

Saggio introduttivo

1. *Premessa: l'evoluzione della dottrina pura del diritto.*

La *Reine Rechtslehre*, pubblicata nel 1960, è l'espressione compiuta di una teoria che, da cinquant'anni, è al centro di polemiche tra filosofi del diritto d'ogni scuola. Fra la presente edizione e la prima formulazione della dottrina pura del diritto, avvenuta nel 1911, si notano differenze notevoli. Questa evoluzione – che sinora non ha prodotto, ma anzi ha eliminato contraddizioni interne al sistema – è dovuta sia a cause esterne alla teoria stessa (le crisi della prima metà di questo secolo) sia a cause ad essa interne (il rigore con cui Kelsen ha applicato, in ogni opera e ad ogni problema, le proprie premesse filosofiche).

Alcune dispute hanno contribuito a chiarire punti oscuri e ad eliminare antinomie; altre invece, soprattutto fra le due guerre, hanno perseguito finalità precipuamente politiche, costringendo Hans Kelsen ad irrigidirsi, per reazione, su posizioni estreme, le quali, in tempi di più civile dibattito, sarebbero state difese con attenuazioni e riserve. Si pensi, per esempio, alla disputa sul formalismo kelseniano. Oggi nessuno esita ad affermare che, per Kelsen, la *scienza* del diritto ha per oggetto esclusivamente la forma del diritto (cioè il «dover essere», il «*Sollen*»); ma oggi, invece, nessuno affermerebbe che, per Kelsen, la realtà giuridica è pura forma, cioè «*Sollen*», senza il minimo influsso della realtà, del «*Sein*»: troppo spesso Kelsen ha ripetuto che la sua è una «dottrina pura del diritto» e non una «dottrina del diritto puro»; troppo a lungo si è discusso il significato della nomodinamica e della norma fondamentale nel sistema kelseniano. Eppure l'accusa di concepire formalmente anche la realtà giuridica venne un tempo rivolta a Kelsen, adducendo sia ciò ch'egli aveva scritto nella sua prima opera importante¹, ove considera

¹ Cfr. *infra*, pp. xxvi sg.

il diritto come fenomeno soltanto statico, sia il fatto che egli si richiamava alle teorie epistemologiche della scuola neokantiana di Marburgo, nella formulazione di Hermann Cohen, secondo cui non esiste un oggetto di conoscenza, da indagare secondo il metodo di una certa scienza, ma semplicemente il procedimento di conoscenza, che genera il suo oggetto. «Si può quindi dire – afferma un neokantiano – che l'oggetto della conoscenza sorge soltanto nel giudizio scientifico, e proprio questo è il senso della rivoluzione copernicana di Kant»²; in altre parole, per questi filosofi la concezione formale del diritto non sarebbe un mezzo per conoscere la realtà giuridica, ma coinciderebbe con questa.

Di fronte a queste accuse, Kelsen ribadì il carattere formale della sua dottrina, ma non ne sottolineò a sufficienza gli elementi dinamici, che avrebbero provato la sua concezione non formale della realtà giuridica. Si può dire che queste polemiche avessero originato una duplice immagine della dottrina kelseniana: in Europa si sottolineò il carattere formalistico della dottrina, sottovalutando quegli elementi dinamici che invece congiungevano le concezioni di Kelsen a teorie diverse ed opposte al formalismo giuridico; invece negli Stati Uniti (non coinvolti nella polemica) si videro in Kelsen quegli elementi realistici ed empirici³, più vicini alla sensibilità giuridica anglosassone. Vivendo negli Stati Uniti, Kelsen divenne sempre più attento a questi ultimi elementi, cosicché, per esempio, mentre un tempo aveva respinto la sociologia giuridica come scienza rivolta a fenomeni naturali (e quindi senza punti in comune con la scienza del diritto), in seguito giunse ad ammettere la giurisprudenza sociologica come scienza complementare alla giurisprudenza normativa⁴.

Gli impulsi esterni non sono però né l'unica né la massima tra le cause dell'evoluzione della dottrina kelseniana. Quest'ul-

² WALTER KINKEL, *Paul Natorp und der kritische Idealismus*, in «Kant-Studien», 1923, p. 406.

³ Nella *General Theory of Law and State* (Cambridge [Mass.] 1945, p. 13), infatti, Kelsen parla della dottrina pura del diritto come di una teoria «radicalmente realistica ed empirica» (*Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, Milano 1952, p. 13) ed afferma che «non vi è una differenza essenziale fra la giurisprudenza analitica e la dottrina pura del diritto» (*ibid.*, p. xi). La *Reine Rechtslehre* (Wien 1960, p. 112) riprende queste asserzioni, sottolineando che la dottrina pura «è una teoria del diritto radicalmente realistica, cioè una teoria del positivismo giuridico» (trad. it., p. 128).

⁴ Cfr. *infra*, pp. LI e XXXIII.

tima è infatti caratterizzata da un preciso fondamento filosofico, presente fin dalle origini e realizzantesi progressivamente: di pari passo col progressivo distacco dalle concezioni tradizionali, Kelsen porta infatti alle estreme conseguenze le premesse filosofiche da cui muove. Di questo processo le cause esterne possono modificare il corso, spingendolo verso un problema piuttosto che verso un altro, ma il rapporto tra eventi esterni ed esigenze interne della dottrina è analogo al rapporto tra argine e fiume: l'argine contribuisce a dirigerne la corrente, ma non è causa della corrente stessa. Poiché a queste esigenze intrasistematiche sono dovuti sostanziali mutamenti della teoria kelseniana, è opportuno illustrare brevemente a quali correnti culturali si riportino le premesse filosofiche da cui muove Hans Kelsen, pur rinviandone ad un momento successivo una sia pur sommaria analisi.

Kelsen stesso, nella prefazione alla *Allgemeine Staatslehre*⁵, menziona Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband e Georg Jellinek come gli autori cui maggiormente sente di doversi richiamare. Questo richiamo deve tuttavia essere inteso soltanto come un'affinità nel perseguire la purificazione della scienza giuridica da ogni elemento naturalistico, non già come una coincidenza di metodi scientifici: mentre Laband tende infatti a trasferire dal diritto privato a quello pubblico i principî che ritiene «generali» e vuole escludere l'interferenza d'ogni altro elemento, Kelsen si richiama espressamente alla scuola neokantiana tedesco-sudoccidentale, cioè a Wilhelm Windelband e a Georg Simmel⁶, dai quali riprende la rielaborazione della distinzione kantiana tra essere e dover essere. Stabilito che l'ambito del dover essere è il diritto, l'esclusione da questo di quanto appartiene all'essere, cioè al mondo naturale, diviene una necessità del sistema. Anche la scuola neokantiana di Marburgo esercita una forte influenza su Kelsen: come si vedrà parlando del principale esponente di tale scuola, Hermann Cohen, l'intera teoria della conoscenza accettata da Kelsen si può ricondurre alle opere di questo autore⁷.

⁵ HANS KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1925, p. I.

⁶ Cfr. la prefazione alla seconda edizione dei *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen 1923, p. VI.

⁷ Cfr. *infra*, pp. XLIX sg.