e diffusamente in A. CARRINO, *Das Recht zwischen Reinheit und Realität*, cit.); ciò induce PAULSON a leggere la *Reine Rechtslehre* non come un tentativo di costruire un sistema chiuso e auto-giustificato, ma come una teoria critica nel senso kantiano, una critica della ragione giuridica (S.L. PAULSON, *The Neo-Kantian Dimension of Kelsen's Pure Theory of Law*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 1992, 311-332), tanto più se si conviene con quest'ultimo nella critica della cd. versione regressiva dell'argomento trascendentale, cioè che l'argomento regressivo di K., volto a fondare la validità del diritto tramite la presupposizione della *Grundnorm*, non ha forza trascendentale e non giustifica l'unicità della teoria pura, che va così considerata solo come una tra le possibili prospettive normativiste.



e dover essere e tra contenuto e forma guida l'intera architettura concettuale del libro, il cui scopo esplicito è liberare la dogmatica giuridica da ogni elemento extragiuridico⁶³.

Questa impostazione si inserisce in un più ampio dibattito culturale sviluppatosi nello spazio mitteleuropeo tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento, segnato dalla celebre *Methodenstreit* in ambito economico tra la Scuola storica tedesca (riferibile a Gustav Schmoller) e la Scuola austriaca (guidata da Carl Menger), esplosa negli anni Ottanta del XIX secolo e ancora viva nei decenni successivi⁶⁴, e certamente anche dell'istanza di avalutatività delle scienze promossa da Max Weber⁶⁵. In quel confronto si decideva il metodo legittimo delle scienze sociali: se, cioè, andassero fondate su una ricostruzione storica e concreta della vita collettiva, oppure su principi teorici deduttivi, formalmente coerenti e astratti. Il programma

⁶³ «Se, infatti, compito della moderna scienza giuridica non è quello di spiegare causalmente ciò che effettivamente accade, bensì di ricavare norme che sanciscono ciò che deve accadere, allora il contenuto di queste norme – cioè, delle proposizioni giuridiche – può esser tratto non – come hanno fatto i giusnaturalisti – dalla 'ragione', dalla 'natura della cosa' o da qualsiasi altro principio extragiuridico, ma solo ed esclusivamente dal diritto positivo» (HKO, 18-19). Kelsen adotta certamente da Kant una distinzione formale tra *Sein* e *Sollen*, ma se ne distacca nei contenuti. Mentre I. KANT nella *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Hartknoch, Riga, 1785) e nella *Kritik der praktischen Vernunft* (Riga, 1788) fonda la normatività sul concetto di libertà e sull'imperativo categorico, K. rifiuta ogni pretesa di fondamento morale. Riprende dunque l'impostazione formale della filosofia critica, ma la svuota del contenuto pratico e sostanziale: in *Was ist Gerechtigkeit?* [H. Kelsen, *Che cos'è la giustizia? Lezioni americane* (1952), a cura di P. DI LUCIA e L. PASSERINI GLAZEL, Macerata, 2015], arriva a definire l'imperativo categorico kantiano una "formula vuota", da cui non può derivarsi alcuna norma concreta. Le sue fonti neokantiane, come Cohen e la scuola di Marburgo, influenzano piuttosto il metodo (la domanda trascendentale), non la sostanza (la libertà o la ragione pratica). In questo senso, il Kant di Kelsen sarebbe al più il Kant della *Kritik der reinen Vernunft* (1781), non quello della *Metaphysik der Sitten* (1797), i cui fondamenti della libertà vengono esplicitamente rigettati come inutili finzioni [cfr. G. KOLLER, *Bemerkungen zu Kelsens „Reiner Rechtslehre“ unter Berücksichtigung der praktischen Philosophie Kants*, in *Zukunft*, 21 luglio 2023; S. CASTIGNONE, *Il fattore K(elsen)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2012, 221 ss.].

⁶⁴ La cd. *älterer Methodenstreit der Nationalökonomie* doveva essere nota a K., e certamente ne abbiamo traccia negli anni immediatamente successivi: che nutrisse stima per Carl Menger emerge chiaramente dal discorso commemorativo pronunciato al funerale di quest'ultimo nel marzo 1921, in cui riconosceva a Menger il merito di aver fondato una nuova scuola di pensiero economico, tanto influente da portare il nome della nazione — la "Scuola austriaca" — piuttosto che il proprio (*Neue Freie Presse*, n. 20298, 2 marzo 1921, 7, cit. in R. GARCIA CADORE, *„Rechtswidriges Recht“*, cit., 16).

⁶⁵ Cfr., in primis, proprio H. Kelsen, *Der Staatsbegriff der „verstehenden Soziologie“*, in *Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik*, 1, 1921, 104 ss.; N. BOBBIO, *Max Weber e Hans Kelsen*, in *Sociologia del Diritto*, 8, 1981, 135-54; A. CARRINO, *Weber e la sociologia del diritto nella critica di Kelsen*, in *Sociologia del Diritto*, 14, 1987, 17-32; G. DE ANGELIS, *Ideals and Institutions: Hans Kelsen's Political Theory*, in *History of Political Thought*, 3, 2009, 531 ss.; R. MARRA, *Scienza giuridica e sociologia. Kelsen e Weber a confronto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XLVI, 2016, 81-106. Il rapporto tra K. e WEBER è segnato da una prossimità metodologica apparente, ma anche da profonde divergenze teoriche. K. valorizza in WEBER la distinzione tra punto di vista giuridico e sociologico, leggendo la sua *Rechtssoziologie* come compatibile con una scienza giuridica autonoma e normativa. Differisce, e così differiscono anche le analisi della letteratura sul punto, la visione del ruolo della dogmatica giuridica.



kelseniano, proprio a partire dagli *Hauptprobleme*, ne rappresenta una possibile declinazione nel campo giuridico, senza che siano definiti, e forse definibili, i legami specifici con le vicende ora accennate⁶⁶. Ma più ancora che una replica parallela o una reazione al dibattito mitteleuropeo, Kelsen inaugura una “nuova” *Methodenstreit* giuridica, che si configura come l’erede diretta dell’impostazione ottocentesca del dibattito dogmatico — da Savigny a Jhering, da Laband a Gerber — e al tempo stesso come una sua radicale riformulazione.

Infatti, se la dogmatica ottocentesca oscillava tra costruzione sistematica e riferimenti psicologici o sociologici impliciti (come la “volontà dello Stato” o il principio di autorità delle teorie imperativiste, o ancora il *Willensdogma* nei sistemi del diritto privato), Kelsen ne porta alle estreme conseguenze l’ambizione sistematica, cercando di epurare ogni residuo extragiuridico attraverso l’uso funzionale dell’opposizione kantiana tra essere e dover essere e tra contenuto empirico e forma (ora, normativa). La “nuova” *Methodenstreit* giuridica⁶⁷ che si apre nel primo Novecento — e che sarà poi tematizzata esplicitamente da autori come Karl Larenz, Hans Welzel o Franz Wieacker⁶⁸ — si configura come un confronto interno alla dogmatica moderna: non più tra scuola storica e scuola teorica, ma tra una costruzione giuridica autonoma e formalista e una ricostruzione storica, assiologica o culturale del diritto, come quella proposta dal giuspositivismo critico tedesco del secondo Dopoguerra, o dalle differenti aperture al giusnaturalismo classico che affiorano diffusamente nell’attuale dibattito.

Fin dalla *Prefazione* degli *Hauptprobleme*⁶⁹, Kelsen chiarisce che la giurisprudenza, in quanto scienza normativa, non può essere assimilata né alle scienze causali né alla storia del diritto, e che la pretesa di fondare concetti giuridici sulla volontà psicologica (come nel caso della volontà dell’individuo o quella dello Stato) deve essere rigettata in favore di un approccio formale-normativo.

⁶⁶ Lo attesta anche lo scritto di H. Kelsen, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft. Eine methodenkritische Untersuchung*, in *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche*, 40, 1916, 1181–1239 (oggi, in HKW 3, 551 ss.).

⁶⁷ Sul punto, v. anche S. LAGI, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920). Le origini di Essenza e valore della democrazia*, Name, Genova, 2007, 50 ss., che ricostruisce il dibattito aperto dagli *Hauptprobleme* (e dalle opere successive), per esempio, con riferimento ad autori come Hermann Heller, Rudolf Smend o Carl Schmitt. V. anche il recente volume di S. GUERRA, *Schmitt, Kelsen e Smend nella Repubblica di Weimar*, Torino, 2024, 213 ss.

⁶⁸ Per il primo, v. ancora K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), Milano, 1966, diffusamente, 47 ss.; quanto al secondo, H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale* (1951), Milano, 1965, 277 ss.; quindi, nuovamente, F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (1967), Milano, 1980, 347 ss. Tre prospettive del tutto differenti che però convergono, tra l’altro per ragioni eterogenee, nel collocare l’acme del positivismo kelseniano alle origini di una disputa novecentesca, e non quindi quale termine tardivo dei progetti ottocenteschi.

⁶⁹ HKO 2, 3-12.



In questa impostazione si inserisce anche il rifiuto del dualismo tra diritto pubblico e privato⁷⁰, che Kelsen ricostruisce su un unico piano logico, mostrando l'inconsistenza della distinzione autorità/eguaglianza come base giuridica della dicotomia. Non è il diritto privato a fornire il modello per il pubblico, né viceversa: è la normatività a fondare entrambi su principi metodologici comuni⁷¹.

Anche il concetto di diritto soggettivo viene dissolto in una teoria generale del diritto oggettivo, nella quale ogni diritto e ogni obbligo sono ricondotti al contenuto della norma oggettiva, con un attacco diretto alle teorie della volontà e dell'interesse⁷², che avevano radicato ora nel diritto soggettivo, ora nel diritto pubblico la fondazione volontaristica dell'ordinamento.

Quest'approccio, radicalmente anti-volontaristico, conduce Kelsen a misurarsi criticamente con i principali rappresentanti della tradizione giuridica e filosofica contemporanea, allo scopo di chiarire i fondamenti metodologici della "sua" scienza del diritto, sia ricercando possibili alleanze in un panorama culturale composito, sia escludendo prospettive che promuovono una costruzione spuria del sistema giuridico (la storia, la psicologia, o l'organicismo).

La tensione dialogica che attraversa l'opera si manifesta così in un confronto serrato con la dottrina coeva e passata, non solo di ambito giuridico: Thon e Binding (sulle forme e le teorie della norma)⁷³, Bierling (sull'identificazione tra norme e imperativi)⁷⁴, Gierke (sullo Stato-

⁷⁰ Su questo tema, v. I. PUPOLIZIO, *Pubblico e privato. Teoria e storia di una grande dicotomia*, Torino, 2019, il quale difende un uso analitico e storicamente situato della distinzione pubblico/privato, rifiutandone sia l'assolutizzazione dogmatica sia la liquidazione ideologica, e ne valorizza la funzione euristica nella modellizzazione dell'esperienza giuridica; in particolare, v. 146 ss.

⁷¹ «Per quanto riguarda, in particolare, la costruzione di diritto statale, credo di dover ora attirare l'attenzione anche sul fatto che io, in contrasto con la distinzione dominante tra diritto privato e diritto pubblico, ho rinunciato a quella particolare differenziazione di quest'ultimo rispetto al primo che si dà nella considerazione di un rapporto giuridico di autorità tra lo Stato e gli altri soggetti» (HKO 2, 9).

⁷² HKO 2, 583 ss. Per le prime, emblematicamente B. WINDSCHEID (per via di un approccio comune alla tradizione romanistica e risalente se non altro a F.C. VON SAVIGNY): *Lehrbuch des Pandektenrecht*, Bd. 1, Düsseldorf, 1862, 105 ss.; eventualmente declinate nella variante delle teorie incentrate sulla volontà dell'ordinamento e non del soggetto (A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878, 220 ss.). Per le seconde, il principale riferimento è R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig, 1877, 338-354 (emblematicamente, 338: «Rechte sind rechtlich geschützte Interessen, Recht ist die rechtliche Sicherheit des Genusses»).

⁷³ Il primo con espliciti richiami hegeliani: A. THON, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, cit., 1 ss. I. BINDING (*Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1872, 54 ss.) distingue tra norma e proposizione giuridico-penale, identificando la norma con un comando imperativo rivolto ai sudditi e fondando su di essa l'obbligazione, mentre la proposizione avrebbe la forma di un giudizio ipotetico sulla volontà dello Stato; K. critica questa costruzione come una duplicazione indebita, basata su un linguaggio metaforico, sostenendo che la struttura unitaria della connessione tra fatto illecito e sanzione (HKO 2, 279 ss.).

⁷⁴ K. si confronta criticamente con E.R. BIERLING (*Juristische Prinzipienlehre*, Bd. 1, Leipzig, 1894, 145 ss.; *Id.*, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I parte, Perthes, Gotha, 1877, 153 ss.) pur muovendosi in uno spazio



persona)⁷⁵, Jellinek (sulla cosiddetta teoria dei due lati o dei due aspetti⁷⁶), fino alle influenze della scuola neokantiana del Baden (in particolare, Windelband)⁷⁷, alla logica di Sigwart⁷⁸, alla

teorico affine: entrambi ricercano una fondazione sistematica del diritto attraverso concetti generali. Tuttavia, K. rifiuta tanto il fondamento psicologico-sociale del diritto come *Anerkennung*, quanto l'identificazione tra norma e comando imperativo, che Bierling eredita in parte dalla tradizione giuspositivistica tedesca, secondo cui la norma è l'espressione di una volontà imperativa e non – come sarà per il giurista austriaco – un atto di attribuzione normativa di senso, strutturalmente distinto da ogni relazione causale o volitiva (v. HKO 2, 218 ss.). Sulla "teoria psicologica del diritto di Bierling", cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica* (1960), Giuffrè, Milano, 1966, 50-58.

⁷⁵ In relazione al quale, in sintesi, K. riconosce l'importanza della teoria e la sua influenza, ma la critica per il suo fondamento in momenti psicologici e sociali (la volontà e coscienza collettiva come realtà pregiuridica), per l'impiego del "momento dello scopo" nella costruzione di concetti giuridici formali, e per le sue incoerenze interne (come in tema di responsabilità penale dello Stato). Per K. il concetto di Stato-persona, come ogni persona giuridica (e persino fisica), dev'essere compreso come una costruzione puramente normativa all'interno dell'ordinamento giuridico, lungi dall'organicismo di GIERKE che identifica nello Stato l'espressione di una volontà collettiva. Cfr. O. VON GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechtes und die neuesten Staatsrechtstheorien*, in *Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft*, 30 1874; *Id.*, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Weidmann, Berlin, 1887. Cfr. HKO 2, 170 ss.

⁷⁶ Jellinek distingue tra un concetto sociologico e uno giuridico dello Stato, rifiuta l'idea che si possa trattare lo Stato solo come una costruzione logico-formale (come farà invece K.), e insiste sull'analisi della sua realtà concreta e della sua funzione sociale. Secondo K. fallisce nel mantenere i due aspetti distinti, fondando la normatività su fatti psichici e volontà collettive, e cadendo così in un sincretismo metodologico che compromette la purezza dell'analisi [v. diffusamente in G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (1900), III ed., Berlin, 1914; e brevemente in *Id.*, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, II ed., Tübingen, 1905, 12-41].

⁷⁷ Il riferimento alla logica di Windelband, in particolare alla distinzione tra leggi naturali e norme come giudizi di valore, permette a K. di ancorare metodologicamente la sua concezione del diritto come scienza del dover essere: così come per Windelband i principi logici, etici ed estetici non descrivono ciò che accade ma selezionano tra le possibilità naturali quelle ritenute universalmente valide, allo stesso modo K. rivendica per la scienza giuridica un piano normativo autonomo, irriducibile a descrizioni psicologiche o sociologiche, e fondato esclusivamente sull'analisi formale della norma (W. WINDELBAND, *Normen und Naturgesetze*, in *Präudien*, Bd. 2., Tübingen, 1915, 59 ss.).

⁷⁸ Tra le influenze filosofiche che attraversano la riflessione metodologica di K., un ruolo non secondario è svolto da Christoph SIGWART, autore della *Logik* (vol. 1, 1873, vol. 2, 1878, 5 ed., Tübingen, 1924). K. riprende da Sigwart alcune distinzioni fondamentali per precisare la natura non psicologica e non volontaristica della norma giuridica. In particolare, Sigwart è richiamato a sostegno dell'impossibilità logica di volere simultaneamente gli effetti desiderati di un'azione e il loro contrario, il che esclude la possibilità di considerare volute tutte le conseguenze meramente possibili di un'azione. Tale osservazione viene utilizzata da K. per respingere ogni tentativo di fondare la validità della norma sulla volontà individuale, evidenziandone l'insufficienza concettuale: una norma non è ciò che si vuole, ma ciò che viene imputato secondo una connessione formale. Sigwart è inoltre citato nel contesto della distinzione tra imperativi e giudizi ipotetici. Egli esclude l'imperativo dalla logica formale, trattandosi di un'espressione priva di contenuto proposizionale e universale. K., seguendo questo impianto, definisce la norma giuridica non come imperativo, bensì come proposizione normativa con struttura condizionale ("se A, allora B è obbligatorio"). La norma è, quindi, concepita come un giudizio sul dover essere, dotato di una forma logica che consente la sua trattazione sistematica e il suo inserimento in un ordinamento coerente. Pur evocando spesso la matematica come analogia metodologica – come accade nel riferimento a JODL, che paragona



psicologia di Wundt⁷⁹, o all'idealismo di Eucken⁸⁰. Emerge, da questi riferimenti espliciti, la necessità di ricostruire il dibattito in cui gli *Hauptprobleme* s'intendono inserire, non già per fissare linee di continuità con il programma del positivismo giuridico ottocentesco, per riconoscere le linee di frattura che inducono a collocare l'opera esclusivamente nel dibattito liberale novecentesco, per rimarcare la progressiva adesione ad approcci neokantiani coevi o gli elementi di comunanza con il positivismo logico che caratterizzerà il circolo di Vienna⁸¹.

Se, infatti, l'interpretazione nel segno della continuità⁸² del programma kelseniano è incoerente con i risultati prodotti, del tutto distanti da quelli del secondo Ottocento, anche la lettura che enfatizza la discontinuità di Kelsen con il giuspositivismo tradizionale appare incompleta, perché omette di evidenziare come molte delle questioni sulle quali l'Autore offrirà soluzioni innovative sono integralmente elaborate in quell'orizzonte tradizionale. È appunto a questa articolata genealogia che va ascritta la proposta metodologia del 1911, ben più che all'adesione, spesso parziale e temporanea, oltreché funzionalmente orientata, alle istanze filosofiche che Kelsen ha variamente interpellato.

Gli *Hauptprobleme* costituiscono, in questo senso, un laboratorio sistematico in cui Kelsen elabora i presupposti della futura *reine Rechtslehre*, muovendo dai problemi aperti dal positivismo ottocentesco e in dialogo — nei limiti della compatibilità con lo sviluppo del

il metodo delle scienze normative a quello delle deduzioni geometriche — K. condivide la cautela espressa da quest'ultimo: la dimostrabilità matematica non si estende ai concetti fondamentali. La logica della norma opera nel campo del soggettivo e del normativo, distinto dall'essere, e non può essere ridotta a un calcolo deduttivo sui modelli delle scienze esatte.

⁷⁹ K. si rifà principalmente a Wundt, tra i padri della moderna psicologia, in un contesto metodologico per riflettere, insieme a Windelband, Simmel ed Eucken, sul rapporto tra via e fine della scienza, riconoscendone la rilevanza per la fondazione logica della dottrina pura del diritto, sebbene senza adottarne direttamente il sistema epistemologico. Cfr. W. WUNDT, *Logik. Eine Untersuchung der Principien der Erkenntnis*, 1. vol., Stuttgart, 1880, 3 ed., vol. I, 1906. Cfr. anche P. CHIASSONI, *Hans Kelsen*, cit., 115 ss. Per Paulson, K. si allineerà con la reazione antipositivista di Frege e Husserl contro il riduzionismo psicologista, adottando una visione fortemente normativa, secondo cui né il diritto né la logica possono essere fondati su eventi o leggi psichiche. La posizione di K. sarebbe, quindi, saldamente anti-psicologista, metodologicamente rigorosa, muovendo da un più ampio movimento filosofico di reazione contro le riduzioni empiristiche e naturalistiche della normatività [S.L. PAULSON, *Il problema della giustificazione nella filosofia del diritto di Hans Kelsen* (2012), Torino, 2015, 64 ss.].

⁸⁰ R. EUCKEN, *Geistige Strömungen der Gegenwart*, Leipzig, 1909, tenta una rifondazione spirituale e comunitaria della cultura moderna, facendo appello a un'etica attiva del *Geist*; K. risponde con il consueto rigore formale, che esclude ogni riferimento a contenuti etici, religiosi o vitalistici. Entrambi risentono dell'eredità kantiana, ma K. ne conserva solo l'impianto trascendentale-logico, mentre Eucken lo integra in una visione idealistica e neo-religiosa.

⁸¹ Cfr. C. JABLONER, *Kelsen and his Circle: The Viennese Years*, in *European Journal of International Law*, 9, 1998, 368-385, il quale ricostruisce contatti significativi — anche se non adesioni — con il Circolo di Vienna. K. — secondo Jabloner — condivide la tensione antimetafisica ma rifiuta l'empirismo logico, soprattutto nella sua riduzione del diritto a oggetto osservabile; segnala un importante (anche se episodico) dialogo con NEURATH.

⁸² Cioè, rispetto al programma della giuspubblicistica ottocentesca (cfr. così, diffusamente, in G. TARELLO, *Kelsen e la cultura europea*, cit.).



programma metodologico — con un orizzonte filosofico (che potremmo dire prima vagamente kantiano, poi specificamente affine ad alcune intuizioni neokantiane, le quali saranno anch'esse superate, senza perciò intaccare alcuni profili essenziali del progetto originario). I *Problemi fondamentali* non prefigurano *in toto* la teoria pura, ma pongono le condizioni di possibilità della futura formulazione.

La *Prefazione* degli *Hauptprobleme*⁸³ espone con chiarezza l'impostazione metodologica e l'ambizione teorica dell'opera. Lo stesso Kelsen invita a leggere il libro non per i singoli risultati, ma come costruzione sistematica complessiva, poiché afferma che nella scienza giuridica il valore di ogni soluzione dipenderebbe dalla sua coerenza con l'intero sistema, in linea con un'impostazione ormai tradizionale della dogmatica tedesca⁸⁴.

Il testo si configura, dunque, come una riflessione eminentemente metodologica: ogni problema della dottrina del diritto statuale è affrontato a partire dal concetto centrale di proposizione giuridica (*Rechtssatz*), che assume una funzione centrale per la riformulazione dell'intera dogmatica (non solo giuspubblicistica). L'obiettivo è sottrarre⁸⁵ dalla giurisprudenza le contaminazioni con la sociologia, la psicologia e la politica, separando nettamente il punto di vista normativo da quello descrittivo. In questo senso, Kelsen si oppone alla giurisprudenza "psicologica" e alle teorie che riducono il diritto a fenomeno sociale o volontà collettiva.

Due sono i contrasti fondamentali su cui si fonda l'intera costruzione o, se si vuole, l'operazione complessiva di riduzione del contingente: essere/dover essere e forma/contenuto⁸⁶. E, nel porre in questione la persistenza di tali dicotomie, Kelsen dichiara esplicitamente la propria posizione anti-monista: per quanto possa apparirgli necessaria o auspicabile un'ontologia monista, non ritiene possibile superare il dualismo tra norma e realtà dal punto di vista epistemologico⁸⁷. Ciò lo conduce a definire la giurisprudenza come disciplina

⁸³ HKO 2, 3-12.

⁸⁴ È alquanto palese la riconducibilità dell'istanza programmatica al più generale connubio tra metodologia e sistema che fu già della Scuola storica, qui appunto depurato dalle inclinazioni organicistiche: «In fernerer Betrachtung aber erkennen wir, daß alle Rechtsinstitute zu einem System verbunden bestehen, und daß sie nur in dem großen Zusammenhang dieses Systems, in welchem wieder dieselbe organische Natur erscheint, vollständig begriffen werden können» (sic, F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Veit, Berlin, 1840, 10-11). Cfr. HKO 2, 1: «è solo e proprio nella giurisprudenza che il valore e la giustizia di una costruzione speciale dipendono esclusivamente dalla possibilità che il principio di costruzione che ne è alla base possa essere impiegato fruttuosamente anche in altro modo, dalla possibilità che questo principio, elevato a massima generale di costruzione, garantisca la struttura più semplice e più unitaria del sistema totale».

⁸⁵ Nella *Prefazione* e nell'opera si itera la tensione alla riduzione, all'autolimitazione: «Lo scienziato del diritto, infatti, è costretto ad autolimitarsi quanto più possibile, se vuole avere un sistema privo di contraddizioni, concetti fondamentali logicamente difendibili» (HKO 2, 7).

⁸⁶ «Le mie ricerche presuppongono due contrasti fondamentali: quello che separa essere e dovere e quello che separa contenuto e forma» (HKO 2, 8).

⁸⁷ «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



formale e normativa, distinta dalle scienze causali, e a denunciare ogni ibridazione tra il metodo giuridico e le scienze empiriche.

Infine, Kelsen contesta sin da subito la distinzione tradizionale tra diritto pubblico e privato, sostenendo l'unità del diritto in base a principi formali comuni e l'esigenza di una costruzione su un solo piano⁸⁸.

Gli *Hauptprobleme*, come anticipato, mostrano elementi di continuità col passato (il giuspositivismo ottocentesco, e specialmente la riflessione in seno al diritto pubblico) e con la futura elaborazione della dottrina pura, al netto della trattazione "nomodinamica", ovvero quella relativa alla produzione di norme giuridiche insieme con la costruzione a gradi dell'ordinamento e l'assioma presupposto della norma fondamentale, che saranno elaborati successivamente, soprattutto grazie all'influsso dell' "allievo" Merkl. In questo senso, Kelsen si confronta con temi ormai classici del secolo diciannovesimo: la concezione dello Stato-persona, il dogma della volontà, il rapporto tra consuetudine e legge, la tensione tra momento formale della giurisprudenza e interesse per le origini storiche del fenomeno giuridico e dei suoi possibili scopi, il dibattito sull'apertura o sulla chiusura formale del sistema giuridico, o sull'eventuale rapporto "organico" dell'ordinamento rispetto alla società.

Si assiste, però, anche a una significativa frattura con la tradizione, perché nessuna delle soluzioni ai problemi posti è un'implicazione necessaria o prevedibile del percorso tradizionale: non lo è la negazione della volontà soggettiva intesa quale libero arbitrio, né la ricostruzione (non volontaristica) del concetto di "volontà" statale, né le ragioni della delimitazione dell'oggetto della giurisprudenza alla sola dimensione formale, né la dissoluzione dell'unità Stato-ordinamento/Stato-persona nell'identificazione del primo con l'ordinamento giuridico *tout-court* e nell'equiparazione del secondo con gli altri soggetti giuridici che al primo sono sottoposti.

4. I problemi fondamentali della Staatsrechtslehre

Nel primo libro dei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*⁸⁹, il movimento teorico si articola intorno a due principali operazioni di sottrazione concettuale, che hanno

in ciò, tuttavia, io ravviso dei contrasti di principio, 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» (HKO 2, 5).

⁸⁸ E in questa sede (HKO 2, 9) già obietta alle possibili obiezioni della ricomprensione del pubblico e del privato in unico diritto statale, cioè da un lato alle accuse di panpubblicismo, evidenziando come la sua costruzione equipari la "persona" dello Stato ai soggetti di diritto (e in ciò la subordina all'ordinamento giuridico), dall'altro lato a quelle di un'indebita estensione del diritto privato, richiamando la necessità di un metodo e di una scienza comuni.

⁸⁹ HKO 2, 15-104.



funzione metodologica e insieme genealogica. Non stupisce che queste due operazioni saranno ancora presenti nell'apertura delle diverse formulazioni della teoria pura: separare il diritto dalla natura; dunque, separare il diritto dalla morale⁹⁰.

La prima è la distinzione netta e non mediabile tra leggi naturali e norme giuridiche: l'essere e il dover essere si pongono come categorie eterogenee, logicamente incommensurabili, separate da un "baratro invalicabile"⁹¹. Nessun fatto, nessuna osservazione regolare, nessuna regolarità empirica può dare origine a una norma (giuridica), e neppure l'effettiva osservanza di una norma incide, da ultimo, sulla sua validità. La norma vale in quanto deve essere osservata, anche se non lo è: la sua forza non è causale ma solo prescrittiva, e non è misurabile in base agli effetti. Da qui l'impossibilità di confondere la proposizione giuridica con un comando psicologico, o di trattare il diritto come risultato dell'evoluzione storica del costume. Il giuspositivismo kelseniano perviene, per questa via, a un risultato diametralmente opposto alla tendenza, caratteristica del giuspositivismo tradizionale, di opporre alle idealità del giusnaturalismo (e, poi, di alcune istanze illuministiche) un richiamo alla realtà e un approccio empirico-descrittivo.

«Come l'essere, — afferma richiamando Georg Simmel — il dovere è una "categoria originaria", e così come è impossibile descrivere cos'è l'essere o cos'è il pensiero, così è impossibile dare una definizione del dovere»⁹².

La seconda distinzione è interna all'ambito normativo ed è, in massima parte, presente negli *Hauptprobleme* in modo non dissimile da come la ritroveremo nella *reine Rechtslehre*: quella tra norme etiche e norme giuridiche. Qui l'intervento di Kelsen consiste nello spostare il criterio di identificazione dal contenuto delle norme al fondamento delle due dimensioni. Il contenuto della norma giuridica può coincidere in tutto o in parte con quello di una norma

⁹⁰ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., capp. I ("Diritto e natura") e II ("Diritto e morale"), 47 ss. e 56 ss.

⁹¹ «Mentre il compito delle scienze della natura è di spiegare il comportamento effettivo delle cose materiali, di cogliere l'essere, le altre discipline pongono regole che prescrivono un comportamento, esigono un essere o un non-essere, sanciscono cioè un dovere. Si designa il primo punto di vista come esplicativo [*i.e.*, anche *descrittivo*], il secondo come normativo; si considerano le regole dell'essere come leggi naturali in senso ampio, le regole che sanciscono un dovere come norme» (HKO 2, 17). Per l'espressione citata, 19.

⁹² HKO 2, 19. Il rif. è a G. SIMMEL, *Einleitung in die Moralwissenschaft*, Stuttgart-Berlin, 1892-1893, 14: «Ist so das Sollen eine ursprüngliche Kategorie wie das Sein und das Vorstellen und nimmt es an der ganzen Unerklärlichkeit dieser letzten Tatsachen Teil, so verdeutlichen sich von hier aus die verschiedenen Erscheinungen, die mit der Unbegründbarkeit der Moral zusammenhängen». Tuttavia, mentre SIMMEL esplora il *Sollen* come categoria filosofica e psicologica, K. lo utilizza come fondamento per una teoria giuridica autonoma e formalmente coerente. Entrambi, però, condividono l'idea che il dover essere non possa essere derivato dall'essere, vale a dire pervengono dall'affermazione della dicotomia originaria essere/dovere allo humiano divieto di passaggio *is-ought*, forse dovuta proprio, o quantomeno anche, alla mediazione kantiana: "die Erinnerung des David Hume war eben dasjenige, was mir vor vielen Jahren zuerst den dogmatischen Schlummer unterbrach" [I. KANT, *Prolegomena zu einer jeden künftigen Metaphysik, die als Wissenschaft wird auftreten können* (1781), in *Kant's gesammelte Schriften*, Bd. IV, G. Reimer, Berlin, 1910, 260].



morale, ma ciò che conta non è che cosa la norma prescriva, bensì donde origini la sua vincolatività: un'origine autonoma (e "soggettiva") nel caso della morale⁹³, eteronoma (e "oggettiva") nel caso del diritto⁹⁴.

È singolare che nel confronto tra le due dimensioni, descrittiva e normativa, in uno stadio della produzione al quale si è spesso attribuita una certa immaturità filosofica, Kelsen dimostri una sensibilità epistemologica tutt'altro che trascurabile, poiché afferma che la dimensione delle norme non potrebbe contrastare con "la legge naturale in senso esatto", ma che se «ci si serve tuttavia del termine legge naturale in un'accezione meno rigorosa, e con esso si intendono regole che esprimono una uniformità — sia pure non assoluta e non priva di eccezioni — del corso naturale, così come fanno per esempio le leggi della psicologia e le formule della biologia, allora si ha a che fare con leggi che certamente ammettono un'eccezione»⁹⁵.

Ciò implica, detto altrimenti, che la dimensione deontica non contrasti in astratto con un'ontologia (monista), ma che non coincida necessariamente, soprattutto per quel che concerne la dogmatica del diritto positivo, con leggi di natura intese soltanto quali modelli esplicativi della realtà⁹⁶: «Nella giurisprudenza dogmatica la separazione dei due *punti di vista* e l'esclusiva accettazione del *punto di vista* normativo costituiscono anzi il principio metodico

⁹³ È singolare che K. precisi che si tratti di un vincolo autonomo, anche allorché sia percepito dal singolo, come per la religione, come eteronomo: «Quando il singolo non percepisce il dovere etico, la norma, semplicemente come istinto soggettivo, ma come una pretesa rivoltagli dal di fuori, da una potenza superiore, ciò viene riportato ad un processo speciale dell'oggettivizzazione, mediante il quale l'uomo proietta certi fatti psichici all'esterno, donde gli stessi gli ritornano indietro in forme che non lasciano più riconoscere la loro origine. Così l'idea della divinità è solo l'oggettivizzazione dell'io metafisico, le qualità di Dio sono solo meriti umani oggettivati, e così la legge etica, percepita come quella della volontà superiore di una potenza posta al di fuori e al di sopra dell'uomo — legge etica che la teologia riconosce appunto anche come volontà di Dio —, appare solo come l'oggettivizzazione degli impulsi etici dell'uomo» (HKO 2, 32). Cfr., sulla vincolatività interiore dell'obbligo morale e con riferimento a Kant, 325 ss.

⁹⁴ «La natura eteronoma delle proposizioni giuridiche è determinata in maniera eclatante dall'esistenza di una legge che sta al di fuori e al di sopra degli esseri umani e le cui norme, secondo il loro contenuto, possono essere accertate oggettivamente e sono del tutto indipendenti nella loro genesi da fattori soggettivi»; «la proposizione giuridica procede senza dubbio da un potere che è esterno all'individuo sin dal principio» (HKO 2, 51 e 53).

⁹⁵ HKO 2, 38. Qui rinvia, con una forte elasticità interpretativa, a F. PAULSEN, *System der Ethik*, Berlin, 1889, 13 ss., il quale propone, al contrario di K., una concezione materiale, naturalistica e antikantiana della morale.

⁹⁶ In ciò, parrebbe, con forti assonanze con l'epistemologia contemporanea, opposta al razionalismo ontologico di tipo leibniziano o al realismo metafisico, in cui le leggi di natura sono viste sempre più spesso come strumenti concettuali efficaci, vale a dire modelli, e non come strutture ontologiche [si pensi all'empirismo costruttivo di B. VAN FRAASSEN, *L'immagine scientifica* (1980), Bologna, 1985]; per altro verso, sarà questo il nucleo kantiano del pensiero di R. Carnap e di alcuni esponenti del circolo di Vienna [cfr. J.A. COFFA, *The Semantic Tradition from Kant to Carnap: to the Vienna Station* (1991), trad. it. di G. Farabegoli, *La tradizione semantica da Kant a Carnap*, Il Mulino, Bologna, 1998].



supremo»⁹⁷. In tal modo, il dualismo kelseniano non si proietta indebitamente sulla realtà (che riconobbe sin da giovane come “problematica”⁹⁸), ma rappresenta una frattura ineludibile della “sua” epistemologia.

Kelsen, inoltre, è perfettamente consapevole del carattere storicamente situato della sua teoria. La pretesa di purezza formale non coincide con una — ingenua e del tutto assente nei *Problemi fondamentali* — neutralità assoluta: la teoria presuppone, per poter funzionare, un certo assetto istituzionale e concettuale reso possibile solo dall’emersione dello Stato moderno⁹⁹; vale a dire che l’autonomia metodologica della dottrina del diritto è resa possibile dall’emersione del principio legislativo, cioè da una configurazione storica in cui il diritto si separa tanto dalla consuetudine quanto dalla morale¹⁰⁰.

Ne consegue che la teoria non sia affatto ignara delle sue origini, né inconsapevole dei suoi possibili fini, ma è formalmente indifferente alla loro indagine: «il problema della genesi e della fine del diritto — non dei singoli rapporti giuridici — travalica i limiti della considerazione formale del diritto»¹⁰¹. Ciò impedisce di “contaminare” la concezione formale con gli approcci sincretici dell’organicismo¹⁰², con la cosiddetta giurisprudenza degli interessi (dello scopo del

⁹⁷ HKO 2, 51, corsivo aggiunto.

⁹⁸ «Ben più duratura fu l’impressione che esercitò su di me la cosiddetta filosofia idealistica. Ho vivo ancora oggi il ricordo dello sgomento spirituale che provai — avevo allora forse 15 o 16 anni — quando per la prima volta fui consapevole del fatto che la realtà del mondo esterno è problematica [...] mentre ero ancora al ginnasio, iniziai a leggere Kant» (HKO 1, 23).

⁹⁹ «Con il regredire della formazione del diritto in via consuetudinaria e con la vittoria del principio della creazione consapevole di diritto nello Stato moderno ottiene il sopravvento quella teoria che concepisce il diritto oggettivo come volontà dello Stato. Allora, appena anche il contenuto della norma giuridica non viene più determinato dal ‘popolo’ in via consuetudinaria, appena l’organizzazione statuale racchiude anche il processo della produzione giuridica, appena i presupposti formali di ciò che è diritto si manifestano con le disposizioni sul processo legislativo nell’ordinamento giuridico, allora, nel trattare il problema della natura del diritto oggettivo, lo sguardo si posa sullo Stato» (HKO 2, 110, ma v. anche 57 ss., 67, 176). Ironicamente: «O si crede veramente che il contenuto delle numerose e complicate leggi nelle quali viene espressa la volontà dello Stato moderno sia depositato nella comune tendenza delle volontà di tutti i cittadini, che però delle norme di queste leggi, anzi spesso proprio della loro tendenza generale, non hanno alcuna idea? Possono veramente questi cittadini — *da un punto di vista psicologico* — aver voluto qualcosa di cui non avevano alcuna idea?» (175).

¹⁰⁰ «Certamente, anche questo fatto si è evidenziato in tutta la sua nettezza solo attraverso la rimozione del diritto consuetudinario. Fin quando il diritto non è stato posto mediante una creazione consapevole da parte di alcuni pochi, di contro alla moltitudine dei consociati giuridici, ma è sorto in seno a questi ultimi attraverso l’uso effettivo che essi ne hanno fatto, il diritto è apparso, appunto in virtù della sua genesi — proprio come la morale, il prodotto della volontà di tutti i singoli, di fatto della volontà del popolo. Anche in questo punto la rimozione del diritto consuetudinario da parte della legislazione consapevole è una modificazione fondamentale nella natura del fenomeno giuridico» (HKO 2, 58).

¹⁰¹ HKO 2, 62.

¹⁰² *Versus* soprattutto Gierke e Pruess (465 ss., 531 ss., 706 ss.), ma anche nei confronti delle inclinazioni “pseudo-organiciste” di Laband o Jellinek (711 ss.). Cfr. *funditus* il § 17 degli *Hauptprobleme* (459 ss.).



diritto¹⁰³), o con gli elementi psicologi che insistono su metafore volontaristiche (“la volontà collettiva”, “del popolo”, “generale”, il *Volksgeist*, la “psiche collettiva”, ecc.).

In questo quadro, la teoria si dimostra consapevole, ma indifferente o ortogonale rispetto alla teoria politica: essa non implica per necessità il liberalismo come opzione politica, ma lo assume come eventuale ambiente operativo — uno sfondo strutturale entro cui è possibile concepire il diritto come sistema normativo autonomo. L'intero edificio regge a condizione che si accetti di “giocare il gioco” dell'ordinamento: che si riconosca il primato formale della norma, la centralità dello Stato come forma giuridica finale dell'imputazione delle norme, l'autonomia del diritto rispetto alla morale e alla politica. Se si esce da questo quadro, nulla vieta di pensare altre forme spurie di normatività o altre organizzazioni sociali, ma si starebbe semplicemente ragionando a una costruzione diversa da quella ordinamentale in senso proprio. Perciò, la teoria kelseniana non è neppure politicamente neutra quanto ai suoi effetti: essa esclude, di fatto, ogni concezione concorrente che dissolva l'ordinamento giuridico nella volontà sociale, storica o partitica — sia essa di matrice socialista, nazionalistica o teologica¹⁰⁴. È indifferente ai contenuti di simili opzioni politiche, ma è incompatibile con teorie politiche che trasolino sulla concezione formale del diritto l'interesse, l'origine, la funzione, o lo scopo. (Un contenuto politico socialista può essere accolto in sistema così concepito, mentre una teoria del diritto socialista è incompatibile con il modello kelseniano)¹⁰⁵.

È solo con la vittoria del principio della legislazione positiva — cioè, della norma come volontà formalmente espressa dallo Stato quale centro esclusivo di produzione normativa — che il diritto si separa dalla morale. Questo mutamento storico istituisce una struttura eteronoma della norma giuridica, che non nasce dalla (presunta finzione della) coscienza soggettiva o dall'interiorizzazione di impulsi morali, ma si impone dall'esterno. Il diritto moderno nasce, dunque, in senso proprio, solo nel momento in cui la consuetudine e la eterogeneità della produzione giuridica sono soppiantate dalla “volontà” legislativa. «Le

¹⁰³ Qui il confronto con R. VON JHERING (*Der Zweck im Recht*, Bd. 1, Leipzig, 1877) è serrato è diffuso (cfr. 69 ss.).

¹⁰⁴ Non a caso K. sostiene che una teoria socialista sarebbe astrattamente compatibile nei contenuti con un ordinamento giuridico (p.e. 453 ss.), ma la teoria è incompatibile con l'assunzione del popolo come organo dello Stato, o con la concezione funzionalistica (e meno che mai redistributiva) del diritto (89 ss.); entrambe, infatti, introducono elementi spuri nella costruzione formale dell'ordinamento. Il riferimento alla dimensione teologica è qui ancora limitato alla critica della commistione tra diritto e morale e alla teoria della volontà psicologica.

¹⁰⁵ V. Th. OLECHOWSKI, M. GASSMER, *Hans Kelsen, il marxismo e la socialdemocrazia austriaca*, in A. CARRINO, *Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 51 ss., i quali descrivono i punti di contatto tra K. e la teoria del diritto sovietico, problematizzando quest'affermazione di inconciliabilità tra teoria socialista e dottrina pura. Sull'accostamento tra volontarismo sovietico e normativismo kelseniano, v. G. SILVESTRI, *Vyshinsky, l'unità del potere e l'onnipotenza della volontà politica nella teoria dello Stato sovietico*, in [Rivista AIC](#), 4, 2023, dove si osserva criticamente come entrambe le teorie si collochino in opposizione al costituzionalismo dei valori e al pluralismo istituzionale, legando la legittimità all'atto fondativo piuttosto che al bilanciamento progressivo dei principi.



proposizioni giuridiche hanno forza vincolante perché e solo in quanto esse sono *volontà* dello Stato, il quale realizza la sua volontà attraverso il suo potere di fatto — e per questa vincolatività giuridica non fa differenza se le proposizioni giuridiche coincidano o meno con le leggi etiche»¹⁰⁶. Un'affermazione, questa, che sarebbe platealmente contraddittoria se, una volta confutata ogni finzione psicologica (della volontà, del riconoscimento sociale delle norme, della colpa, ecc.), Kelsen avesse affidato la proposizione giuridica a una “reale” volontà dello Stato psicologicamente intesa, e variamente identificata in un organo del potere: «Ma la volontà dello Stato è appunto qualcosa di completamente diverso dall'atto psichico»¹⁰⁷, e consiste nel «prodotto della costruzione giuridica e precisamente di una costruzione intrapresa allo scopo della imputazione», nel senso che l'ordinamento, nel volere che una proposizione giuridica sia eseguita, “vuole” niente più che se stesso: «Se si dice che la legge contiene la volontà dello Stato ciò non significa altro che la legge determina le fattispecie che devono valere come azioni dello Stato, che lo Stato le ‘vuole’, ovvero che queste azioni vengono imputate allo Stato e non agli agenti fisici, i quali per questa circostanza sono “organi”. Non significa altro che è nella legge che va trovata la regola secondo cui si verifica l'imputazione allo Stato»¹⁰⁸.

Kelsen chiama “volontà dello Stato” ciò che, propriamente, è solo una costruzione giuridica di imputazione: non si tratta di una volontà soggettiva né di un fatto psichico collettivo, ma di una funzione logico-normativa, per cui un'azione compiuta da un individuo fisico viene considerata — secondo una norma — come azione dello Stato, indipendentemente dal fatto che essa sia un'azione fisica, situata, psicologicamente e causalmente determinata, e teleologicamente direzionata. Si tratta, cioè, non di una “volontà”, ma di un criterio di imputazione formale che consente all'ordinamento di riferire a sé determinati atti¹⁰⁹.

Le due sole delimitazioni del diritto dalla natura e dalla morale rendono possibile la costruzione del diritto come sistema formale. L'imputazione giuridica, da ultimo, consente una concatenazione attributiva diversa da quella affermata dal giudizio causale (riferibile alla natura) o dal giudizio morale (riferibile alla colpa), ma una relazione normativa oggettiva: essa non spiega né cosa accada *naturaliter*, né si rivolge alla sfera psichica o intima dell'individuo, ai suoi moventi e ai suoi scopi, ma collega condizioni e conseguenze secondo un “deve”¹¹⁰. E

¹⁰⁶ HKO 2, 67.

¹⁰⁷ HKO 2, 218.

¹⁰⁸ HKO 2, 191.

¹⁰⁹ “Il concetto di volontà statale — prosegue K. — non ha niente a che fare con un fatto psicologico di volontà. Esso va considerato esclusivamente come prodotto della costruzione giuridica e precisamente di una costruzione intrapresa allo scopo della imputazione” (*ibidem*).

¹¹⁰ Infatti, «un effetto, di regola, non ha un'unica serie di cause, ma più serie di cause, al cui punto medio, per così dire, sta l'evento da imputare. Tutte queste serie, considerate dal punto di vista del principio causale, si equivalgono l'una all'altra, ma l'imputazione si riallaccia solo ad una di queste serie, cioè a quella in cui si trova un'azione umana qualificata in un determinato modo, e precisamente qualificata normativamente. Il principio



proprio perché le relazioni giuridiche così intese non rinviano né a effetto né a causa, ma uno schema formale di imputazione, esse possono essere studiate solo presupponendole come valide, senza indagarne né l'origine né la finalità, che restano extragiuridiche oltreché eterogenee, ineffabili o comunque variabili. Sotto questo aspetto, nel testo si distinguono, forse non con la medesima nettezza delle formulazioni compiute, gli assunti della metodologica della futura *dottrina*: il concetto di diritto va quindi depurato da qualsiasi commistione con l'idea di giustizia, dalla sociologia, dalla psicologia; conseguentemente, «la scienza giuridica (positivista) deve limitarsi a descrivere il proprio oggetto, il diritto positivo, astenendosi da valutazioni sulla bontà, giustizia o correttezza del diritto esistente»¹¹¹. Già nella fase iniziale, quindi, la validità prende il posto dell'esistenza tra le categorie fondamentali della teoria del diritto. Questa radicale delimitazione dell'oggetto d'indagine rispetto alle scienze empiriche e alle speculazioni assiologiche, come anticipato, è la condizione necessaria per la successiva costruzione dogmatica.

Nel secondo libro¹¹² degli *Hauptprobleme*, Kelsen elabora il nucleo più tecnico e sistematico della sua costruzione: la teoria della proposizione giuridica (*Rechtssatz*) come forma logica oggettiva, irriducibile anch'essa a ogni spiegazione psicologica, volontaristica o sociologica. Il libro si articola in due grandi sezioni, dedicate rispettivamente alla critica delle concezioni dominanti della volontà nel diritto, di cui si è detto, e alla ricostruzione formale della proposizione giuridica. Lo stile argomentativo, ancora in questa fase, è ancora legato alla tradizione ottocentesca, nel senso che la riflessione procede attraverso il contraddittorio che Kelsen instaura di volta in volta con opere e autori determinati.

La prima parte è dedicata alla costruzione della proposizione giuridica come proposizione condizionale: ogni norma ha la forma di un enunciato ipotetico che collega una fattispecie a una sanzione («se A, allora B è dovuto»¹¹³). La costruzione formale della proposizione giuridica si lega profondamente alla critica della volontà come fondamento del diritto.

causale, in ogni caso, non può essere rilevante per questa scelta. Ma per quanto riguarda l'imputazione di fattispecie di omissione — un caso estremamente importante di imputazione giuridica ed etica — non si può porre nessun nesso causale, in qualsivoglia forma, tra il soggetto della norma agente (dunque anche causalmente non agente) e l'oggetto della norma» (HKO 2, 85). Pertanto, «bisogna sottolineare che il concetto di imputazione ha lo stesso carattere acausale e ateleologico per tutti gli ambiti normativi. Dovunque si verifichi una imputazione, essa viene effettuata esclusivamente sulla base di norme, il principio di imputazione e quella specifica relazione, posta dal 'deve', tra soggetto della norma e oggetto della norma, e non un qualche nesso effettivo causale o teleologico» (HKO 2, 87).

¹¹¹ A. SCHIAVELLO, *Scienza giuridica, metodo, giudizi di valore*, in *Teoria e Critica della Regolazione sociale*, 1, 2007, 7, riassume così gli assunti metodologici (metateorici) del positivismo giuridico kelseniano.

¹¹² HKO 2, 105-315. Dalla *Prefazione*: «Il sistema posto alla base del libro è il risultato del riconoscimento della proposizione giuridica come concetto centrale della costruzione giuridica; la particolare formulazione della proposizione giuridica condiziona la soluzione di una serie di problemi speciali. Questa è l'idea guida» (HKO 2, 3).

¹¹³ Una delle formulazioni compiute della proposizione giuridica: «Risultato positivo delle ricerche finora svolte è la costruzione delle proposizioni giuridiche come giudizi ipotetici su una volontà dello Stato di tenere



Determinante ai fini della costruzione kelseniana, sia in senso positivo che critico, è il confronto con la dogmatica di Ernst Zitelmann¹¹⁴, il quale adotta una forma analoga di proposizione ipotetica per descrivere le norme giuridiche, ma la sua teoria rimane vincolata a una concezione volontaristica, in cui le norme sono viste come espressioni della volontà del legislatore dirette ai consociati¹¹⁵.

Kelsen, appunto, riprende lo schema formale di Zitelmann, ma espunge l'elemento psicologico, rifiutando di considerare il diritto come manifestazione di volontà dello Stato. Per Kelsen, infatti, la norma non è un comando — benché essa possa assumere l'aspetto del comando da un punto di vista soggettivo del suo destinatario —, ma un giudizio ipotetico che stabilisce una relazione condizionale tra condizioni e conseguenze, indipendente da ogni

una propria, determinata condotta [...] La costruzione qui accettata presenta un principio di classificazione autonomo, puramente formale, per la sistematica del diritto oggettivo» (HKO, 275).

¹¹⁴ E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft. Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879, il quale — in un'opera volta principalmente a superare la teoria savignyana dell'errore di diritto (6-9) — propone una solida costruzione dogmatica che ascrive il dogma volontaristico della Scuola storica in un quadro teorico neokantiano in dialogo con le prime ricerche di ambito "psicologico" (cfr. 24-35, dove ritroviamo ancora il riferimento a W. WINDELBAND, *Über den gegenwärtigen Stand der psychologischen Forschung*, Leipzig, 1876; ma è significativo anche il richiamo a R. MEDEM, *Grundzüge einer exakten Psychologie: Die Mechanik der Empfindungen, gegründet auf die Lehre von den Wellenbewegungen*, Leipzig, 1876, che conduce un interessante tentativo di ricostruire una teoria psicologica delle condotte giuridiche a partire dalle intuizioni della teoria psicofisica di Ernst Heinrich Weber e altri). ZITELMANN propone una teoria dell'azione distinta in tre momenti: coscienza, volontà e movimento corporeo esteriore (in *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., 29 ss.). Questa impostazione riflette l'influenza delle teorie psicologiche del XIX secolo, che cercavano di spiegare l'agire umano attraverso una combinazione di fenomeni interni ed esterni. Zitelmann parte dall'idea che l'azione sia un'unità complessa, formata dall'intenzione e dal comportamento esterno, e che questa combinazione sia essenziale per comprendere come i negozi giuridici producano effetti nel mondo del diritto. Tuttavia, egli riconosce che questa descrizione non è sufficiente a spiegare la struttura logica del diritto, e da questa base psicologica, sviluppa la nozione di *Rechtssatz* come forma logica che collega una condizione a una conseguenza, espressa nella struttura ipotetica "Se A, allora deve B" (222 ss.). Lo schema formale — che è un giudizio logico e non un imperativo — rappresenta un tentativo di superare le limitazioni dell'analisi puramente psicologica, creando un ponte tra fatti e norme. Tuttavia, Zitelmann non riesce a liberarsi completamente dall'influenza della volontà come elemento costitutivo della norma, perché concepisce ancora la proposizione giuridica come espressione della *volontà* del legislatore, che stabilisce le connessioni *causali* tra fatti e conseguenze normative.

¹¹⁵ *Ivi*, 223: «Jede Rechtsnorm ist demnach ein Urteil, und nur das Eigentümliche hat dieses Urteil, dass die Synthese der Begriffe in ihm bloss deshalb gültig ist, weil der Gesetzgeber es will: der Gesetzgeber hatte die Macht, durch seinen Willen dem Subject (Du) ein Prädikat (Verpflichtetsein) beizulegen, das dem Subject vorher nicht zukam; in dem Aussprechen der Norm vollzieht mithin der Gesetzgeber zu gleicher Zeit die Verknüpfung der Thatsachen in Wirklichkeit, welche er zugleich im Urteil als verknüpft ausspricht. [/] Wenn aber das 'Du sollst' logisch stets als Urteil aufzufassen ist, dann kann und muss für den ganzen Rechtssatz die Eigenschaft eines hypothetischen Urteils in Anspruch genommen werden — ein solches ist ja nur denkbar, wenn seine beiden Teile selbst wiederum Urteile sind. Nun besteht jedes hypothetische Urteil darin, dass es zwischen Vordersatz ('Wenn') und Nachsatz ('So') das Verhältnis notwendiger Folge behauptet; das in dem Wenn-Satz enthaltene Faktum ist dabei die Bedingung für das im So-Satz enthaltene Sollen».



volontà soggettiva e fondata esclusivamente su criteri normativi. Nel rifiuto di ogni fondazione volontaristica del sistema rileva un'esplicita sfiducia nella compatibilità tra l'oggetto di indagine della psicologia, che proporrebbe una teoria esplicativa della volizione, e la giurisprudenza che ricostruisce imputazioni normative tra condizioni e conseguenze funzionalmente qualificate come volute¹¹⁶.

Questa sezione è anche il luogo del confronto critico con le altre principali teorie contemporanee: da Binding, che insiste anch'egli sull'elemento volitivo e sul carattere imperativo delle norme¹¹⁷, a Thon, che invece vorrebbe interpretare la norma come mero giudizio logico, ma resterebbe ancora una volta confinato nello schema volontaristico delle teorie imperative¹¹⁸, fino a Bierling, che tenterebbe una sintesi di interesse e volontà. Kelsen rigetta queste posizioni, sostenendo che mancano di rigore metodologico e mescolano indebitamente la dimensione dell'essere e del dover essere¹¹⁹.

L'approccio permette di superare le (ultime) contraddizioni del volontarismo, separando nettamente diritto e psicologia, e garantendo alla norma giuridica una validità autonoma e formale, senza ricorrere ad ambigue fondazioni extragiuridiche.

Kelsen, inoltre, sulla base della costruzione formale che ha espunto caratterizzazioni naturalistiche degli elementi fondativi del sistema, distingue tra proposizione giuridica in senso stretto — quella che definisce un comportamento del consociato come condizione di una sanzione — e proposizione in senso ampio, una nozione che introduce al fine di includere anche norme costitutive e organizzative, proprio perché sempre esprimibili formalmente secondo lo schema logico ideato¹²⁰. Detto altrimenti, la costruzione della proposizione

¹¹⁶ HKO 2, 119: «la giurisprudenza non sa che farsene dei risultati raggiunti dallo psicologo, in quanto il concetto di volontà nella definizione che ne dà la psicologia moderna è inutilizzabile per gli scopi specifici dei giuristi». Cfr. diffusamente 119-132.

¹¹⁷ K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I, Leipzig, 1872, 23 ss., il quale, pur riconoscendo (apparentemente) la natura di giudizio ipotetico della proposizione giuridica, non supera la concezione imperativista e la criticata nozione di volontà statale (HKO 2, 279-306).

¹¹⁸ A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Böhlau, Weimar 1878, X-XI, al quale K. contesta il soggettivismo implicito alla concezione della norma come imperativo dello Stato (che dunque fonda il sistema giuridico sul soggettivismo statale), dal quale consegue il rilievo giuridico della dimensione teleologica dei comandi (HKO 2, 306-315).

¹¹⁹ Una linea interpretativa, ascrivibile anche a Bobbio, vede in K. un "imperativista critico", ma — come osserva A. SCHIAVELLO (*L'eterno ritorno della contrapposizione tra giuspositivismo e giusnaturalismo. Una replica a Salvatore Amato*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 8, 2008, 24): «La centralità che Kelsen riconosce alla sanzione non concerne tanto il 'punto di vista interno' dei partecipanti o le ragioni di questi ultimi per conformare il proprio comportamento a quanto prescritto dal diritto, quanto l'aspetto 'strutturale' del diritto e la possibilità di riconoscere il diritto, le norme giuridiche, da una prospettiva esterna». Sul punto, v. F. RICCOBONO, *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, in F. RICCOBONO e F. ROMEO (curr.), *Dieci Obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Napoli, 2018, 25 ss.

¹²⁰ HKO 2, 253 ss. Le proposizioni giuridiche in senso ampio fonderebbero lo Stato costituzionale perché definiscono le competenze e i poteri dello Stato, creando una base giuridica per l'attività amministrativa e



giuridica come schema logico vuoto consente la totale svalutazione dell'elemento materiale del diritto (le sue origini, la teleologia delle norme, le finalità che i consociati perseguono, le ragioni economiche che ispirano la causa di un determinato istituto, ecc.). Tale operazione di epurazione contenutistica ha un costo necessario e un immediato vantaggio. Il costo, alquanto scontato e che sarà contestato a Kelsen sino ai nostri giorni¹²¹, consiste nell'aver reso il diritto soggettivo un contenuto contingente solo eventuale del sistema (*a fortiori*, ciò varrà per un diritto soggettivo costituzionale)¹²². Ma se un simile costo sembrerebbe condurre a una celebrazione della statualità a vantaggio dell'individuo, il risultato complessivo che

l'azione politica. Inoltre, collegano la volontà statale all'azione concreta, riconoscendo lo Stato non solo come soggetto che agisce, ma come ente normativo che esprime la sua volontà sempre attraverso norme vincolanti. Superando le concezioni soggettive del diritto, le proposizioni costruiscono un sistema normativo fondato sulla "volontà" statale, piuttosto che sulla semplice somma dei diritti individuali.

¹²¹ Si pensi, per tutti, proprio a L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., diffusamente, o *breviter*, *Dieci aporie nella teoria del diritto e della democrazia di Hans Kelsen. Il garantismo nello specchio della dottrina pura*, Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, 26 marzo 2014, 6: «Coerentemente con la sua concezione imperativistica, a sua volta connessa alla configurazione del *Sollen* come dover essere tra due atti, Kelsen concepisce il diritto soggettivo come semplice riflesso di un dovere e come presupposto della sanzione in caso di sua violazione. Ne consegue la tesi, anch'essa in contrasto con il principio del positivismo giuridico, che un diritto soggettivo pur stabilito positivamente, come per esempio un diritto fondamentale prodotto da carte costituzionali o internazionali, ove non esistessero, perché non introdotti da leggi di attuazione, il dovere corrispondente e la relativa sanzione, sarebbe un non-diritto, e la norma che lo stabilisce sarebbe a sua volta una norma irrilevante o, peggio, inesistente». Posizione non condivisibile per ragioni di ordine storico (non si tratta, a ben vedere, di una teoria imperativistica, ma di uno dei primi tentativi di critica all'imperativismo all'interno della riflessione positivismo ottocentesco); per ragioni teoriche (K. afferma che la presenza di diritti soggettivi è contingente e non necessaria, mentre nell'argomento di Ferrajoli essi diventano per il primo solo "irrilevanti" o "inesistenti"); e per ragioni "storicistiche", dal momento che non si può contestare a K. di non aver ricostruito la positivizzazione dei diritti fondamentali in ordinamenti e culture giuridiche che non li prevedevano (e che li includeranno progressivamente, anche grazie alla garanzia della giustizia costituzionale, della quale, nel complesso, K. può essere annoverato tra i fautori). Sul punto v. V. OMAGGIO, *Luigi Ferrajoli Interprete di Kelsen*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XVIII, 2018, e M. BARBERIS, *Ferrajoli successore di Kelsen o Kelsen precursore di Ferrajoli?*, in *Ragion pratica*, 1, 2017. Sulla distinzione tra la concezione kelseniana del *Sollen* e l'impostazione assiomatica proposta da FERRAJOLI, v. F. ROMEO, *Senso e significato in Kelsen e nei suoi interpreti*, in F. RICCOBONO, F. ROMEO (a cura di), *Dieci obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Napoli, 2018, 131 ss., dove si evidenzia come la *reine Rechtslehre* non ammetta l'introduzione assiomatica di premesse costitutive del sistema, distinguendosi così nettamente dalla costruzione neocostituzionalista.

¹²² «È infatti assolutamente possibile che un intero ordinamento giuridico — non solo, com'è attualmente, le mere leggi penali — sancisca esclusivamente obblighi giuridici e nessun diritto soggettivo, riconoscendo così solo soggetti di obbligo e nessun soggetto 'di diritto', mentre il contrario, cioè un ordinamento giuridico che sancisca solo 'diritti', ma nessun obbligo, e che quindi conosca solo soggetti 'di diritto', ma nessun soggetto di obbligo, è impossibile. L'essenza della proposizione giuridica, infatti, è di sancire un obbligo giuridico, e se per 'diritto' non si vuole intendere solo il riflesso materiale di un obbligo giuridico, allora la garanzia di un diritto soggettivo non è essenziale ad ogni proposizione giuridica, ma soltanto una qualità possibile, non necessaria, di essa» (HKO 2, 524).



l'operazione determina contempera questo effetto controintuitivo: la proposizione giuridica quale schema formale di imputazione implica la soggezione della persona dello Stato all'ordinamento così concepito e, quindi, le condizioni minime per un'equiparazione giuridica del potere pubblico e alla posizione dei consociati.

Nel terzo libro degli *Hauptprobleme*¹²³ Kelsen affronta le cosiddette “forme fenomeniche soggettive della proposizione giuridica”, ossia le manifestazioni del diritto in cui la dottrina tradizionale proietta concetti come l'obbligo, il diritto soggettivo o la volontà dello Stato (gli aspetti soggettivamente intesi della relazione posta da una proposizione giuridica). Il compito che egli assume in questa parte dell'opera è quello di smascherare l'equivocità di tali nozioni e ricondurle alla loro funzione sistematica all'interno dell'ordinamento, secondo un'impostazione coerente con la concezione formale e oggettiva della proposizione sviluppata nei libri precedenti.

La prima sezione è dedicata all'obbligo giuridico, che Kelsen analizza come funzione logica della norma e non come stato soggettivo o comando personale. L'obbligo non è un sentimento o una pressione psicologica, ma una posizione che il soggetto occupa all'interno di una norma generale. In particolare, Kelsen mostra come l'obbligo possa essere riferito tanto al singolo cittadino quanto allo Stato stesso, in quanto anche gli organi statali sono vincolati da norme e dunque possono trovarsi in una posizione di soggezione rispetto a un obbligo giuridico. Ciò consentirebbe di dissolvere l'apparente contraddizione tra norma e autorità, tra diritto e sovrano, rifiutando ogni teoria decisionista della norma (in dialogo critico con Gerber e il primo Jellinek).

La seconda sezione, più ampia e teoricamente densa, è dedicata al diritto soggettivo, che Kelsen considera una delle nozioni più fraintese nella tradizione giuridica, e perciò passa in rassegna alcune delle principali teorie — quella dell'interesse, quella della volontà, e le teorie combinate — mostrandone l'inadeguatezza metodologica. Sotto accusa sono in particolare le dottrine che concepiscono il diritto soggettivo come un “potere” del singolo, dotato di autonoma esistenza rispetto alla norma: in esse Kelsen vede un ritorno all'individualismo giusnaturalistico, che produce una frattura insanabile tra diritto oggettivo e soggettivo. La sua proposta consiste invece nel derivare il diritto soggettivo esclusivamente dal diritto oggettivo: ogni diritto soggettivo è una posizione prevista da una norma, null'altro. Non si tratta di una “sovrastuttura” psicologica o etica, ma di una funzione logica interna al sistema normativo. In questa prospettiva, anche i “diritti dello Stato” o degli “organi dello Stato” — come quelli dei funzionari — non sono manifestazioni di volontà individuale o collettiva, ma ruoli normativamente definiti. Ne deriva una critica radicale dell'idea di personalità giuridica statale e del concetto stesso di “volontà dell'organo”, in quanto fondati su finzioni prive di valore sistematico.

¹²³ HKO 2, 317-720, il più ampio, è dedicato, appunto, alla proiezione degli argomenti generali su problemi o istituti specifici.



Con il terzo libro si completa il percorso teorico tracciato da Kelsen: dopo aver delimitato il campo della scienza giuridica e definito la proposizione come forma logica oggettiva, egli mostra come anche le categorie più soggettive e antropomorfe del diritto — obbligo, diritto soggettivo, volontà — debbano essere ricondotte a una funzione normativa, svincolata da ogni residuo psicologistico o sociologico. Sarebbe questa la condizione necessaria per una costruzione giuridica autonoma, che rifiuti ogni fondamento naturalistico o morale in favore di una logica della coerenza formale. In questa prospettiva, la scienza del diritto assume lo stesso statuto delle scienze formali: non deve modellare o giustificare la realtà empirica, ma costruire coerentemente i propri concetti secondo un metodo puramente normativo. Come scrive Kelsen, chiarendo quest'esigenza metodologica attraverso un'efficace analogia con la geometria, «[l]a giurisprudenza, infatti, non è il diritto che regola, il diritto che crea, come la geometria non è la tecnica della *formazione* dei corpi; e così commette certamente un grave errore di tecnica quello scultore che, nel modellare un materiale, non prende in considerazione la sua particolare qualità, i confini dati nel suo contenuto, che hanno anche, certo, un effetto di formazione, ma non lo commette il teorico della geometria che determina la forma di un corpo; infatti, la geometria si renderebbe colpevole, proprio all'inverso, della peggiore offesa al metodo che le è prescritto, se volesse in qualche modo prendere in considerazione il contenuto. Proprio questa disciplina dimostra che si possono creare "forme senza contenuto" senza dare però "risultati senza valore"»¹²⁴.

5. Gli scritti metodologici (1911–1914): variazioni e conferme del programma

Il periodo compreso tra la pubblicazione degli *Hauptprobleme* (1911) e gli scritti che ne costituiscono la proiezione dogmatica è scandito da una serie di contributi che, pur affrontando temi eterogenei, contribuiscono a precisare e articolare il progetto teorico kelseniano, ora ribadendo o specificando alcuni argomenti degli *Hauptprobleme*, ora concentrandosi su temi che illustrano il retroterra della svolta metodologica del 1911 o preannunciano gli sviluppi futuri. Si tratta di testi che non appartengono ancora a un'esposizione sistematica, ma che testimoniano una fase di costruzione metodologica, volta a delimitare con crescente nettezza lo statuto epistemico della scienza giuridica rispetto alle scienze empiriche, e ad espandere la portata degli assunti teorici già delineati.

Il momento forse più esplicito di questa presa di posizione è costituito da *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, intervento tenuto nel 1911 presso la Soziologische Gesellschaft di Vienna, in cui Kelsen rifiuta ogni commistione tra i criteri della

¹²⁴ HKO 2, 104.



causalità sociologica e quelli della validità normativa¹²⁵. Questo saggio — quasi parallelo agli *Hauptprobleme* — può essere letto come chiarificazione pubblica del metodo che la *Habilitationsschrift* presupponeva, e anche un riassunto dei principali contenuti: la scienza del diritto non spiega eventi, ma connette condizioni e conseguenze secondo una struttura formale; la norma non deriva da fatti, ma li qualifica secondo uno schema che implica un dover essere; da questa impostazione discende la ricostruzione di concetti giuridici fondamentali; lo Stato non è un soggetto dotato di volontà, ma una costruzione fondata su norme; più in generale, la volontà giuridica non è un dato psichico, ma una posizione normativa; il riconoscimento delle norme, lungi dall'essere un fatto sociale, è un criterio interno al sistema; la colpa, infine, non è un sentimento, ma (la riproposizione metaforica di) un mero criterio di imputazione.

L'anno successivo, in *Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen* (1912)¹²⁶, Kelsen rafforza la distinzione tra scienza giuridica e sociologia del diritto, mostrando come l'indeterminatezza metodologica produca oggetti spuri. L'analisi delle posizioni di Kornfeld¹²⁷ e Kantorowicz¹²⁸ è particolarmente istruttiva: il primo dissolverebbe la normatività nelle condotte umane, riducendo il diritto a un aggregato di fatti sociali; il secondo è criticato per l'adozione di un lessico dogmatico ("rapporti giuridici") all'interno di un discorso che si pretenderebbe empirico, senza affrontare le condizioni normative che renderebbero possibile tale operazione. In entrambi i casi, la confusione tra causalità e imputazione genera una sovrapposizione tra *Sein* e *Sollen* che impedisce alla teoria di costituirsi come scienza. Kelsen mostra così che il problema non è solo delimitare un oggetto, ma disattivare le pretese epistemiche di approcci che, nel momento in cui rifiutano la normatività, la reintroducono in forma inconsapevole. Allo stesso modo, nel saggio del 1913 sull'idea di Stato in senso giuridico e sociologico¹²⁹, Kelsen torna a limare la critica contro le visioni organicistiche e collettivistiche

¹²⁵ H. Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1911 (HKW 3, 23 ss.), trad. it. *Tra scienza del diritto e sociologia*, a cura di G. Calabrò, Napoli, 1974. Il saggio costituisce una versione ampliata dell'omonima conferenza tenuta il 31 gennaio 1911. Il volumetto, di 64 pagine, riporta in copertina il titolo breve *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, mentre la pagina del frontespizio adotta il titolo completo. Concepito come "Schrittmacher", ovvero introduzione e compendio divulgativo degli *Hauptprobleme*, il testo propone in forma più accessibile una difesa della distinzione tra metodo giuridico e sociologico.

¹²⁶ H. Kelsen, *Zur Soziologie des Rechtes. Kritische Betrachtungen*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 34, 1912, 601–614 (HKW 3, 78 ss.).

¹²⁷ I. Kornfeld, *Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positive Rechte auf soziologischer Grundlage*, Manzschke, Wien, 1911.

¹²⁸ H. U. Kantorowicz, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1911, su cui v. R. Lautmann, *Hermann U. Kantorowicz: Rechtswissenschaft und Soziologie*, in A. Bora e A. Kretschmann (curr.), *Soziologische Theorien des Rechts. Eine Einführung anhand von Schlüsseltexten*, Weilerswist, 2024, 63 ss.

¹²⁹ Apparso in ceco, H. Kelsen, *Sociologická a právnícká idea státu*, in *Sborník vědecké právní a státní*, 14, 1913/1914, 69–101 (HKW 3, 171 ss.) nella traduzione dell'economista Karel Engliš. Nei *Werke* è ritradotto



dello Stato come “fatti sociali” che occultano costruzioni giuridiche, sostenendo che lo Stato non possa precedere l’ordinamento, ma che coincida con esso in quanto struttura normativa di imputazione. Questa linea viene approfondita e portata a compimento nella *Grundlegung der Rechtssoziologie* (1914/15)¹³⁰, dove l’attacco si rivolge esplicitamente a Eugen Ehrlich¹³¹, il quale, nel tentativo di ridurre il diritto al *lebendes Recht*, avrebbe presupposto, anziché superato, un concetto normativo implicito¹³².

Sullo sfondo di questi saggi (anti)sociologici resta implicita, ma talora è spesso anche richiamata, la principale critica che già negli *Hauptprobleme* Kelsen rivolgeva a Jellinek: il problema della *Zwei-Seiten-Theorie*, vale a dire dello Stato concepito ora come ordinamento ora come fatto. Come sarà ribadito fino alla produzione matura, in forte continuità con le prime intuizioni metodologiche, la questione non è relativa all’ammissibilità di uno studio empirico, *lato sensu* sociologico, «dei fenomeni che sono le cause e gli effetti del fatto che gli uomini pensano in termini di un certo diritto»¹³³, ma il sincretismo insito nella trattazione della dimensione normativa mediante elementi psico-sociologici (la volontà, l’interesse, il fatto) e della corrispettiva trattazione della dimensione empirica a partire da intuizioni normative. Kelsen non contesterà mai l’opportunità di uno studio sociologico dei medesimi fenomeni su

anche in tedesco (HKW 3, 201 ss.). Engliš è una figura centrale nella scena intellettuale morava e sarà futuro rettore della seconda Università ceca, a Brno. Il testo scritto in tedesco da Kelsen per la pubblicazione non è conservato in versione originale. Engliš e František Weyr, entrambi attivi nella fondazione della scuola giuridica di Brno, svilupparono una prospettiva metodologica che includeva anche un approccio teleologico alla normatività, influenzando in parte anche lo sviluppo successivo del pensiero kelseniano.

¹³⁰ H. Kelsen, *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 39, 1914/1915, 839–876. I tre contributi di Hans Kelsen – *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, *Replik* (1916) e *Schlusswort* (1916/1917) – costituiscono il nucleo della celebre polemica con Eugen Ehrlich, avviata con una recensione critica dell’opera del primo (su cui subito *infra*). La controversia si svolse sulle pagine dell’*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, diretto da Jaffé, Sombart e Weber, e rappresenta uno snodo cruciale nella difesa kelseniana della scientificità della giurisprudenza contro l’invasione metodologica delle scienze sociali, che prosegue la confutazione avviata nei confronti delle letture sociologiche del diritto proposte da Hermann Kantorowicz e Ignatz Kornfeld e, nel 1916, si rivolgerà contro le visioni culturalistiche di Hemil Lask e Gustav Radbruch.

¹³¹ E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, 1913, dove propone una fondazione della sociologia del diritto come disciplina autonoma, distinta dalla giurisprudenza tradizionale. Il suo intento principale è mostrare che il diritto non coincide con le norme prodotte dallo Stato (*Rechtsnormen*), ma vive soprattutto nella vita giuridica concreta delle persone e delle comunità (ciò che egli chiama, appunto, *lebendes Recht*).

¹³² Sul rapporto di K. con la sociologia del diritto, v. da ultimo C. Nitsch, *Diritto, Giustizia, realtà sociale: note su Hans Kelsen e la sociologia*, in A. Carrino (a cura di), *Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 209 ss.

¹³³ Dalla *Prefacio a la edición castellana* di *Sociedad y naturaleza. Una investigación sociológica*, trad. cast. di J. Perriau, Depalma, Buenos Aires, 1945, VII, cit. e valorizzata in C. Nitsch, *Diritto, giustizia e realtà sociale*, cit., 232.



cui opera il diritto, ma si oppone alla possibilità di studiare in modo empirico oggetti ideali costruiti (anche) tramite il ricorso a elementi normativi.

Di significativo interesse, ai fini della nostra indagine, è certamente il saggio sulla *Politische Weltanschauung und Erziehung* (1913)¹³⁴, dove l'attenzione per la formazione intellettuale è affrontata in continuità con questa impostazione epistemologica e metodologica originale. Kelsen estende alla sfera pedagogica l'esigenza di neutralità metodologica che già informa il suo progetto giuridico. La *politische Weltanschauung*, intesa come configurazione ideologica della volontà e del sentimento, viene esplicitamente distinta dal sapere scientifico. Allora, l'educazione, se orientata da una *Weltanschauung*, non istruisce, ma forma l'obbedienza. Dunque, Kelsen contesta la legittimità di ogni operazione pedagogica che presupponga un contenuto valoriale specifico. Il sapere giuridico, per conservare la propria autonomia, non può essere veicolo di alcuna rappresentazione ideologica del mondo, neppure in forma implicita. In questo senso, il rifiuto dell'indottrinamento coincide con la ridefinizione formale dell'oggetto giuridico, la cui conoscenza presuppone l'espulsione di ogni contenuto precostituito. L'intervento educativo si allinea così alla dogmatica come esercizio di delimitazione.

In questa propagazione degli argomenti degli *Hauptprobleme* al mondo della pedagogia emerge con rara chiarezza la connessione tra il programma formalista, con la sua apparente neutralità, e il contesto storico della sua elaborazione: «Si crede davvero – domanda Kelsen nel saggio – che la scuola possa unire due nazionalità [*i.e.* Austria e Ungheria¹³⁵] che si combattono fino all'ultimo sangue in un amore e un lavoro comuni per uno Stato che le stringe giuridicamente insieme, e contro la loro volontà?»¹³⁶

È nel contesto segnato dal compromesso austro-ungarico del 1867 che Kelsen afferma che lo Stato può mantenere la propria unità solo attraverso dispositivi formali che sospendano la necessità di un'identità collettiva sostanziale. L'educazione civica, diremmo con un ragionevole anacronismo, se orientata a produrre adesione emotiva verso un ordine vissuto come estraneo, fallisce nel perseguire il proprio scopo. L'idea che la scuola possa conciliare appartenenze nazionali inconciliabili imponendo un'identità assiologica è priva di fondamento. La coesistenza politica non dipende dalla fusione simbolica delle culture dell'Impero, ma dalla

¹³⁴ H. Kelsen, *Politische Weltanschauung und Erziehung*, in *Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung*, 2, 1913, 1–26 (HKW 3, 114 ss.). Il saggio fu pubblicato nel 1913 negli *Annalen*, ma il manoscritto era già stato completato e mandato in stampa nel luglio 1912, come attestano i *Fahnenfragmente* con timbro editoriale. Il saggio fu ristampato in *Die Wiener rechtstheoretische Schule* e tradotto in italiano da Agostino CARRINO col titolo *Concezione politica del mondo ed educazione*, in H. Kelsen, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. CARRINO, ESI, Napoli, 1988 (cfr. HKW 3, 668 ss.).

¹³⁵ Sul problema della monarchia in Austria e Ungheria dopo il compromesso del 1867, vale a dire della scelta per il dualismo pure o di una “forma imperiale dualisticamente selezionata” (la formula è di Verdross), v. C. JABLONER, *Alcuni “Austriaci” della Dottrina pura del diritto*, cit., 29 ss.

¹³⁶ HKW 3, 133-134, trad. nostra.



possibilità di una forma neutra capace di garantire il funzionamento istituzionale pur in presenza di fratture identitarie. Muovendo da una genealogia intellettuale del pensiero “apolitico” del XIX secolo — con riferimenti espliciti a Lamarck, Humboldt, Darwin, Stirner e soprattutto Nietzsche, definito “il filosofo del XIX secolo” — Kelsen individua nell’individualismo liberale e nella preminenza del metodo scientifico-naturalistico le radici della crisi dell’educazione politica moderna. Contro tale egemonia epistemologica, egli propone una netta distinzione metodologica tra causalità e normatività, e afferma che, mentre il socialismo contemporaneo esprime un nuovo “volere politico”, la scuola statale deve limitarsi a trasmettere conoscenze, lasciando ai partiti il compito della formazione della volontà e del sentimento politico. Ne deriva una divisione dei compiti tra educazione istituzionale e mobilitazione partitica, intesa come presidio razionale contro ogni forma di indottrinamento promosso dalle istituzioni statali.

Nel saggio del 1913 sulla formazione, il formalismo non è più solo un metodo della scienza giuridica, ma una condizione politica di sopravvivenza per ordinamenti incapaci di produrre un consenso ideologico comune o una narrazione identitaria, dove la pedagogia statale, vale a dire ordinamentale, rifugge ogni elemento nazionalistico o valoriale.

Non diversamente, nel saggio *Rechtsstaat und Staatsrecht* (1913)¹³⁷ Kelsen consolida la dipendenza reciproca tra sistematica giuridica e principio di legalità, affermando che lo Stato, lungi dall’essere un’entità pregiuridica, esiste solo come costruzione normativa. L’intera attività statale, compresa quella amministrativa, viene trattata come concatenazione di atti giuridicamente imputabili, privi di autonomia rispetto alla norma che li fonda. La nozione di *Rechtsstaat* non assume qui un ruolo descrittivo o politico, ma fornisce il criterio di coerenza per l’elaborazione dogmatica del diritto pubblico (e del diritto costituzionale). L’idea dello Stato come fattore di potere indipendente dall’ordinamento viene esplicitamente qualificata come incompatibile con le esigenze logiche della teoria. In questo senso, il riferimento polemico alla formula romanistica del *princeps legibus solutus* segnala l’urgenza di una depurazione concettuale¹³⁸: ciò che sopravvive alla dismissione delle categorie premoderne è una struttura

¹³⁷ H. Kelsen, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in *Österreichische Rundschau*, 36, 1913, 88–94 (HKW 3, 147 ss.). La rivista *Österreichische Rundschau* di cultura generale si proponeva di mostrare il contributo austriaco alla letteratura e alla cultura europea. È stato tradotto una sola volta in italiano da A. CARRINO col titolo *Stato di diritto e diritto pubblico* (in *Dio e stato*, cit., 209–219).

¹³⁸ HKW 3, 148 ss.; un tema che tornerà nel saggio *Sulla dottrina del negozio di diritto pubblico* (HKW 3, 253 ss.). Il punto di partenza di questa riflessione è un testo di Laband – la prolusione rettorale tenuta a Strasburgo nel 1880 sull’influsso della ricezione del diritto romano sul diritto statale tedesco – che non compare negli *Hauptprobleme*. K. condivide la tesi di Laband secondo cui la ricezione del diritto romano non riguardò soltanto il diritto privato, ma anche il diritto pubblico; tuttavia, respinge l’idea che tale ricezione abbia trasmesso anche la nozione di *Staatsrecht* in senso moderno. Al contrario, essa avrebbe veicolato una concezione centrata sul principio *princeps legibus solutus*, ovvero sull’arbitrio del sovrano, che per K. equivale alla negazione stessa del diritto statale (che egli identifica nello Stato di diritto).



normativa autosufficiente, nella quale il potere trova legittimità solo nella forma giuridica che lo istituisce.

Nel contesto della riflessione sulla sistematica giuridica e sull'ordinamento costituzionale austriaco, Kelsen dedica un saggio, ancora nel 1913, alla distinzione teoricamente decisiva tra legge in senso formale e legge in senso materiale¹³⁹. Il testo si articola infatti in due parti diseguali: la prima, più estesa, riprende ampi brani dalla sua precedente *Habilitationsschrift* (dagli *Hauptprobleme*)¹⁴⁰, in particolare dai capitoli dedicati al rapporto tra legge e norma, senza limitarsi a riassumerli ma ricorrendo a una tecnica quasi di montaggio testuale; la seconda parte, scritta *ex novo*, applica le tesi elaborate in sede metodologica all'analisi del diritto costituzionale austriaco, con particolare riferimento alla Costituzione imperiale del 1848, al Diploma d'Ottobre del 1860 e a un'analisi delle forme storiche della produzione normativa. In questo senso, il saggio rappresenta una significativa intersezione tra teoria e ricostruzione istituzionale, e testimonia l'intento di consolidare la sua proposta metodologica anche attraverso il confronto con il diritto positivo, su cui ci soffermeremo nel prossimo paragrafo. Ciò determina quella che sarà denunciata come un'ambiguità dell'approccio kelseniano, in quanto l'impostazione metodologica si connota sin dal principio come situata, cioè dipendente dal contesto della sua elaborazione, e al contempo, proprio per via della sua ambizione formalizzante, esportabile e plastica. La proposta metodologica sorge come soluzione formale ai problemi del diritto austroungarico, ma potrà senza fatica adattarsi al progetto costituzionale austriaco degli anni successivi, confrontarsi con le questioni più generali del dibattito costituzionale novecentesco (si pensi a Weimar), o candidarsi come possibile strategia argomentativa anche nel campo del diritto internazionale.

Una prima e significativa verifica di questa esportabilità concettuale si trova già in *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn* (1913)¹⁴¹, dove Kelsen affronta la nozione di legge come figura formale, smontando le sovrapposizioni tra fonte, forma e contenuto nel diritto pubblico contemporaneo.

L'argomentazione, che prende di mira le ambiguità della dottrina pubblicistica del tempo, consente a Kelsen di mostrare con esattezza come la validità giuridica di una norma non derivi

¹³⁹ H. Kelsen, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung*, in *Juristische Blätter* 42, 1913, 229–232 (HKW 3, 235 ss.).

¹⁴⁰ K. adotta frequentemente una sorta di tecnica da *collage*, dove passaggi parziali o interi sono identici a quelli presenti in opere precedenti: in questo caso, il saggio sulla legge materiale e formale accoglie sezioni del capitolo I ("Legge di natura e norma") e in particolare del capitolo XXI ("La legge in senso materiale e formale; la natura delle disposizioni organizzative") degli *Hauptprobleme*. Nel più dei casi, non si tratta di una sintesi, ma di un riutilizzo selettivo, poiché K. elimina intere porzioni, mantenendo solo le parti pertinenti, con pochi periodi di raccordo. Un esempio è proprio nella tesi centrale del saggio – su cui *infra* nel testo – secondo cui «La legge è la forma necessaria della norma giuridica», la quale è ripresa testualmente dagli *Hauptprobleme*.

¹⁴¹ H. Kelsen, *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung*, in *Juristische Blätter*, 42, 1913, 229–232 (HKW 3, 235 ss.).



né dal contenuto né dalla forma in sé, ma dalla sua posizione nel sistema delle fonti. La legge formale è tale in quanto prodotta attraverso il procedimento previsto dalla costituzione, indipendentemente dal contenuto; la legge materiale, viceversa, è tale per il suo carattere generale e vincolante, anche se proveniente da un atto non legislativo. Il caso della *Verordnung* (l'ordinanza amministrativa) consente a Kelsen di chiarire come l'amministrazione possa agire in modo normativo per delega, senza confondere però i piani strutturali del diritto¹⁴². Il punto culminante dell'analisi è l'affermazione secondo cui il *Gesetz* costituisce la forma necessaria della norma giuridica, in quanto "notwendige Form des Rechtssatzes"¹⁴³, una tesi che ritorna dagli *Hauptprobleme* e rafforza la direzione teorica della sua costruzione dogmatica come architettura di imputazioni formali, che consentirà di accogliere progressivamente gli elementi nomodinamici, soprattutto a partire da *Reichsgesetz und Landesgesetz* (1914), su cui subito *infra*.

6. Dalla metodologia alla dogmatica: i tre saggi del 1913-1914

Per approssimarci alla portata teorica del primo Kelsen non è sufficiente limitarsi alla lettura filosofica della sua impostazione metodologica. Se è vero che gli *Hauptprobleme* (1911) delineano il progetto di una scienza giuridica autonoma e formale, e così anche gli scritti metodologici immediatamente successivi su cui ci siamo soffermati nel precedente paragrafo, è solo nel confronto con i saggi dogmatici successivi che l'impianto acquista piena intelligibilità. In *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft* (1913), *Reichsgesetz und Landesgesetz* (1914) e *Über Staatsunrecht* (1914), Kelsen applica il proprio metodo a istituti e problemi specifici del diritto "pubblico", offrendo una proiezione operativa della sua teoria che non può essere letta come semplice corollario, ma come banco di prova strutturale.

Questi scritti non vanno dunque intesi come testi minori o marginali, bensì come luoghi privilegiati per osservare la traduzione dogmatica del formalismo metodologico. Solo attraverso l'analisi del modo in cui Kelsen costruisce i concetti giuridici — depurati da ogni riferimento empirico, sociologico o psicologico — è possibile cogliere la coerenza (e le tensioni) della sua impostazione. In essi, inoltre, emergono con forza ancora maggiore i nodi politici e istituzionali che caratterizzavano l'ambiente austro-tedesco nei primi anni Dieci del Novecento: dallo statuto degli atti amministrativi alla gerarchia tra fonti, fino alla crisi del principio di legalità.

¹⁴² HKW 3, 240: «Diese liegt vor, wenn durch ein Gesetz ein exekutives Staatsorgan ermächtigt wird, durch einen spezifischen Verwaltungsakt, die Verordnung, einen Rechtssatz zu erlassen, das heißt sowohl den Inhalt als auch die Bedingungen eines Staatswillens festzusetzen».

¹⁴³ HKW 3, 239.



È in questo incrocio tra metodo, dogmatica e contesto che la costruzione kelseniana mostra la propria ambizione di fondare una scienza del diritto capace di reggere non solo sul piano logico, ma anche di fronte alla pressione delle trasformazioni istituzionali e dei conflitti di potere che avrebbero segnato il tramonto dello Stato liberale. La dogmatica kelseniana nasce, dunque, come risposta formale a un'esigenza storica, e solo in questo intreccio può essere pienamente compresa.

Nel saggio *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft* (1913)¹⁴⁴, Kelsen elabora un'analisi giuridico-formale dell'atto pubblico, concettualizzandolo come *Rechtsgeschäft*, ossia come atto produttivo di effetti giuridici in conformità all'ordinamento "in quanto tali effetti sono voluti"¹⁴⁵. Il suo obiettivo è duplice: da un lato, chiarire la natura di certi atti dell'autorità statale nell'ambito del diritto amministrativo; dall'altro, mostrare che questi atti, per quanto unilaterali e autoritativi, possono essere pensati secondo uno schema strutturalmente analogo a quello del negozio giuridico di diritto privato. Tuttavia, l'analogia è circoscritta alla forma della produzione normativa e non implica alcuna commistione di contenuti. La sfida teorica consiste infatti nel preservare la specificità pubblicistica dell'atto, senza ricadere in definizioni che ne facciano derivare la natura da criteri psicologici, funzionali o valoriali.

Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft si articola in quattro capitoli di ampiezza simile e rappresenta, dal punto di vista dell'organizzazione concettuale, un passo decisivo verso la maturazione del paradigma della *reine Rechtslehre*. Il saggio non solo rielabora e approfondisce le istanze già presenti nelle *Hauptprobleme*, ma ne riformula la portata metodologica, sistemando in modo più netto la distinzione tra scienza del diritto e rappresentazioni ideologiche dello Stato. L'argomentazione, condotta secondo il metodo contraddittorio che caratterizza la fase iniziale ed intermedia del pensiero kelseniano, prende

¹⁴⁴ Pubblicata in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 31, 1913, 53–98, 190–249 (HKW 3, 247 ss.). Nel quadro della riflessione sulla genesi e articolazione della forma giuridica nel primo Kelsen, l'origine redazionale di *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft* offre un ulteriore elemento di chiarimento sul riconoscimento scientifico di cui l'autore godeva già nei primi anni successivi alla *Habilitation*. Il manoscritto del saggio fu inizialmente destinato al *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (JöR)*, fondato da Paul Laband, Georg Jellinek e Robert Piloty, e pubblicato a partire dal 1907 dall'editore J. C. B. Mohr - Paul Siebeck. Secondo la ricostruzione editoriale, Piloty – verosimilmente preoccupato per il successo ancora incerto del nuovo *Jahrbuch* – aveva accettato il contributo di K. con l'intento di consolidarne il profilo teorico. Tuttavia, una volta affermatosi il *JöR*, l'editore Siebeck comunicò a Kelsen, con una lettera del 4 aprile 1913, che il saggio – già in bozze – sarebbe stato pubblicato nell'*Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)*, rivista più prestigiosa e strutturata, ma di fatto sotto la stessa direzione scientifica. La pubblicazione nei fascicoli 1 e 2/3 del trentunesimo volume dell'*AöR* nello stesso anno testimonia la rapidità della soluzione trovata da Piloty e conferma l'importanza che il contributo assumeva nel dibattito giuspubblicistico del tempo. In tal modo, *Zur Lehre* si colloca non solo nel cuore della transizione concettuale tra *Hauptprobleme* e *Reine Rechtslehre*, ma anche al centro di una rete editoriale e accademica che ne valorizzava immediatamente il carattere programmatico (cfr. HKW 3, 706 ss.).

¹⁴⁵ HKW 3, 248: «Als rechtsgeschäftliche Staatsakte bezeichnet man jene, die sich als Rechtsgeschäfte, d. h. als Handlungen darstellen, die insoferne Rechtsfolgen haben, als diese Rechtsfolgen gewollt sind».



di mira sia le interpretazioni storiche della distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum*, sia le sue declinazioni teoriche contemporanee, come la *Mehrwerttheorie* di Otto Mayer¹⁴⁶, la dottrina del contratto amministrativo di Karl Kormann¹⁴⁷ e le residue impostazioni dualistiche ancorate alla tradizione del *Polizeistaat*¹⁴⁸.

Kelsen propone una riduzione concettuale del diritto a un unico sistema, la cui unità è garantita solo dalla relazione formale tra produzione normativa e autorità giuridica. Ne emerge una visione fortemente dinamica della normatività, in cui il diritto non è descritto sulla base di essenze sostanziali, ma secondo il suo funzionamento come ordinamento auto-produttivo. In questa prospettiva, il saggio non solo contribuisce a superare la frattura tra pubblico e privato, ma fornisce una piattaforma teorica per la successiva sistematizzazione della teoria pura del diritto, fondata su un'epistemologia antimetafisica e su una coerente distinzione tra *Sein* e *Sollen*.

Il primo capitolo di *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft* affronta il nodo storico della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, ricostruendone la genesi nella ricezione del diritto romano. Kelsen mette in luce come il pensiero giuridico dei Romani fosse orientato alla prassi piuttosto che alla sistematicità teorica, e come la dicotomia tra *ius privatum* e *ius publicum* fosse priva di una coerenza concettuale. Il *ius publicum*, segnato dal principio *princeps legibus solutus*, esprimeva per Kelsen una concezione del potere sganciata da ogni vincolo giuridico e, pertanto, incompatibile con l'idea moderna di diritto statale. In questa prospettiva, la distinzione tradizionale riceve una lettura politica: essa non riflette una differenza interna all'ordine giuridico, ma traduce l'ideologia del potere assolutista. Solo il processo di giuridificazione dello Stato, che Kelsen riconduce all'affermazione del *Rechtsstaat*, rende possibile una teoria generale del diritto che comprenda anche l'attività statale¹⁴⁹.

Nel secondo capitolo, Kelsen prende di mira le principali teorie dogmatiche che giustificano la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Egli ne mostra l'inconsistenza logica,

¹⁴⁶ HKW 3, 278-297. Cfr. l'*Editorischer Bericht „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft“* (HKW 3, 709 ss.). Il riferimento è a O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, Leipzig, 1895, 97, ss. Secondo Mayer, il diritto pubblico si fonda sul fatto che la persona dello Stato possieda un "Mehrwert" (un valore aggiunto, qui un "plusvalore giuridico") giuridico nei confronti dei sudditi in tutti quei rapporti in cui si manifesta il potere pubblico, che si esprime nell'ordine e nell'applicazione della forza.

¹⁴⁷ HKW 3, 299 ss. K. vede la teoria del negozio giuridico pubblico, rappresentata da Mayer e Kormann, come un ulteriore esempio di "stagnazione nelle concezioni dello Stato di polizia" («ein Steckenbleiben in den Anschauungen des Polizeistaates», 279).

¹⁴⁸ HKW 3, 256 ss.

¹⁴⁹ K. riprende da W. ARNOLD (*Cultur und Rechtsleben*, Berlin 1865) l'idea che i Romani non abbiano mai concepito l'insieme delle norme giuridiche vigenti come un sistema unitario dotato di valore autonomo. HKW 3, 250 ss. Si confronta nel saggio anche con Paul Laband (per l'uso ideologico della ricezione del diritto pubblico romano), Alfred Pernice (sui contratti censoriali), Otto Karlowa (per l'analisi storico-istituzionale), e i giuristi classici Ulpiano e Papiniano, da cui riprende le definizioni della distinzione tra *ius publicum* e *ius privatum*, nonché il principio secondo cui il diritto pubblico non potrebbe essere modificato dai privati.



evidenziando come esse oscillino tra un'impostazione formalistica e una classificazione contenutistica, compromettendo così la coerenza metodologica della scienza giuridica. La teoria dell'interesse, derivata da Ulpiano¹⁵⁰, e quella della subordinazione, che pretende di fondare la distinzione sul criterio dell'autorità, sono respinte come fuorvianti: ogni rapporto giuridico implica una forma di dominio, ma questa — osserva Kelsen — non è, di per sé, una categoria giuridica. La sua posizione si fonda su un rifiuto netto di ogni essenzialismo sostanzialistico: le differenze tra rapporti giuridici vanno comprese non a partire da qualità intrinseche dei soggetti o degli atti, ma sulla base della funzione normativa che essi svolgono all'interno di un sistema unitario di validità. Anche l'ipotesi di una differenza metodologica tra il diritto civile e quello pubblico, avanzata da Felix Stoerk, è respinta come espressione di un'arbitraria segmentazione del sapere giuridico¹⁵¹.

Nel terzo capitolo di *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, Kelsen prende di mira con particolare decisione la *Mehrwerttheorie*, difesa da Otto Mayer, secondo cui lo Stato-persona disporrebbe di un surplus giuridico rispetto agli altri soggetti. Tale impostazione, retaggio della dottrina statualista pre-costituzionale, è per Kelsen del tutto incompatibile con una concezione coerente e formalmente rigorosa dell'ordinamento giuridico. Ribadendo l'impostazione già delineata nei *Hauptprobleme*, Kelsen afferma la necessaria parità e co-ordinazione tra lo Stato e gli altri soggetti giuridici, a condizione che entrambi siano posti all'interno dello stesso sistema normativo. In questa prospettiva, egli nega qualsiasi specialità ontologica della pubblica amministrazione e sottolinea l'unità formale dell'ordinamento giuridico. Ne consegue, dal punto di vista logico, che due norme contrastanti non possono appartenere allo stesso sistema giuridico, così come non può ammettersi una collisione di doveri (*Pflichtenkollision*) all'interno di un unico ordine normativo. Ogni potere normativo deve essere formalmente riconducibile, attraverso un processo di derivazione, a un unico punto di riferimento: o l'esecutivo riceve la propria autorità dal legislativo, o viceversa. Il rapporto di delega tra organi viene così tematizzato in termini dinamici e funzionali: l'organo delegato agisce come soggetto di diritto nei confronti di quello delegante, in una relazione che, dal punto di vista della produzione normativa, è dinamica, mentre la norma risultante viene trattata nella sua dimensione statica, in quanto espressione dell'autorità del sistema. Con questa impostazione, Kelsen rafforza l'idea di un ordinamento giuridico fondato su una logica immanente di validità, svincolata da presupposti sociologici o contenutistici.

¹⁵⁰ ULPIANO, *Institutiones*, D.1.1.1.2.: «Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem» (HKW 3, 251).

¹⁵¹ F. STOERK, *Zur Methodik des öffentlichen Rechtes*, Wien, 1885, su cui v. peraltro M. STOLLEIS, *Storia del Diritto pubblico in Germania. II. Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione*, cit., 502 ss. K. respinge l'ipotesi avanzata da Stoerk di una differenza metodologica tra diritto civile e diritto pubblico, giudicandola un "errore metodologico primitivo". K. critica l'idea che il diritto pubblico implichi un metodo esplicativo e storico, volto a descrivere la "vita statale" (*Staatsleben*). Cfr. HKW 3, 253 ss.



Nel quarto e conclusivo capitolo di *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, Kelsen prende posizione contro le teorie emergenti sul negozio giuridico di diritto pubblico, concentrando appunto la sua critica sul concetto di contratto amministrativo, così come delineato da Karl Kormann e Otto Mayer. Kelsen contesta con decisione l'idea che la persona statale goda di un valore giuridico superiore per sua natura: in un sistema giuridico coerente, la validità e l'efficacia delle norme deriverebbero unicamente dall'ordinamento stesso, non da qualità ontologiche dei soggetti coinvolti. In questo modo, ribadisce l'eguaglianza formale di tutti i soggetti giuridici. La distinzione tra diritto pubblico e privato viene così relegata a una persistenza irrazionale che testimonia il conflitto tra diritto e potere. È in questo contesto che Kelsen richiama per la prima volta, con toni di piena condivisione, il saggio di Franz Weyr sull'unità del sistema giuridico, anticipando un sodalizio teorico destinato a consolidarsi negli anni successivi¹⁵².

Un punto cardine dell'impostazione kelseniana è la radicale decostruzione di ogni riferimento alla volontà soggettiva, sia essa intesa in termini psicologici (come intenzione interiore dell'agente, pubblico o privato che sia) sia in termini sociologici (come espressione di interessi collettivi o istituzionali, in contrapposizione con quelli particolari e privati). La volontà dello Stato, in questa prospettiva, non è un dato empirico, né un elemento soggettivo, ma una costruzione normativa: essa non esiste come "fatto", bensì come punto di imputazione formale all'interno dell'ordinamento giuridico. L'organo statale non agisce *in quanto soggetto*, bensì *in quanto funzione* dell'ordinamento, secondo la logica della normatività. In altri termini, lo Stato non si comporta come un contraente che negozia e produce effetti secondo le regole del diritto privato, ma si manifesta in quanto ordinamento giuridico stesso, o più precisamente, in quanto articolazione formale della sua struttura normativa.

Da questo punto di vista, anche le manifestazioni giuridiche più caratteristiche del diritto amministrativo — come gli atti amministrativi unilaterali (*einseitiger Verwaltungsbefehl*¹⁵³) — non devono essere ricondotte a un soggetto intenzionale, bensì analizzate esclusivamente secondo la struttura delle norme che ne determinano la validità, la competenza e gli effetti. L'efficacia di tali atti non discende da un potere politico in senso materiale, ma dal fatto che essi sono astrattamente previsti e autorizzati da norme giuridiche superiori. L'atto amministrativo è valido, dunque, non perché "voluto" dall'autorità, ma perché conforme alla norma che lo prevede come possibile e ne stabilisce le condizioni di efficacia.

L'intero saggio si struttura attorno a questo slittamento: l'interesse della teoria non è più rivolto a ciò che lo Stato fa *in senso empirico*, ma a come l'ordinamento giuridico qualifica giuridicamente tali comportamenti. La qualificazione giuridica non è effetto di una volontà reale, ma di una norma che attribuisce conseguenze giuridiche a determinati presupposti. È in

¹⁵² HKW 3, 277, con riferimento a F. WEYR, *Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 23, 1908, 529–580.

¹⁵³ HKW 3, 295–299.



questa riduzione — dalla psicologia alla normatività, dalla sfera empirica alla dimensione formale — che si manifesta con particolare nitidezza l'ambizione della *dottrina pura* in formazione: rendere conto dell'efficacia giuridica di ogni atto esclusivamente a partire dal sistema delle norme, espungendo ogni riferimento a cause o ragioni extragiuridiche.

La conseguenza di tale riduzione è che lo Stato, la volontà e il soggetto giuridico non possono più essere pensati come entità empiriche dotate di un'esistenza autonoma. Essi vengono trattati come figure solo formali, cioè come concetti funzionali a una struttura logico-normativa che non dipende da una ontologia del soggetto o dell'autorità, ma dalla coerenza sistemica dell'ordinamento. Si tratta, in altri termini, di elementi giuridicamente costruiti, che esistono in quanto e solo in quanto l'ordinamento li contempla come punti di imputazione di atti giuridici.

È su questa base che Kelsen propone una reinterpretazione del concetto stesso di negozio giuridico pubblico. Mentre la dottrina tradizionale tendeva a distinguere rigidamente tra diritto pubblico e diritto privato sulla base di criteri sostantivi (come il fine perseguito, il contenuto dell'atto, o la posizione di supremazia dell'amministrazione), la prospettiva formalista nega che tali distinzioni abbiano valore giuridico autonomo. Se ogni effetto giuridico deriva dalla norma, allora ogni atto — sia esso pubblico o privato — è una semplice *fattispecie* (*Tatbestand*) alla quale il diritto collega conseguenze. In questa logica, viene respinta l'idea secondo cui l'atto pubblico avrebbe una "forza propria" (*eigene publizistische Kraft*)¹⁵⁴, ossia un valore intrinseco che lo distinguerebbe qualitativamente dal negozio privato: ogni efficacia giuridica è effetto di norme, non di sostanza sociale o politica.

Il saggio si presenta così come una delle prime e più sistematiche applicazioni del metodo formalista al diritto pubblico. Esso mostra come, persino nel dominio dell'amministrazione, dove più forte sembra il legame tra autorità, volontà e decisione, sia possibile mantenere una lettura puramente normativa dei fenomeni giuridici. Attraverso la concettualizzazione dell'atto pubblico come *Rechtsgeschäft* e la sua iscrizione entro una rete di norme che ne definisce limiti, forma ed efficacia, Kelsen mira a purificare la scienza del diritto da ogni elemento estraneo — siano essi valori, fini, soggettività o interessi — per porre le basi di una teoria del diritto autenticamente avalutativa. In questo senso, il saggio *Zur Lehre* rappresenta un laboratorio di osservazione della transizione tra il programma di ricerche inaugurato dagli *Hauptprobleme* e la sua parziale definizione nei risultati della dottrina pura.

Tuttavia, questa operazione implica anche una radicale riformulazione di nozioni giuridiche classiche, come la volontà dello Stato e il ruolo del soggetto giuridico. Esse non vengono semplicemente reinterpretate, ma svuotate di ogni contenuto empirico e ricostruite come finzioni formali. Così facendo, Kelsen anticipa alcune delle tensioni che attraverseranno l'evoluzione successiva della *reine Rechtslehre*, in particolare quella tra l'esigenza di rigore

¹⁵⁴ HKW 3, 307 ss.



sistemico e la necessità di presupporre — senza poter fondare — le condizioni stesse di validità del (suo) discorso giuridico.

Il saggio *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*¹⁵⁵, pubblicato da Hans Kelsen sempre nel 1914 sull'*Archiv für öffentliches Recht* (AÖR), costituisce uno dei contributi più significativi della sua produzione prebellica. Strutturato in due sezioni diseguali e dodici paragrafi, il testo analizza la concorrenza normativa tra leggi federali e leggi regionali nell'ambito dell'ordinamento austriaco, e la figura della legge viziata.

Reichsgesetz und Landesgesetz rappresenta una tappa decisiva non solo per i contributi teorici che anticipano concetti come la *Grundnorm*, il calcolo dell'errore, la struttura a gradi dell'ordinamento e l'unità sistematica delle norme¹⁵⁶, ma anche perché segna il primo vero confronto di Kelsen con problemi concreti del diritto costituzionale positivo, dopo il commento del 1907 alla legge elettorale austriaca. Kelsen applica in modo dettagliato l'impostazione metodologica sviluppata negli *Hauptprobleme* ai conflitti tra leggi federali e statali, sottoponendola a un vero e proprio "test di realtà" all'interno dell'ordinamento vigente¹⁵⁷. Sostiene che il criterio di appartenenza delle norme a un medesimo sistema non vada ricercato nel contenuto o nella forma, ma esclusivamente nell'autorità normativa da cui promanano, la quale dev'essere presupposta come suprema e non giustificabile tramite norme superiori (e perciò arbitraria dal punto di vista giuridico). In questo quadro, introduce implicitamente la nozione di *Grundnorm* come punto d'avvio extra-sistemico e fondante della validità giuridica. Al contempo, Kelsen mostra consapevolezza dei limiti insiti in un atteggiamento positivista giuridico critico: la teoria, vincolata alla forma-legge come fonte suprema, non può legittimare soluzioni pratiche non previste dalla legislazione né integrare direttamente le sue carenze¹⁵⁸.

Da ultimo, per quanto attiene alla fase iniziale, il saggio *Sull'illecito dello Stato* rappresenta una delle elaborazioni più articolate del primo Kelsen e costituisce, allo stesso tempo, un momento di consolidamento e torsione del programma teorico inaugurato con gli

¹⁵⁵ H. KELSEN, *Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 32, 1914, 202–245, 390–438 (HKW 3, 359). Pur privo di ulteriori testimoni testuali, il saggio rappresenta un momento chiave nell'evoluzione della dottrina normativa di K., subito dopo gli *Hauptprobleme* e in continuità con *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft*, pubblicato l'anno precedente nella stessa rivista. Recentemente, è stato tradotto in italiano da N. BERSIER LADAVAC (cfr. HKW 3, 723 ss.).

¹⁵⁶ Su cui v. E. WIEDERIN, *Hans Kelsen e lo sviluppo della giustizia costituzionale*, in A. CARRINO, *Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 79 ss.

¹⁵⁷ Cfr. il commento editoriale, HKW 3, 728.

¹⁵⁸ Un aspetto — quello della non eterointegrabilità e della produzione centralizzata del diritto — tipico del paradigma moderno, ma che sembra messo fortemente in discussione. Cfr. sul punto A. PUNZI, *I segni del tempo. Il ritorno della consuetudine nell'era della complessità*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2, 2021, 334–346, il quale propone una lettura del ritorno della consuetudine come sintomo del mutato rapporto tra diritto e tempo. Superata la fiducia moderna nella calcolabilità e nel dominio legislativo sul futuro, riemergerebbe un diritto generato dal basso, aperto al fatto e al mutamento, e capace di integrare forme di normatività spontanea.



Hauptprobleme del 1911¹⁵⁹. Pubblicato nel 1914 nella *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, organo di ampia vocazione enciclopedica poi destinato a scomparire con la fine dell'impero austro-ungarico, il testo sviluppa in chiave sistematica alcune intuizioni già presenti nei lavori precedenti, ma con un grado di densità logico-argomentativa e una posta teorica che ne fanno un punto di snodo, a volte trascurato, nella genealogia della dottrina pura del diritto¹⁶⁰.

Sul piano filologico, la versione pubblicata nel 1914 si colloca a metà strada tra la fase discorsiva (il testo di una conferenza del 1912, andato perduto) e il momento della rielaborazione teorica pienamente autonoma. La sua collocazione editoriale in una rivista ancora non specializzata, che mirava a unificare gli universi giuridici tedeschi e austriaci, aiuta a comprendere la funzione del saggio come opera che chiude idealmente la stagione del diritto pubblico ottocentesco fondato su soggettività sostanziali e al tempo stesso prefigura, senza ancora tematizzarla del tutto, l'astrazione normativa come unica matrice legittimante del discorso giuridico.

Rispetto agli scritti coevi, *Sull'illecito dello Stato* si distingue per la capacità di connettere la riflessione giuspubblicistica con una teoria generale dell'imputazione normativa. Se nei *Problemi fondamentali* si trattava ancora di smontare l'ontologia politica implicita nei concetti giuridici tradizionali, qui la deontologizzazione dell'illecito e la ridefinizione dello Stato come punto geometrico di imputazione normativa segnano un passaggio cruciale, dove è sempre più esplicito che sia il diritto a costruire il soggetto statale, e non viceversa.

Nel saggio *Sull'illecito dello Stato*, Kelsen affronta una questione apparentemente paradossale — può lo Stato violare il diritto? — per dimostrare, in coerenza con l'impostazione della scienza giuridica come teoria solo normativa, che un simile concetto è logicamente inconcepibile dal punto di vista del diritto. Il primo capitolo rappresenta l'articolazione più chiara di questo ragionamento: muovendo dall'adagio monarchico *the king can do no wrong*¹⁶¹, Kelsen ne rovescia il senso in chiave metodologica, sostenendo che la persona-Stato non può mai, in alcuna relazione giuridicamente rilevante, essere pensata come esterna all'ordinamento che la istituisce. L'unità dello Stato non è un fatto, ma una condizione normativa; la sua personalità non è presupposta, ma costruita attraverso l'attribuzione di diritti e doveri da parte dell'ordinamento. Di conseguenza, anche l'eventuale "illecito" statale può essere qualificato come tale solo in virtù di norme giuridiche che ne disciplinano la configurazione. L'idea stessa di una responsabilità statale "originaria" o "materiale" viene così

¹⁵⁹ H. Kelsen, *Über Staatsunrecht. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Deliktsfähigkeit juristischer Personen und zur Lehre vom fehlerhaften Staatsakt*, in *Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart*, 40, 1914, 1–114 (rivista detta *Grünhuts*, dal nome del suo curatore), trad. it. *L'illecito dello Stato*, a cura di A. ABIGNENTE, Napoli, 1988.

¹⁶⁰ Cfr. F. SCIACCA, *Hans Kelsen. Dalla teoria del diritto a una filosofia per la costituzione*, cit., 263.

¹⁶¹ HKW 3, 443.



svuotata di ogni contenuto teorico, a favore di una concezione puramente formale della legalità. In questo quadro, la scienza del diritto non ha il compito di giudicare lo Stato, ma di esplicitare le condizioni logiche in base alle quali esso può essere concepito come soggetto giuridico.

A partire dal Capitolo II (§§ 3–6)¹⁶², Kelsen si confronta con le figure dell'illecito penale e civile imputabile allo Stato, tematizzando in modo sistematico la questione della *Zurechnung* — l'imputazione — e la sua applicazione agli organi statali. Ma il rilievo di queste pagine non risiede soltanto nella ricostruzione delle forme giuridiche della responsabilità: è qui che l'autore disinnescava definitivamente l'idea che possa esistere un illecito statale "sostanziale", cioè anteriore o esterno alla costruzione normativa che lo qualifica. L'illecito, come la responsabilità, non è un dato, ma un prodotto del sistema normativo. È in questo scarto, tra azione e significazione giuridica, che si gioca la posta più alta dell'intero saggio.

Il Capitolo III (§§ 7–12)¹⁶³, che occupa quasi la metà dell'opera, rappresenta un vero laboratorio concettuale in cui si sperimenta una delle architetture più complesse della prima teoria kelseniana: la dottrina dell'atto statale viziato, articolata nella distinzione tra nullità e annullabilità. Non si tratta di un esercizio tecnico, ma di una vera ingegneria epistemica: ciò che Kelsen cerca di costruire è un modello normativo capace di contenere l'errore senza dissolvere la coerenza del sistema. L'atto viziato è, per Kelsen, ciò che interroga dall'interno la chiusura sistemica del diritto: un'anomalia codificata, un errore legalmente riconoscibile. Da qui nasce la nozione di "nient'altro che nullità condizionata", che trasforma l'eccezione in funzione del sistema stesso.

Il paragrafo 11 collega questa costruzione alla tesi dell'impossibilità dell'illecito statale, mentre il paragrafo 12 apre, in modo ancora esplorativo, alla questione dei crimini nel diritto internazionale, anticipando la riflessione sulla sovranità che culminerà in *Das Problem der Souveränität* (del 1920)¹⁶⁴.

Nel Capitolo IV (§§ 13–14)¹⁶⁵, la questione della responsabilità dello Stato viene esaminata alla luce del "dogma dell'infallibilità giuridica"¹⁶⁶. Kelsen mostra qui come proprio la figura dell'infalibilità, lungi dall'essere un dato concettuale, sia un effetto secondario della posizione logica del soggetto-Stato all'interno dell'ordinamento: lo Stato non può sbagliare, non perché perfetto, ma perché l'errore — per essere giuridicamente riconoscibile — richiede un'altra istanza imputante, e quindi un'altra forma di autorità normativa.

¹⁶² HKW 3, 454 ss.

¹⁶³ HKW 3, 476 ss.

¹⁶⁴ Qui emerge un'ipotesi che resterà sullo sfondo di tutta la produzione matura di Kelsen: l'ordinamento giuridico non può contemplare un soggetto che sia insieme fonte del diritto e trasgressore del diritto.

¹⁶⁵ HKW 3, 520 ss.

¹⁶⁶ «Dogma, daß der Staat kein Unrecht begehen könne», o ancora «Dogma rechtlichen Unfehlbarkeit des Staates» (521).



La conclusione, significativamente intitolata di nuovo *Diritto statale e illecito statale*, riprende e chiude il cerchio: comprendere lo Stato giuridicamente significa dissolverlo come entità sostanziale e ricostruirlo come mera funzione. L'idea che diritto statale e illecito statale si escludano reciprocamente non è, quindi, un'asserzione dogmatica, ma un'implicazione della struttura stessa della normatività¹⁶⁷.

Questo passaggio — il più radicale e forse il più fragile dell'intero scritto — è anche quello in cui si rende più visibile la finzione teorica che regge la costruzione: lo Stato esiste solo nella misura in cui è normativamente immaginato. Non esiste, cioè, soggettività giuridica che non sia effetto di una strategia di posizionamento interno alla struttura normativa, cioè di una finzione necessaria, ma non per questo meno arbitraria.

Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Reichsgesetz und Landesgesetz e Über Staatsunrecht mostrano che la dottrina pura del diritto, ben prima della sua sistematizzazione compiuta, si costituisce attraverso un movimento progressivo di costruzione concettuale, storicamente situata, ma con un potenziale di adattabilità che deriva dalla sua tensione alla formalizzazione. *Zur Lehre* funge da esperimento di coerenza metodologica su scala delimitata, mentre *Reichsgesetz* e *Staatsunrecht* affrontano questioni di diritto positivo e costituzionale, permettendo di misurare la tenuta dell'impianto metodologico rispetto a casi concreti e materiali positivi.

Lungi dal rappresentare applicazioni secondarie, dunque, questi testi svolgono la funzione di condensazioni teoriche provvisorie, in cui prende forma una tensione destinata a restare centrale nell'intero progetto kelseniano, quella tra esigenza di coerenza formale e necessità di presupposti non fondabili, ovvero tra rigore sistematico e finzione epistemologica, in uno scenario in cui il programma metodologico e le sue proiezioni dogmatiche si configurano come soluzioni possibili ai problemi di un contesto storico-politico attraversato da significative trasformazioni.

¹⁶⁷ È fondamentale e illuminante la pagina conclusiva del saggio, lo *Schlusswort* (HKW 3, 531): «Von dem hier entwickelten Standpunkte aus kann der Staat *juristisch* überhaupt nur als Rechtsordnung oder Realisierung der Rechtsordnung begriffen werden. Insbesondere der handelnde Staat – das, was man Rechtsprechung und Verwaltung nennt – kann juristisch nicht anders konstruiert werden, denn als Verwirklichung von Rechtssätzen, weil ja das juristische Kriterium für eine Zurechnung zum Staate, d. h. ein Staatsakt nur gegeben ist, sofern ein Rechtssatz dazu die Handhabe bietet. Heißt ja juristisch konstruieren nichts anderes als zur Rechtsordnung in Beziehung bringen, die Rechtsprechung und Verwaltung juristisch konstruieren: die in der Rechtsprechung und Verwaltung gegebenen Beziehungen zur Rechtsordnung herauslösen. Das ist ja die uralte Idee des Rechtsstaates, daß Rechtsprechung und Verwaltung Exekutive – nämlich Exekutive der Rechtsordnung sind. Die Idee des Rechtsstaates ist aber nicht bloß ein spezielles politisches Postulat, sondern zugleich auch die logische Voraussetzung des Staatsrechtes. Ein Recht des Staates ist nur denkbar für einen Staat des Rechtes; das ist im Grunde eine Tautologie».



7. Forma, metodo, sapere. La costruzione del primo Kelsen

Il progetto teorico e metodologico del primo Kelsen si sviluppa in un contesto istituzionale segnato dalla frammentazione nazionale dell'Impero austro-ungarico, dove l'impossibilità di fondare la sovranità su basi etniche o ideologiche impone il compito di garantire la coesistenza attraverso una soluzione formalistica. In assenza di un'unità politica condivisa, la forma giuridica assume così una funzione ordinante, e cioè diventa lo strumento di stabilizzazione impersonale dell'ordinamento¹⁶⁸.

La cultura giuridica viennese, imperniata sul ruolo regolativo dell'amministrazione e sulla riconduzione del rapporto tra poteri pubblici a una cornice tecnica, fornisce il terreno su cui prende forma l'esigenza di una costruzione formalista e neutrale. Come visto nei §§ 3–4, il metodo kelseniano sorge, allora, come risposta sistematica alla crisi di fondamento dell'ordine normativo. La distinzione tra forma e contenuto, validità e giustizia, diritto e sovranità, riflette una condizione storicamente determinata, non una semplice opzione teorica. Anche il liberalismo austriaco (l'esperienza politica e non la sua formulazione teorico-ideologica), concepito non come affermazione della soggettività individuale ma come dispositivo istituzionale impersonale, contribuisce a spiegare questa impostazione.¹⁶⁹

Probabilmente, senza indulgere su speculazioni scivolose, anche la biografia di Kelsen rafforza ulteriormente la posizione teorica. Nato a Praga in una famiglia ebraica e cresciuto a Vienna durante questo periodo segnato da tensioni identitarie, si forma in una posizione marginale rispetto alle narrazioni identitarie che animano — e lacerano — l'Impero. E in questo contesto, l'adesione al formalismo può essere letta anche come una scelta intellettuale volta a neutralizzare ogni riferimento sostanziale all'identità o alla sovranità. La forma giuridica si configura, pertanto, come uno spazio concettuale spoliticizzato, capace di reggere l'eterogeneità sociale e istituzionale. Persino la sua conversione al protestantesimo, spesso trattata come nota biografica marginale, può essere reinterpretata come ulteriore strategia di depersonalizzazione, coerente con l'ambizione di astrazione formale della teoria.

Per altro verso, la costruzione si colloca all'interno del più ampio processo di secolarizzazione del sapere giuridico. Il formalismo kelseniano rifiuta la sopravvivenza di categorie teologiche e assume la coerenza sistematica come alternativa alla legittimazione

¹⁶⁸ Sulla distanza tra l'impianto formalistico della *reine Rechtslehre* e la dinamica conflittuale del costituzionalismo contemporaneo, v. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, IV, 2006 (anche sul [sito dell'AIC](#)), spec. nella critica al costituzionalismo multilivello come dissoluzione dell'unità sistemica.

¹⁶⁹ Non a caso, evidenzia la distanza tra la teoria pura e una concezione conflittuale e storicizzata dei diritti G. PRETEROSS, *L'età dei diritti (e la sua crisi)*, in *Jura Gentium*, IX, 2012, il quale critica il formalismo kelseniano in quanto, pur essendo un presidio antimetafisico di laicità, rischierebbe di rimuovere la dimensione politica del diritto, favorendo l'ideologia della neutralizzazione e prestando il fianco, in questo senso, a processi di spoliticizzazione compatibili con l'orizzonte che l'Autore definisce "neoliberale".



etica o metafisica. Come già osservato nei §§ 1–2, la costruzione teorica origina certamente dalla distinzione kantiana tra *Sein* e *Sollen*, che consente di pensare la normatività come struttura autonoma, non deducibile da fatti empirici. La parziale adesione alla filosofia di Kant e poi più consapevolmente al neokantismo, soprattutto nella sua versione marburghese, consente così a Kelsen di escludere sistematicamente ogni riferimento alla psicologia, alla sociologia e alla teleologia, stabilendo un metodo scientifico che trova la propria legittimazione nella forma, non nel contenuto.

A partire da questa matrice trascendentale, Kelsen si confronta con le due principali declinazioni del neokantismo tedesco. Con riferimento alla scuola del Baden (Windelband, Rickert), rileva la centralità del valore come categoria fondativa delle scienze sociali. Invece, nella scuola di Marburgo, in particolare con Hermann Cohen, riconosce l'ambizione di una costruzione sistematica fondata sulla logica pura, donde appunto mutuerà il lessico della purezza. Ciononostante, Kelsen assume solo selettivamente elementi da entrambe, ma rigetta ogni tentativo di introdurre contenuti assiologici nella teoria. Come osservato nei §§ 3–4, il “suo” diritto non si fonda su valori né li include, ma coincide con una struttura logica autonoma che rende possibile la validità e l'imputazione.

Influenze meno esplicite ma altrettanto significative possono essere rinvenute anche al di fuori dell'orizzonte neokantiano. È probabilmente il caso di Simmel, e similmente di Zitelmann¹⁷⁰: negli *Hauptprobleme*, Kelsen riprende la concezione del dover essere come categoria originaria e irriducibile alla causalità naturale o alla volontà soggettiva. Simmel fornisce così un lessico utile a configurare la normatività come oggetto specifico, distinto dalle spiegazioni psicologiche o empiriche, contribuendo alla definizione del diritto come sistema concettuale dotato di coerenza interna. Ma ancora una volta, il ricorso alla filosofia si dimostrerà strumentale, come accadrà anche per Cassirer, Vaihinger, o Husserl¹⁷¹.

Anche la filosofia della storia viene tematizzata in modo negativo. Kelsen respinge ogni fondazione del diritto su basi storiche, ogni ipotesi di razionalità che si realizzi nel tempo, e ogni legittimazione derivante da una dinamica dialettica. L'ordinamento giuridico non evolve,

¹⁷⁰ Una possibile convergenza metodologica può cogliersi tra Georg Simmel ed Ernst Zitelmann, sebbene i due autori si muovano su piani differenti — il primo filosofico-morale, il secondo dogmatico-giuridico. Entrambi, tuttavia, riconducono la dimensione normativa a una categoria autonoma rispetto al mondo dei fatti. In Simmel, la categoria del dover essere è concepita come originaria e irriducibile, posizione che K. riprende negli *Hauptprobleme* per sostenere l'eterogeneità logica tra *Sein* e *Sollen*. In Zitelmann, invece, pur all'interno di un impianto psicologico-volontaristico, emerge una concezione formale della norma come proposizione condizionale (“se A, allora B è dovuto”), che è epurata da K. per fondare la proposizione giuridica su basi puramente logico-normative.

¹⁷¹ Come visto, di Cassirer interessa il formalismo simbolico, nella misura in cui consente di pensare le categorie giuridiche come operatori formali privi di contenuto ontologico; di Vaihinger viene recuperata l'idea di finzione operativa, utile a giustificare l'impiego di concetti teorici privi di referenza empirica (come la *Grundnorm* o lo Stato quale centro di imputazione); di HUSSERL viene accolto unicamente l'elemento anti-psicologista della *Logische Untersuchungen*, ma rigettata l'intera dimensione fenomenologica.



meno che mai in modo organico, ma si costruisce. La sua coerenza sistematica prescinde dal tempo e dal soggetto. La soggettività — individuale o collettiva — viene dissolta come fondamento teorico e rimpiazzata da funzioni imputabili¹⁷². In questo senso, la costruzione giuridica kelseniana può essere letta come una teoria *post-soggettiva*, nella quale l'io non è principio costitutivo ma solo un prodotto formale dell'ordinamento¹⁷³. Quest'aspetto consentirà, probabilmente, all'approccio metodologico, la cui origine è stata ricostruita come storicamente situata, quella capacità adattiva attestata dalla produzione successiva dell'Autore¹⁷⁴.

L'architettura teorica, nel complesso, della dottrina si fonda su un'impostazione metodologica che rivendica l'autonomia della scienza giuridica rispetto a ogni altra forma di sapere. Come chiarito negli *Hauptprobleme*, l'oggetto della giurisprudenza non può essere cercato nella realtà sociale né nella volontà soggettiva, ma solo in un insieme di norme dotate di validità. La norma è concepita come proposizione ipotetica ("se A, allora B è dovuto"), e non come comando (il comando ne rappresenta solo un riflesso psicologico percepito dal destinatario). Su queste basi, Kelsen sviluppa l'idea di un sistema normativo (asseritamente) coerente e gerarchico, in cui ogni norma trarrebbe validità da un'altra norma superiore, secondo una concatenazione che culmina in un presupposto non dimostrabile e che già affiora

¹⁷² In tema, v. P. DI LUCIA, *Hans Kelsen e la costruzione giuridica della realtà*, in A. CARRINO, *Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 191 ss. Similmente, dove l'Autore amplia il riferimento all'ontologia sociale di J. SEARLE in diversi contributi. Cfr., ad esempio, P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Prefazione. Non sola auctoritas facit legem. Il costituzionalismo logico di Luigi Ferrajoli*, in AA. VV., *Il dover essere del diritto. Un dibattito teorico sul diritto illegittimo a partire da Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2023. Gli autori mettono a confronto la teoria della norma di Kelsen e l'ontologia sociale di Searle, evidenziando la comune centralità della forma e della funzione costitutiva delle norme, entrambe concepite come finzioni epistemiche che non derivano da fatti naturali né da intenzioni soggettive. Sulla dissoluzione della soggettività e la crisi della forma come dispositivo ordinatore del diritto moderno, v. P. BARCELLONA, *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*, in *i-Lex*, 2, 2005, 219 ss.; A. RACCA, *Soggettività ed imputazione in Kelsen. Riflessioni interlocutorie a partire dalla Teoria generale dello Stato*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020.

¹⁷³ V. le considerazioni di A. SCALONE, *Kelsen: democrazia e antropologia individualistica*, ancora in A. CARRINO, *Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 154 ss.; sulla concezione kelseniana di individuo, v. già A. CARRINO, *L'ordine delle norme*, cit., 101: «si dà solo l'individuo, l'atomo chiuso in sé e privo di ogni naturale socievolezza, sicché per molti aspetti, la sua è un'autentica metafisica della persona astratta». Sul contrasto tra l'astrazione formalistica della *Rechtslehre* e le concezioni del diritto come esperienza storica e soggettiva, v. G. ACOCELLA, *Kelsen, Capograssi e il diritto naturale*, in A. CARRINO (cur.), *Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 177 ss., dove si sottolinea l'idea capograssiana della "verità dell'azione", della scienza come tradizione e del diritto come espressione dell'esistenza; sul tema v. anche V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, II ed., Milano, 1998 (su quest'ultimo, cfr. A. MERLINO, *Vittorio Frosini e l'eredità di Hans Kelsen in Italia: il diritto come morfologia della prassi*, in *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 35, 2009, 39 ss., dove si ricostruisce la critica di Frosini alla purezza kantiana della forma kelseniana, nonché la sua proposta di una concezione "morfologica del diritto").

¹⁷⁴ Cfr., da ultimo, J. KAMMERHOFER, *Sull'uso moderno della dottrina pura nel diritto internazionale e nella sua dottrina*, ancora in A. CARRINO, *Teoria pura del diritto e democrazia*, cit., 161 ss.



in nuce nei *Problemi fondamentali* e certamente negli scritti dogmatici del 1914 (quel che diventerà, poi, la norma fondamentale). Non si tratta, cioè, di una norma positiva, ma di una finzione operativa, che deve essere postulata per rendere possibile l'imputazione normativa. Come la volontà dello Stato o la persona giuridica, la *Grundnorm* sarà (soprattutto) un costrutto funzionale, privo di fondamento empirico ma indispensabile al funzionamento del sistema.

Il risultato è una costruzione formalizzata, strutturalmente analoga a un sistema assiomatico, in cui ogni elemento ambisce a trovare giustificazione solo in relazione alla struttura stessa. Tuttavia, proprio questa coerenza interna ne rivela il possibile paradosso fondativo: l'autonomia teorica si regge su presupposti che non possono essere giustificati all'interno della teoria, la cui presenza alimenterà il dibattito (anche contemporaneo) sulle ambiguità fondazionali del modello¹⁷⁵. Il formalismo kelseniano, infatti, esclude ogni riferimento esplicito al potere o alla decisione, eppure l'efficacia dell'ordinamento resta legata a una forza che la teoria non tematizza.

La nozione di forma assume per queste ragioni un valore costitutivo: non è un semplice aspetto esteriore della norma, ma la condizione che rende possibile pensare il diritto come sistema logico. Fin dai primi scritti, la forma giuridica consente di espellere soggettività, intenzioni e finalità dal dominio giuridico. Lo Stato non è più un soggetto dotato di volontà, ma un centro di imputazione; la persona giuridica e gli organi diventano punti logici nella struttura normativa. Come discusso nel § 5, questa costruzione esclude ogni direzione di scopo e riformula il funzionalismo in chiave puramente formale¹⁷⁶.

La norma è trattata come proposizione condizionale, priva di centro soggettivo. L'eliminazione del soggetto non è solo una scelta metodologica, ma l'effetto strutturale di un sistema che opera attraverso funzioni, non intenzioni. La forma, tuttavia, non si limita a garantire l'operatività interna dell'ordinamento: in un ordine privo di fondamenti condivisi,

¹⁷⁵ Per esempio, secondo L. FERRAJOLI (*La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, 100), la *Grundnorm* è «una sorta di passe-partout nella discussione dei problemi più diversi»; si condivide, tuttavia, il giudizio di quanti evidenziano principalmente il carattere di presupposizione finzionale necessaria alla chiusura del sistema (cfr. A. SCALONE, *Impossibile purezza*, cit.).

¹⁷⁶ Si può istituire un confronto tra il funzionalismo formale di K. e quello sistemico di Luhmann, entrambi privi di orientamento finalistico. In contrasto con teorie come quelle di Jhering o Jellinek, che concepiscono il diritto come espressione di una volontà e funzionale a uno scopo (sociale, etico o politico), sia K. sia Luhmann propongono una costruzione del diritto fondata su criteri strutturali e non teleologici. In K. la funzione è formale e interna al sistema di imputazione normativa; in Luhmann è autopoietica e autoreferenziale, basata sulla distinzione operativa tra lecito e illecito. In entrambi i casi, il diritto "funziona" senza essere finalizzato a uno scopo esterno, secondo logiche che rifiutano ogni fondamento volontaristico o assiologico. Cfr. diffusamente N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/Main, 1993. Sulla funzione legittimante della costruzione formale e procedurale in K., v. anche P. BARCELLONA, *Diritto senza società: dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003, 91 ss., nonché G. TURCO, *Democrazia come teoria. Impianto e questioni del pensiero democratico di Hans Kelsen*, in Dirittifondamentali.it, 2, 2020.



essa svolge anche una funzione simbolica e politica. Tiene insieme ciò che non può più essere fondato, sostituendo la coerenza a ogni possibile sostanza unitiva, l'imputazione alla (finzione della) volontà. Consente anche l'equivalenza formale tra istituti pubblici e privati, attraverso la riduzione di ogni contenuto alla struttura normativa.

Proprio nella sua pretesa neutralità, la forma produce effetti rilevanti, sul piano propriamente normativo, simbolico e politico, per via del fatto che la metodologia formalista non tematizza ciò che esclude, determinandone l'irrilevanza¹⁷⁷.

In questo quadro, il progetto kelseniano non si limita a ridefinire l'oggetto della giurisprudenza, ma consente di rileggere secondo una specifica declinazione del pensiero contemporaneo il rapporto tra diritto e politica. Come già rilevato nel § 6, Kelsen si colloca nell'ampio solco della razionalità moderna — da Weber in poi — che distingue tra spiegazione e valutazione, tra descrizione e giudizio. La scienza giuridica diventa così un sapere normativo orientato esclusivamente al metodo e disancorato da ogni considerazione assiologica. Questa distinzione, tuttavia, agisce anche come dispositivo di esclusione: delimita ciò che può essere detto come diritto, lasciando fuori la sovranità, il soggetto, la decisione.

La scienza del diritto, nella configurazione proposta da Kelsen, opera come dispositivo di delimitazione. In questo modo, il politico — nella forma della sovranità, della volontà collettiva o della decisione eccezionale — viene espunto dalla teoria senza essere direttamente contestato¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Sulla radicale opposizione tra la *reine Rechtslehre* e le teorie novecentesche fondate su concetti di comunità, identità e omogeneità, v. A. SCALONE, *Comunità, identità e omogeneità fra Schmitt, Heller e Kelsen*, in [Nomos](#), 1, 2019, dove si mostra come K. rifiuti ogni fondazione sostanziale dell'ordine politico, contrapponendo alla mitologia comunitaria una concezione puramente formale della legittimità.

¹⁷⁸ Sul tema, più in generale, v. A. CATANIA, *Decisione e norma* (1979), nuova ed. a cura di V. GIORDANO e F. MANCUSO, Roma, 2023, e *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2008, dove l'Autore, in continuità critica con K. e Hart, propone una lettura non riduzionista della forma giuridica come dispositivo conoscitivo e comunicativo, fondato su pratiche di riconoscimento. Contro ogni riduzione decisionista o etico-sostanziale, il diritto è per Catania una tecnica artificiale, formale, storicamente situata ma capace di preservare uno spazio critico per l'emancipazione e la trasformazione sociale. Su quest'ultimo, cfr. i contributi in G. PRETEROSS, F. MANCUSO, V. GIORDANO e G. BISOGNI (curr.), *Conoscenza, volontà, diritto. Studi in memoria di Alfonso Catania*, Torino, 2023, e, in particolare, sull'eredità critica di K. e la posizione di CATANIA, v. F. MANCUSO, *La teoria generale del diritto come critica della ragione giuridica*, dove si osserva che la costruzione kelseniana, pur nella sua potenza sistematica, non riesce a fondare la legittimità né a evitare il regresso alla "prima usurpazione", mentre la teoria di CATANIA rappresenterebbe una critica interna a K., fondata sull'integrazione con HART (XIV ss.).

Sulla recezione italiana di K. (e sull'evoluzione dell'antikelsenismo italiano); nonché sulla persistenza critica della teoria pura del diritto, v. per tutti F. RICCOBONO, *Antikelsenismo italiano*, Giappichelli, Torino, 2017, e la recensione del primo di F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Antikelsenismo italiano*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XIX, 2019, 295 ss., dove si analizzano le reazioni italiane alla costruzione kelseniana, spesso animate da istanze etico-volontaristiche o assiologiche, e si sottolinea al contempo come il pensiero di K. resti un punto di riferimento ineludibile anche per le più radicali critiche contemporanee. Il rilievo delle posizioni kelseniane nel contesto della



La forma giuridica assume, infine, anche una funzione di contenimento del conflitto, che ha una specifica origine limpidamente connessa al contesto austroungarico, ma dimostrerà anche perciò una capacità adattiva a contesti ben diversi. Di fronte alla crisi della sovranità e alla frammentazione ideologica, la dottrina pura tenterà di costruire un sapere impersonale e stabile, che rinuncia a ogni fondamento extranormativo. Il prezzo è la separazione del discorso giuridico da ogni riferimento alla società, alla storia, alla forza. La dogmatica diventa così un linguaggio autosufficiente, capace di parlare del diritto senza coinvolgere ciò che politicamente lo sostiene.

Il risultato è un modello di scienza giuridica pienamente inscritto nella razionalità moderna: autonomo, riduzionista, sistematico, e (apparentemente) depoliticizzato. Come si è visto nei §§ 5–6, la coerenza prende il posto della verità, il metodo si sostituisce alla decisione, la forma, nel complesso, rimpiazza la volontà. In questo processo, il diritto viene stabilizzato in un modello parsimonioso, ma al prezzo di una neutralizzazione teorica dei fattori che ne determinano l'efficacia¹⁷⁹.

dottrina costituzionalistica italiana è analizzato diffusamente in G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Napoli, 2012.

¹⁷⁹ Sulla trasformazione del diritto in strumento della forza e sulla necessità di salvaguardarne la funzione ordinatrice e razionale, v. da ultimo M. LUCIANI, *Il diritto della forza*, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 19 aprile 2024, il quale evidenzia il rischio attuale di una dissoluzione dell'idea stessa di diritto nella mera efficacia della forza.