

Hans Kelsen, *Che cos'è la dottrina pura del diritto?*, a cura di Tommaso Gazzolo, La nave di Teseo, Milano 2022, 137 pp.

di Serena Vantin

È un periodo fortunato per lo studio del pensiero di Hans Kelsen in Italia, dal momento che negli ultimi tempi stanno vedendo la luce nuove traduzioni accurate di opere fondamentali a lungo non disponibili nella nostra lingua. Lo dimostra l'ottima iniziativa intrapresa nel 2022 da Agostino Carrino per Rubbettino, la quale porterà alla ripubblicazione delle opere del giurista austriaco nell'ambito di un progetto editoriale in collaborazione con lo Hans Kelsen-Institut di Vienna che ha già reso disponibili

li i primi due volumi (riproducendo perlopiù, nella cronologia e nell'impostazione, l'edizione dei *Werke* di Kelsen nell'edizione originale tedesca, a cura di Mathias Jestaedt per la casa editrice Mohr Siebeck di Tübingen, la quale ha previsto la pubblicazione di 30 volumi entro il 2042).

Tra le iniziative che meritano una segnalazione in questo ambito rientra sicuramente la traduzione italiana del breve saggio kelseniano *Was ist die Reine Rechtslehre?*, originariamente apparso in *Demokratie und Rechtsstaat. Festschrift für Zaccaria Giacometti* (Poligraphischer Verlag, Zürich 1953, pp. 143-61). Oltread offrire una nuova, lucidissima illustrazione e difesa della dottrina pura del diritto, alla quale, all'epoca in cui scriveva, l'autore stava lavorando già da una quarantina d'anni, il volume italiano esce corredato da un ricco saggio introduttivo di Tommaso Gazzolo, che sin dal titolo (*Kelsen, o la possibilità del diritto*) pone al centro un aspetto fondamentale, e «radicale» (p. 49), della riflessione filosofico-giuridica kelseniana, rappresentando al contempo un'«aporia» e uno «scandalo» (*ibidem*): è possibile che il diritto sia impossibile.

Prima di richiamare brevemente alcune delle considerazioni che conducono Gazzolo a questo apparente paradosso, occorre premettere che il curatore sceglie di enfatizzare a più riprese la matrice neo-kantiana del pensiero di Kelsen. Se «fin dall'inizio la filosofia di Kant» fu «la Stella Polare» (p. 11) del giurista di Praga, l'«indirizzo kantiano – o, più correttamente, neokantiano – proprio della dottrina pura» è riconducibile soprattutto al «senso stesso di ciò a cui l'interrogazione, la domanda *sul* diritto, si rivolge» (*ibidem*). È nei *Metaphysi-*

*sche Anfangsgründe der Rechtslehre* ([1797]; trad. it. *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, a cura di Filippo Gonnelli, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 51) che Kant pone la domanda capitale, distinguendo l'interrogativo filosofico *Was ist Recht?* (*quid sit ius*) dalla questione, di rilievo invece strettamente giuridico, «che cosa dicano o abbiano detto le leggi in un certo luogo e in un certo tempo» (*quid sit iuris*). L'esigenza di una dottrina pura nasce proprio da qui, dalla distinzione necessaria tra ciò che è diritto e ciò che è *del* diritto. Kelsen lo spiega nell'incipit del saggio: «Il diritto può essere preso in considerazione, quale oggetto di conoscenza, secondo diversi punti di vista. Si può infatti descrivere in modo sistematico un dato ordinamento giuridico, come il diritto francese o il diritto internazionale; si può analizzare un insieme determinato di norme di un certo ordinamento giuridico, per esempio il diritto penale svedese o il diritto svizzero delle obbligazioni; si può, ancora, cercare di fare luce su una particolare disposizione, come quella che disciplina gli interessi di mora nel codice civile austriaco. [...] È possibile, inoltre, interrogarsi sull'origine storica del contenuto di un dato ordinamento giuridico, o sulle ragioni economiche e politiche che hanno determinato quel contenuto. Ed è ugualmente possibile comparare i contenuti di ordinamenti diversi [...]. Infine, [...], si può anche ricavare l'essenza (*das Wesen*) di ciò che il diritto è, la sua struttura tipica, e questo indipendentemente dal contenuto, sempre variabile, che ha assunto in tempi e luoghi diversi. Tale è il compito di una teoria generale, ossia di una dottrina del diritto che non si limiti a considerare un particolare or-

dinamento giuridico o specifiche norme giuridiche» (pp. 95-6).

Il diritto positivo è allora il punto di partenza per una scienza del diritto che guardi non alla semplice esistenza di fatto del fenomeno giuridico (la *Gegebenheit* delle prescrizioni giuridiche interessa semmai al sociologo del diritto, o al più allo storico o al politico) bensì alla sua *Wirklichkeit*, a come esso effettivamente esiste, al fine di assicurare le condizioni alle quali il suo oggetto possa essere conosciuto «per come esso è» (p. 23). In tal senso, il diritto positivo è «dato» solo «come un “compito”, come qualcosa da determinare in ciò che propriamente è» (p. 18).

Già a questa altezza si può annidare il più noto dei tarli kelseniani. Per poter fondare l'esistenza del diritto è necessario ricorrere a due tesi che si presuppongono a vicenda: da un lato, nessun potere può obbligare se non si presuppone una norma che lo autorizzi; dall'altro lato, non può darsi una norma di questo tipo a meno che non si presupponga un potere autorizzato a emanarla. Commenta Gazzolo a questo riguardo: «Forse siamo costretti a concludere che nessun ordinamento giuridico positivo [...] sia mai davvero esistito, poiché tutti sono cominciati inevitabilmente con un potere che, *di fatto*, ha cominciato a essere obbedito (senza che nessuna norma lo autorizzasse). Il diritto sarebbe però, in questo caso, impossibile, poiché non potrebbe mai *iniziare ad esistere*» (p. 49). In gioco è la riduzione del diritto al potere di fatto, alla volontà, alla decisione, e, in definitiva, alla forza. Questa totale negazione, finanche *impossibilità*, del diritto in quanto diritto pare un'opzione che Kelsen non solo fa emergere ma «assume sino in fondo», sino al punto di ritenerla *possibile*

(p. 50). «È solo allora che la domanda che fa da guida alla *Reine Rechtslehre* si rende realmente leggibile *iuxta propria principia*, come domanda che chiede: *a quali condizioni è/sarebbe possibile [invece] un'esperienza del diritto in quanto diritto?*» (*ibidem*, enfasi aggiunta).

La risposta va cercata, naturalmente, nella *Grundnorm*, «norma assente», «separata dal fatto della sua esistenza» (p. 58) e, pertanto, parafrasando la celebre espressione di Claude Lefort, luogo vuoto del potere che deve rimanere vuoto (Claude Lefort, *Permanence du théologico-politique?*, in *Essais sur le politique. XIX-XX siècles* [1986]; trad. it. *Saggi sul politico. XIX e XX secolo*, a cura di Beatrice Magni, Il Ponte, Bologna 2007, p. 270). Che sia proprio questa «assenza di una norma» a fondare il diritto, rendendo «impossibile identificarlo con il potere» (p. 59) sembra non soltanto qualcosa di «difficile da pensare», ma in effetti anche un ultimo, estremo espediente per «salvare» il diritto stesso (*ibidem*). Com'è ben noto, molti critici si sarebbero in seguito accaniti proprio sulla natura della Norma Fondamentale. Tra tutti, Gazzolo ricorda Carl Schmitt, nonché quel «contrasto inconciliabile» alimentato, in effetti, precisamente da posizioni opposte «sullo statuto e sul carattere del nulla» su cui si fonda il diritto (*ibidem*).

Non a caso la prova della tenuta del ragionamento è offerta dall'esempio («di scuola», p. 63) del diritto nazista. L'accusa, spesso rivolta contro il formalismo del positivismo kelseniano, mostrerebbe qui il suo scarso «spessore» (*ibidem*). Scrive Gazzolo: «È del tutto ovvio [...] che è *esistito* storicamente un “diritto nazionalsocialista”. Ma il problema, dal punto di vista che ci interessa, è il seguente: è possibile fare esperienza di quel diritto co-

me diritto, in quanto diritto? La condizione che consente tale esperienza – lo si è visto – è la seguente: che le sue norme derivino sempre e soltanto da norme o, in ultima istanza, che il suo “fondamento” sia una norma che non c’è, sia cioè un “vuoto” che *deve-essere* occupato da una norma (che non c’è) e che pertanto non può essere, di fatto, occupato da nessun potere, da nessun fatto, compreso *il fatto stesso di una norma*. Si potrebbe allora sostenere che ciò è esattamente quanto un diritto come quello nazionalsocialista non può ammettere. [...] In ogni caso, potremmo dire: il diritto nazista è tale in quanto espressione di un *fatto* [come la volontà del Führer]. Ma il *fatto* della volontà [resta comunque un fatto]. Il che significa [che] di quel diritto è impossibile fare esperienza in quanto diritto. Perché esso pretende di occupare il posto che deve rimanere “vuoto” con un fatto» (p. 64).

Alla luce di questa proposta interpretativa, sembrano particolarmente pregnanti le parole con le quali Kelsen si volge a concludere il saggio: la «natura propria» della dottrina pura del diritto «la costringe a essere qualcosa di *diverso*, anche se forse non qualcosa di *più*, da un semplice strumento nella lotta per il potere» (p. 124).

-