

**SULLA CONCEZIONE AUTONOMA DELLA MORALE  
E DELL'ANTROPOLOGIA IN HANS KELSEN**

di

**Alessio Musio**

Università Cattolica "S. Cuore" – Milano

**Abstract**

*The notion of autonomy represents one of the key-concepts of modernity. But what is its real meaning? Furthermore: what is the relationship of this concept with the categories of emancipation and self-legislation which seem to determine its destiny? This paper addresses these questions by drawing on the philosophical thought of Hans Kelsen. Kelsen adopts, as a matter of fact, the notion of autonomy as one of the central categories of his philosophical - ahead of his juridical - reflection, according to the idea of an authentic return to Kant. This essay offers therefore an original perspective on kelsenian philosophy starting with a comparison with Thomas Aquinas and intends to show how much the claim for the autonomous character of ethics is central in this author. As a matter of fact, in Kelsen's approach the autonomy of ethics is not only the prerequisite for any anthropology, but also of the same pure doctrine of law.*

*As a result, this essay contributes to the understanding of Kelsen's philosophical anthropology beyond the non-personalistic character of his legal theory.*

Il senso di queste pagine è prendere nuovamente in considerazione il pensiero di Hans Kelsen, a partire dalla centralità che la questione dell'*autonomia* assume nella sua riflessione filosofica per quanto attiene alla comprensione dell'antropologia e della morale.<sup>1</sup> Per Kelsen, infatti, non solo la morale ma la stessa antropologia sono dotate di un significato *non illusorio* unicamente a condizione che siano pensate nel segno dell'autonomia. Se non ci inganniamo, è proprio in questa tesi di Kelsen che si racchiude il nucleo filosofico-teoretico del suo pensiero giuridico – ben sapendo, come ebbe a scrivere Olgiati<sup>2</sup>, che il posto della filosofia nella riflessione di questo Autore non è quello più importante, perché esso compete in primo luogo alla scienza del diritto. Il titolo significa, dunque, che, per il giurista praghese, non solo la morale deve essere autonoma, secondo quanto indicato da un'articolata tradizione<sup>3</sup>, ma così la stessa antropologia.

Per cercare di delineare compiutamente questo quadro, cominciamo col dire che Kelsen sembra muovere da una comprensione del concetto di autonomia perlopiù coincidente, sia pure su un piano teorico largamente più raffinato, con quella del linguaggio comune per il quale vale l'equazione: autonomia=indipendenza. Da questa comprensione dobbiamo, dunque, cominciare.

2

---

<sup>1</sup> Non seguirò in questo scritto la distinzione kelseniana tra *morale*, intesa come «il luogo in cui si esercitano giudizi di valore assoluto», e *etica*, intesa come «la scienza descrittiva della morale positiva» (F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990, pp. 88-89). Da un lato, perché tale *nuance* ripropone la distinzione tra la semplice *vita morale* e il *sapere* (rigoroso) ad essa relativo (ciò che chiameremmo "filosofia morale", rifiutando alla filosofia, schelerianamente, l'ambiguo nome di "scienza"), delineando con ciò una differenziazione che, da sola, non motiva un uso alternativo, dal punto di vista semantico, dei termini *etica* e *morale*. Dall'altro, perché il riferimento all'assolutezza dei giudizi di valore proprio, secondo Kelsen, della morale, rispetto alla relatività dell'etica non risulta coerente con il disegno dello stesso Kelsen: nulla esclude, infatti, una vita morale improntata al modello relativistico, anziché a quello assolutistico. Per cui, se, come scrive Viola, è vero che «le premesse filosofiche del pensiero kelseniano rendono molto labile questa distinzione [quella tra etica e morale]» (*Ibidem*, p. 88), seguire la *nuance* kelseniana vorrebbe dire far venir meno proprio quella possibilità, cui questo articolo è dedicato, di mostrare quanto sia ricca la "filosofia morale" di Kelsen rispetto all'immagine stereotipata che la vuole appiattita unicamente sull'opposizione relativismo/assolutismo. Con questo non si vuole negare la centralità per Kelsen di tale alternativa: semplicemente, poiché è un dato acquisito e ormai ampiamente "digerito" dalla letteratura, si intende allargare la prospettiva ad aspetti filosoficamente più interessanti. Per quanto attiene all'unica semantizzazione possibile del termine *antropologia* in Kelsen rimandiamo alla lettura dei paragrafi 3 e 4 di questo contributo.

<sup>2</sup> F. OLGATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Vita e Pensiero, Milano 1950, p. 128.

<sup>3</sup> Il riferimento qui va, nel segno di Kant, immediatamente alla cosiddetta scuola tedesca dell'*autonome Moral* che propone una continuità teorica tra il pensiero di Tommaso d'Aquino e quello kantiano (per un approfondimento mi permetto di rimandare al capitolo dedicato all'impostazione dell'*autonome Moral* contenuto nel mio libro: *L'autonomia come dipendenza. L'io legislatore*, Vita e Pensiero, Milano 2006, pp. 187-242). Sarebbe interessante valutare il rapporto tra questa impostazione e il tentativo di garantire una *normatività etica* distinta dalla *normatività ontologica* (*l'aver da essere* etico dell'uomo contrapposto al *dover essere* ontologico umano) alla luce di un concetto di *ragion pratica* nettamente distinto dalla *ragione speculativa* (particolarmente significativo in questo quadro è il saggio, ricco e puntuale, di F. BOTTURI, *Naturalismo etico e prospettiva classica*, in: «*Natura in etica. Annuario di etica*», 6/2009, pp. 47-68).

## 1. La comprensione del termine autonomia propria del senso comune (e di Kelsen)

L'identificazione di autonomia e indipendenza propria del senso comune rappresenta una tesi piuttosto discutibile, se assunta nei termini di una perfetta equazione. Nondimeno occorre, però, cercare di coglierne la logica. In primo luogo, dobbiamo mettere in evidenza come tale identificazione non faccia riferimento a un *dato di fatto* già realizzato, quanto piuttosto a una sorta di *ideale* da raggiungere che detta, dunque, all'uomo il dovere di un costante processo di emancipazione – essa assume, cioè, la struttura di un'indicazione morale da cui può nascere anche la richiesta di una codificazione giuridica. Che l'identificazione di autonomia e indipendenza costituisca perlopiù un ideale deriva dal fatto che l'elemento della dipendenza risulta antropologicamente non-eliminabile: come hanno insegnato i filosofi della *condizione umana*, è impossibile, per la nostra stessa struttura, a cominciare da quella biologica, essere completamente indipendenti.<sup>4</sup> Basti qui ricordare il fatto che non ci siamo chiamati all'essere da noi stessi: non solo non abbiamo scelto di nascere, ma non abbiamo scelto di venire al mondo nemmeno con le caratteristiche genetiche che ci connotano, né abbiamo potuto scegliere il contesto in cui tutto ciò è avvenuto – intendendo qui il termine "contesto" nel suo senso più ampio: dall'epoca storica, alle relazioni familiari, alla condizione economica e sociale con la quale iniziano i primi anni della nostra vita, ecc. – tutti elementi da cui ci scopriamo inevitabilmente dipendenti. Nell'ottica che individua la realizzazione umana nell'autonomia e che prescrive l'indipendenza, tutto ciò tende a diventare, più o meno avvertitamente, un condizionamento *negativo* e, dunque, lesivo della libertà del soggetto.<sup>5</sup> E allora: che cosa c'è di radicalmente sbagliato in questa immagine davvero comune di un'autonomia in grado di realizzarsi unicamente in un *processo* ininterrotto di indipendenza?

Senza pensare a riferimenti più complessi, l'immagine che coglie nella dipendenza il negativo della libertà trova la sua smentita più radicale quando prestiamo attenzione al fenomeno del *linguaggio*: infatti, strutturiamo i nostri pensieri attraverso un linguaggio che non siamo stati noi a configurare, ma che abbiamo appreso da altri a partire dal *mondo di vita* (*Lebenswelt*) in cui ci siamo trovati inseriti. Che senso ha questa annotazione? Ciò che intendiamo sottolineare è il fatto che nel linguaggio ci troviamo inevitabilmente a

<sup>4</sup> Biologicamente ciò equivarrebbe, infatti, all'essere morti.

<sup>5</sup> È questo lo sfondo antropologico entro il quale va pensata anche la figura giuridica, emergente nella giurisprudenza americana del *danno da procreazione*, inteso come una chiamata all'essere da parte dei genitori lesiva della libertà figlio (cfr. su questo la linea teorica che va da Harris a Sloterdijk e che ha mosso HABERMAS a scrivere un testo come *Il futuro della natura umana*, Einaudi, Torino 2002).

dipendere dagli altri, tanto che, come nota Taylor, nel momento stesso in cui volessimo affermare la nostra indipendenza, decidendo di ritrarci da ogni relazione umana, proprio in quel momento staremmo riaffermando, invece, la nostra dipendenza dalla comunità umana, appunto *arrivando a formulare*, o a *dire*, anche solo a noi stessi, un tale proposito. Ciò che occorre evidenziare, così, è che questo fatto *ineludibile*, come appunto lo chiama Taylor<sup>6</sup>, il fatto della dipendenza nel linguaggio, non è necessariamente una *costrizione*, anche se può essere letto in questo modo (il riferimento è qui all'analisi fatta da J. Butler, in *Critica della violenza etica*, a proposito della cosiddetta *etica narrativa* su cui peserebbe l'annotazione foucaultiana secondo cui ogni libera narrazione di sé sarebbe sempre gravata dal regime di potere intrinseco al linguaggio, finendo per essere, dunque, sempre eteronoma<sup>7</sup>). La dipendenza dal linguaggio, in ogni caso, non è necessariamente lesiva della libertà: con il linguaggio, infatti, riusciamo a articolare i nostri progetti, a cercare di realizzarli, comunichiamo idee che per noi sono importanti, diamo appuntamenti alle persone che amiamo, ecc. Queste brevi osservazioni, che meriterebbero più ampio spazio, servono solo per dire che la *dipendenza* non implica necessariamente una negazione dell'autonomia, apparendo, invece, molte volte come una sua semplice condizione: favorevole, non costrittiva (ciò che si chiama, classicamente, *conditio per quam*).

Ma ritorniamo alla tesi del senso comune che in positivo sembra cogliere come l'autonomia sia qualcosa di diverso dalla semplice libertà, l'essere liberi, intendendo tale diversità con l'idea che l'autonomia abbia a che fare con la realizzazione<sup>8</sup> della libertà più che con il suo semplice esercizio. Il senso effettivo di questa comprensione, insieme ingenua e diffusa, consiste nell'annotazione secondo cui ci sono delle dipendenze da cui è bene affrancarsi, correlazioni che soffocano e da cui è opportuno, per l'appunto, rendersi autonomi.

4

---

<sup>6</sup> L'espressione precisa è «orizzonti ineludibili» e compare nel testo: C. TAYLOR, *Il disagio della modernità*, Laterza, Roma-Bari 1994. Di Taylor significativo in questo quadro è anche il testo: *Radici dell'io. La costruzione dell'identità moderna*, Feltrinelli, Milano 1993.

<sup>7</sup> J. BUTLER, *Critica della violenza etica*, Feltrinelli, Milano 2006. Il testo è davvero affascinante e particolarmente prezioso nella decostruzione del mito della padronanza, e ancor prima dell'auto-trasparenza, del soggetto. A ben vedere, l'argomentazione sopra riportata a proposito del carattere "non-privatistico" del linguaggio coglie nel segno, se si limita a evidenziare quanto *l'io sociale* sia immanente all'*io individuale*, per usare la terminologia di Bergson (cfr.: H. BERGSON: *Le due fonti della morale e della religione*, Se Srl, Milano 2006, pp. 15-17 in particolare), secondo un modo di esprimersi che per altro la stessa Butler fa proprio, ricordando, inoltre, come *l'impasse* in cui cade ogni *libera narrazione di sé* – espressione al limite dell'ossimoro – non sia in grado di annullare l'idea di responsabilità. In sede teoretica si può in ogni caso evidenziare come dall'annotazione del carattere in fondo "mitologico" dell'etica narrativa non derivi in nessun modo la tesi secondo cui il linguaggio sarebbe per definizione *eteronomo* e *costrittivo*; una tesi che potrebbe essere affermata solo qualificando come *normale* quanto di più *patologico* e *eccezionale* può avvenire sul piano politico ed esistenziale, vale a dire una vita spesa interamente all'interno di un regime liberticida e manipolatorio, in grado di perdurare negli anni.

<sup>8</sup> Foss'anche semplicemente nella via negativa della *liberazione* della stessa libertà.

Kelsen si pone in questa linea quando cerca di garantire l'indipendenza reciproca e, dunque, l'autonomia di *politica, diritto e morale* sullo sfondo di una determinata concezione dell'uomo. Come giudicare questa tesi che è il suo programma di lavoro?<sup>9</sup> Come è noto, per Kelsen l'idea che il diritto debba obbedire a criteri di giustizia stabiliti al di là del piano del puro diritto positivo è inaccettabile, lo stesso riferimento alla morale assume ai suoi occhi i contorni di un "progetto politico di potere", tanto che in tale prospettiva sembra sfumare la distinzione stessa tra politica e morale. Ciò che sta a cuore a Kelsen, come si legge nella *Prefazione* ad una delle sue opere più importanti, i *Lineamenti*, è unicamente «l'ideale di una scienza oggettiva del diritto» che sola è in grado di «salvaguardarne la purezza»<sup>10</sup> – un ideale che va mantenuto anche di fronte a una legge considerata dai più, e al limite anche da tutti, ingiusta, dal momento che, finché non è abrogata, essa conserva agli occhi di Kelsen, la più piena valenza giuridica<sup>11</sup> e non può, dunque, essere disattesa, senza le relative sanzioni.

Nell'ottica della prospettiva giusnaturalista, che cerca, invece, di non scindere il complesso nesso tra diritto e morale, non c'è tesi peggiore di questa, pronta, come sembra essere (o almeno questa è la tesi), a legittimare qualsiasi contenuto che sia determinato in modo giuridicamente corretto dal punto di vista formale e procedurale, finanche il totalitarismo stesso.<sup>12</sup>

5

---

<sup>9</sup> Scrive in modo davvero opportuno M. Jestaedt, Direttore della *Hans-Kelsen-Forschungsstelle* dell'Università Friedrich Alexander di Erlangen, che lo «sforzamento centrale [di Kelsen] mira mettere in luce l'indipendenza e l'autonomia del diritto inteso come un peculiare strumento di guida sociale» (M. JESTAEDT, *Introduzione a: H. KELSEN, Scritti autobiografici*, trad. it. di M.G. Losano, Edizioni Diabasis, Reggio Emilia 2008, pp. 36-55; ed. italiana di: *Hans Kelsen in Selbstzeugnis. Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006*, a cura di: M. JESTAEDT in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Mohr Siebeck, Tübingen 2006: edizione fuori commercio) senza che ciò faccia di lui, come perlopiù erroneamente si crede – lo stesso Bobbio parlava di "formalismo ascetico" – «l'autistico e introverso abitante di una torre d'avorio» (*Ibidem*, p. 38).

<sup>10</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke Verlag, Wien 1934 (trad. it. a cura di R. Treves, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000, p. 45).

<sup>11</sup> Ricordiamo che, a questo proposito, Kelsen distingue tre concetti: quello della *validità* di una legge, quello della sua *efficacia* e del suo *valore*; solo il primo – e in via derivata il secondo – ha per Kelsen un significato giuridico adeguato, ossia passibile di *trattazione scientifica*; aprire la questione del valore significa in questa prospettiva uscire dalla scienza del diritto (*scienza* qui nel significato di *episteme*, un significato in cui potrebbe rientrare, dunque, la stessa *filosofia del diritto*) e fare un uso *ideologico-politico* del diritto.

<sup>12</sup> Sembra, perché anche su questo punto è possibile fare delle distinzioni. Si prenda ad esempio il caso delle leggi razziali: dal momento che, per Kelsen, la forma giuridica richiede la connessione *imputativa*, e non causale, di una sanzione a un'azione illecita, si potrebbe, infatti, argomentare che proprio questo è impossibile per il caso delle leggi razziali, sulla base della constatazione secondo cui l'appartenere ad una determinata razza non è intuitivamente ascrivibile ad un'azione: è appunto un fatto. Un'interpretazione di questo tipo del formalismo di Kelsen resta, comunque, controversa e la maggior parte dei commentatori, a cominciare da N. BOBBIO (*La teoria pura del diritto e i suoi critici*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», VIII/1954, pp. 356-377 [il saggio è stato poi ripubblicato in: N. BOBBIO, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1955]) sino a A. BOLAFFI (*Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del novecento*, Donzelli, Roma 2002), non segue questa via.

Deriva da qui l'uso che perlopiù si fa oggi di Kelsen, acclamato o odiato come il riferimento per antonomasia dell'eterna contesa tra la prospettiva del diritto naturale e quella del positivismo giuridico, al di là del richiamo effettivo alle sue comunque potenti argomentazioni.

## 2. L'inadeguatezza di alcuni stereotipi interpretativi

La tesi che intendiamo proporre vuole, invece, smarcarsi da questa lettura. In primo luogo perché, se si tiene conto dell'intero percorso intellettuale di Kelsen, sullo sfondo di quello dei primi decenni del Novecento – che ha portato molti giuspositivisti a pentirsi della loro impostazione, ritornando a un vago giusnaturalismo – le cose non sono così semplici.

La tesi di Kelsen che cerca di promuovere una *dottrina pura del diritto* al posto di una *concezione politica del diritto* va letta, infatti, come una risposta indiretta a quelle teorizzazioni in cui si afferma che «lo stato totale non deve conoscere alcuna *differenza* tra diritto, politica e morale»<sup>13</sup>. Per questa tesi, politica diritto e morale sono inscindibili, e l'una richiede le altre come sua ragion d'essere e condizione. Kelsen si oppone con tutte le sue forze ad una simile impostazione che trova nell'elaborazione concettuale di Adolf Hitler la sua più coerente articolazione (la citazione proposta è, infatti, di Hitler). Che cosa vuol dire questo? Vuol dire che non è possibile leggere il positivismo kelseniano secondo la prospettiva di Emil Brunner, per la quale «"lo stato totalitario è semplicemente e unicamente positivismo giuridico in forma di prassi politica"»<sup>14</sup>. Essa significa, dunque, che, per comprendere la tesi positivista kelseniana, è quanto meno fuori luogo agitare lo spettro del totalitarismo. Il totalitarismo, infatti, è intrinsecamente alieno dal positivismo, dal momento che ha, sul piano giuridico, una valenza marcatamente *contenutistica*, e dunque muove e promuove una certa idea extragiuridica della giustizia che ne fonda il *dover essere*<sup>15</sup>: un dover essere che – come osserva Hannah Arendt<sup>16</sup> – ha in spregio proprio il diritto positivo, tanto che «il regime totalitario sfida tutte le leggi positive, persino quelle che ha promulgato e che non si è curato di abrogare»<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Torino 1999, p. 542, nostro il corsivo.

<sup>14</sup> M. PATRONO, *Hans Kelsen. Storia di tre storie*, Giuffrè, Milano 2000, p. 65.

<sup>15</sup> In fondo, si potrebbe addirittura sostenere che esso rappresenta proprio una forma – per quanto corrotta – di giusnaturalismo.

<sup>16</sup> La consonanza della riflessione dei due autori ci appare, limitatamente a questa questione, indiscutibile.

<sup>17</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, p. 632. Ciò suggerisce l'idea che la negazione di un fondamento trascendente l'essere dell'uomo sia, per così dire, una condizione necessaria ma non sufficiente per l'affermarsi – o spiegare l'avvento del – totalitarismo (mi permetto di rimandare in proposito alla voce da me curata: *Totalitarismo*, in: A. GAMBA (a cura di), *Dizionario di argomenti politici, economici e sociali*, Portalupi Editore, Casale Monferrato 2005, pp. 127-134).

Quando Kelsen scrive, sempre nella citata *Prefazione*, di arrischiarsi a presentare la sua concezione giuridica «nel selvaggio strepito» di quei giorni (siamo nel periodo della “fuga” a Ginevra, nel maggio 1934), «nella speranza che una generazione più giovane, non rimanga completamente priva della fede in una libera scienza del diritto, e nella ferma convinzione che i frutti di questa non debbano andare perduti in un prossimo avvenire»<sup>18</sup>, ciò avviene proprio alla luce della volontà di liberare il diritto da pretese estrinseche, eliminando, così, il rischio del totalitarismo, perché il diritto sia diritto, la morale morale e la politica politica.<sup>19</sup> Di qui l’idea della loro reciproca autonomia e indipendenza. Se Hitler reclamava l’abolizione di ogni «*differenza* tra diritto, politica e morale», il proposito di Kelsen è l’esatto contrario: politica, diritto e morale devono essere così radicalmente *distinte* da essere anche *separate*.<sup>20</sup> Precisiamo subito che proprio questo è, a nostro avviso, il punto di maggiore debolezza della sistematica kelseniana, nell’appiattimento di *distinzione* e *separazione*, dal momento che non tutto ciò che è correttamente distinguibile sul piano razionale è anche separabile nella realtà: l’uomo – che è inscindibilmente il *soggetto* e l’*oggetto* della politica e della morale – è pur sempre un *unicum*, anche se può essere considerato ora come *cittadino* ora semplicemente come *uomo*, ma una distinzione assoluta di ambiti non esiste.<sup>21</sup> Su questa tesi torneremo, però, alla fine.

7

<sup>18</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 45.

<sup>19</sup> Nelle puntuali e condivisibili parole di M. Jestaedt: l’indipendenza del diritto dalla politica (intesa come politica in senso stretto e come morale in senso lato) permette a Kelsen di infrangere «un duplice tabù: da un lato, strappa alla sua disciplina il velo dietro al quale essa può praticare indisturbata la politica; dall’altro, sottrae agli organi che statuiscono il diritto la possibilità di sottrarsi con posticci vincoli giuridici o giuridico-scientifici alla responsabilità di prendere e giustificare delle decisioni politiche» (M. JESTAEDT, op. citata, p. 37). Resterebbe da chiedersi se questo programma di Kelsen alla fine riesca, nella misura in cui – come messo in evidenza da Celano a conclusione del suo volume *La teoria del diritto di Hans Kelsen* – la dottrina kelseniana sembra terminare aporeticamente in una giustificazione del diritto esistente, facendo in questo modo collassare il diritto sulla particolare prospettiva conservativa della giustizia che riconosce il valore dell’esistente sulla base dell’efficacia coercitiva del potere politico – una conclusione, questa, che «sarebbe certamente apparsa, a Kelsen, moralmente ripugnante», ma che «nella teoria del diritto kelseniana è inevitabile» (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna 1999 p. 384). Se questo è vero, resta certamente più appropriata allo spirito indicato da Jestaedt di una – è il caso di dirlo – *giusta* distinzione fra diritto e politica la linea indicata da Francesco Gentile, quando – proprio alla luce di una semantica giuridica del concetto di *autonomia* – scriveva: «Non è per un preconcetto mitologico né per un’opzione ideologica che Cicerone poteva affermare che “la disciplina giuridica non si ricava dagli editti del potere, come anche oggi molti ritengono, e neppure dalle Dodici Tavole, come ritenevano gli antichi, ma dai supremi principi della filosofia” (*De leg. I*, 16-17). Per questa via, calandosi filosoficamente nel profondo dell’essere umano, all’operatore giuridico di ogni tempo è dato di difendersi dalla tentazione di ridursi ad ‘enzima’ del potere e di accedere a quella che la tradizione giuridica, civile e canonica, ha definito come *Prudentia iuris*. Se amassimo inventare broccardi, saremmo tentati da uno del tipo: *Veritate non auctoritate dicitur ius*» (F. GENTILE, *Legalità giustizia giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Esi, Napoli 2008, pp. 64-65, nostro il corsivo – ringrazio il dott. A. Favaro per avermi segnalato questo passo).

<sup>20</sup> Su questo punto resta insuperata l’analisi di Viola che mostra come sia lo stesso Kelsen a non riuscire a giustificare dal punto di vista teoretico la tesi della separazione tra diritto e morale/giurisprudenza ed etica: nello stesso Kelsen, alla fine, la separazione non riesce a essere molto di più che una semplice distinzione (F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. citata, pp. 86-96, in particolare p. 89 e p. 95).

<sup>21</sup> Né si può, in modo sbrigativo, far valere la distinzione secondo cui la morale farebbe riferimento unicamente all’*uomo* mentre il diritto al *cittadino*: un’impostazione morale come quella habermasiana, incentrata sul tema del *giusto* in quanto concepito separato dalla questione, per Habermas in fondo soggettivistica, del *bene*, si opporrebbe, infatti, con cognizione a una tale considerazione.

Il punto che preme evidenziare ora è piuttosto un altro, vale a dire l'idea kelseniana secondo cui *l'indipendenza tra diritto e morale è ciò che garantisce in senso forte l'autonomia dell'uomo intesa qui nel suo significato etimologico: "auto-nomos", l'idea dell'essere legge a se stessi* e, dunque, la qualifica dell'uomo – l'unica possibile agli occhi di Kelsen – come legislatore (si vede qui la saldatura della prospettiva del senso comune sull'autonomia con la sua elaborazione filosofica). Trova spazio in questo quadro la correzione di Kelsen a Kant che scopre, sì, l'idea dell'autonomia, ma poi la smarrisce con la complessa tesi secondo cui il soggetto legislatore non è, però, colui che pone la legge. Kant, agli occhi di Kelsen, ha paura del relativismo («di carattere egli non era probabilmente un vero lottatore»<sup>22</sup>) e finisce per depotenziare completamente la sua concezione del soggetto come autonomo legislatore.

### **3. L'autonomia della morale come condizione dell'antropologia**

Ora, comprendere questa tesi di Kelsen, la tesi secondo cui *l'indipendenza tra diritto e morale è ciò che garantisce in senso forte l'autonomia dell'uomo e in fondo la stessa antropologia*, richiede un passaggio ulteriore, vale a dire *l'affermazione che anche la morale deve essere positiva: se è il diritto a dettare la morale, infatti, non c'è spazio per la morale; se è la morale a dettare al diritto i suoi contenuti, ciò lede l'autonomia del diritto; se si dice, infine, che la morale obbedisce a delle norme che non è lei stessa a porre, ma che deve solo scoprire – come nel modello della legge morale naturale tomistica in cui Kelsen individua il cuore stesso del giusnaturalismo (e il suo avversario più ostico) – essa diventa un'operazione inutile e l'uomo qualcosa di illusorio.*

---

<sup>22</sup> Si legga in proposito questo passo: «si osserverà però immediatamente come il sistema filosofico di Kant differisca alquanto dal nostro ideale. [...] La lotta che questo genio filosofico appoggiato dalla scienza sostenne contro la metafisica, lotta che gli valse l'appellativo di "distruttore di tutto", non venne da lui spinta effettivamente fino alle sue estreme conclusioni. Di carattere egli non era probabilmente un vero lottatore, ma piuttosto disposto a risolvere i conflitti mediante compromesso. [...] Per questa ragione non troviamo in lui una franca ed inequivocabile confessione di relativismo, che costituisce l'inevitabile conseguenza di ogni reale eliminazione della metafisica [...]. E ciò è ancor più evidente nella sua filosofia pratica. Proprio qui, dove è il centro della dottrina cristiana, il dualismo metafisico di questa, quello stesso dualismo che Kant aveva così persistentemente combattuto nella sua filosofia teoretica, ne ha completamente invaso il sistema. A questo punto Kant ha abbandonato il suo metodo della logica trascendentale. [...] Accade così che Kant, la cui filosofia trascendentale era eccellentemente destinata a provvedere le fondamenta di una dottrina giuridica e politica positivista, rimase, come filosofo del diritto, nel solco della tradizione giusnaturalistica. La sua *Metafisica dei costumi* può anzi essere considerata come la più perfetta espressione della dottrina classica del diritto naturale, così come si era sviluppata nei secoli XVII e XVIII sulla base del Cristianesimo protestante» (H. Kelsen, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico* (tit. orig. *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Philosophische Vorträge der Kantgesellschaft*, Charlottenburg, Berlin 1928), il testo compare come *Appendice* nel volume: H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Harvard 1945 (*Teoria generale del diritto e dello stato*, Edizioni di Comunità, Milano 1952, pp. 395-458, qui p. 458).

Questo punto è centrale: agli occhi di Kelsen togliere all'uomo la possibilità di essere legislatore, di porre delle norme, e annullare la sua capacità di *imputazione* (termine decisivo per Kelsen), rende impossibile comprendere la distinzione che esiste tra società e natura<sup>23</sup> – tra il mondo umano e quello non umano –, cosicché l'uomo stesso risulta del tutto incomprensibile, finendo per essere considerato nei termini «di un complesso di accadimenti psico-fisici sottoposti alla legge di causa ed effetto»<sup>24</sup>: è quello che Kelsen chiama, con una felice espressione, l'errore «dell'anarchismo teorico», un errore tanto frequente e che nondimeno significa lo smarrimento dell'umano.

Ma perché la morale non può che essere positiva? Percorrendo i testi kelseniani, in proposito, sono due le tesi con cui il nostro Autore si propone di mostrare il carattere illusorio di qualsiasi altra impostazione. La prima mossa consiste nel mostrare sul piano morale l'illusorietà della stessa alternativa tra "scoprire" e "porre" (le norme), un'alternativa che non si darebbe affatto, dal momento che tutto si riduce a positivismo, anche se si cerca di celare l'intervento positivo attraverso il richiamo a una *scoperta* in realtà simile al moto dello struzzo. Le norme sarebbero, invece, presupposte, ossia poste in modo nascosto. Scrive in proposito Kelsen: «il fatto che il giusnaturalismo *presupponga* in verità le norme del comportamento giusto, che sostiene invece di *dedurre* dalla natura, e le proietti sulla natura stessa, è chiaramente dimostrato dai tentativi di fondare il diritto naturale sulla natura dell'uomo»<sup>25</sup>. La natura umana, dice Kelsen, non è né chiara né univoca, ma si mostra, di fatto, come un miscuglio complesso di indicazioni in contrasto fra loro.<sup>26</sup> Ecco, però, che a questo dato di fatto, non negabile da alcuno, si affianca l'ingiustificata affermazione secondo cui alcune di queste indicazioni sarebbero naturali mentre altre innaturali. E come è possibile questo, se entrambe si "trovano" nella natura? Vale la pena qui leggere un passo di Kelsen: «poiché non si può negare che tanto l'istinto di conservazione e di amore del prossimo quanto l'istinto di autodistruzione e aggressione esistono nella natura, intesa come realtà effettiva, si giunge alla distinzione paradossale tra una natura "naturale" e una "innaturale". Questo significa, però, che il concetto di natura subisce un radicale mutamento di significato. In luogo della natura reale, della natura così com'è, subentra una natura ideale, la natura così come *deve (soll)* essere secondo il diritto naturale»<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Si finisce cioè a pensare che «la società si distingue dalla natura soltanto come l'ideologia si distingue dalla realtà» (H. KELSEN, *Lineamenti*, op. citata, p. 73).

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>25</sup> H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino 2000, p. 78.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 79-83, in particolare: p. 82.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 83.

Non è, quindi, la natura a dire come deve essere la norma, ma la norma presupposta a dire come deve essere la natura che, infatti, osserva Kelsen, non è quella reale: è «una natura ideale quella che questa teoria deduce dal diritto che essa presuppone come ideale»<sup>28</sup>. L'uomo – afferma in sostanza Kelsen – trova nella natura soltanto ciò che lui stesso vi ha messo: «soltanto noi possiamo compiere la scelta, ciascuno di noi e nessun altro, né Dio né la natura né la ragione considerata come autorità oggettiva. Ecco il vero significato dell'*autonomia della morale*»<sup>29</sup>.

La seconda tesi riguarda il cuore stesso della nostra trattazione, vale a dire l'idea secondo cui è unicamente l'autonomia della morale a poter garantire la possibilità della stessa antropologia – ed è per questo che essa deve essere difesa. Vediamo sinteticamente il ragionamento di Kelsen, per il quale se l'uomo trova nella *natura* le norme, il suo essere legislatore perde ogni significato. Ora, la tesi è importante e a ben vedere risulta un po' paradossale in Kelsen, dal momento che comporta una svalutazione della stessa prassi positiva giuridica (l'essere positivi unicamente nel diritto non sembra avere, cioè, qui agli occhi di Kelsen – non si sa quanto avvertitamente – un gran significato). Vediamo, comunque, le sue parole: «di fronte all'esistenza di un ordinamento giusto della società, intelligibile nella natura, nella ragione o nella volontà divina, *l'attività legislatrice degli uomini verrebbe a essere come insensato sforzo di illuminazione artificiale in pieno sole*»<sup>30</sup>. La facoltà legislatrice umana sarebbe, dunque, inutile, un gioco illusorio, tutto si troverebbe a essere già fatto e l'uomo, "anarchizzato", vedrebbe annullata la sua realtà.

Parliamo, dunque, di antropologia e morale autonoma in Kelsen, perché per questo Autore è solo l'autonomia della morale a poter garantire la più generale autonomia umana.<sup>31</sup> Ovviamente, l'analisi di Kelsen trova nel diritto il suo *focus*, ma il *banco di prova* della sua teoria, se non ci inganniamo, dal punto di vista filosofico verte su degli elementi che sono invece extragiuridici.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 122, nostro il corsivo. Questa tesi ha un significato attualissimo in relazione al dibattito sulle tecnologie genetiche interpellate alla speranza di eliminare la casualità dell'origine, così da ridurre sempre più l'ultimo legame dell'io trascendentale all'io empirico inteso in quanto corporeo (la tesi è stata esposta da A. Pessina in un testo non ancora pubblicato, ma di prossima uscita, dal titolo: *Per una riabilitazione della metafisica in etica* e al quale rinvio per un approfondimento del tema).

<sup>30</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in: *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 173-206, p. 178.

<sup>31</sup> Paradossalmente ciò è già un'indiretta conferma, seppur nella forma negativa (ciò che la morale e il diritto *non* devono essere) del fatto che morale e diritto non possono essere radicalmente separate, contrariamente alla tesi stessa di Kelsen.

#### 4. Assunzioni extra-giuridiche dell'impostazione kelseniana

In primo luogo l'impostazione implica una lettura *antropologica* del giuridico, per la quale il giuridico emerge *in primis* come una *qualifica dell'umano* più che dell'ambito del diritto statale. Quando Kelsen sostiene che lo specifico dell'uomo non sta nella sua struttura biologica e corporea<sup>32</sup>, ma nella sua facoltà legislatrice e nella sua capacità di imputare, con ciò *qualifica l'uomo giuridicamente*<sup>33</sup> o, il che è lo stesso, fa dell'esperienza umana un'*esperienza giuridica*.<sup>34</sup> È qui che trova spazio la tesi kelseniana, davvero affascinante, secondo cui la capacità di sanzione e la sanzione effettiva non devono essere intese solo in termini statuali né più ancora in termini meramente negativi: per Kelsen, infatti, sono sanzioni sia il premio, sia il castigo; un ringraziamento, da questo punto di vista, corrisponde a un atto antropologico qualificabile nei termini di una sanzione giuridica.<sup>35</sup>

11

---

<sup>32</sup> In questo senso Kelsen aderisce convintamente alla tesi machiana dell'insalvabilità dell'io. Questo inatteso riferimento – sarebbe tutto da riscrivere il capitolo relativo alla absburgicità di Kelsen – è stato messo in evidenza con grande chiarezza da P. ZAMPETTI nel volume *Metafisica e scienza del diritto* (Giuffrè, Milano 1956) che, così, sintetizza l'adesione kelseniana alla dissoluzione machiana della sostanzialità (anche) soggettiva: per Kelsen, «l'essere umano è solo un mero presupposto naturalistico che in quanto tale appartiene ad un campo diverso da quello giuridico»; pertanto, «si può ammettere che l'essere umano ha mero carattere di presupposto in quanto non sia la natura di questo a determinare le norme, ma invece le norme a determinare il soggetto, non già riconoscendolo come essere umano, ma come persona in senso normativo» (ivi, pp. 88-90). Questa tesi e il riferimento a Mach trovano, dunque, il loro esatto significato solo in relazione alla polemica con il diritto naturale, una polemica che rappresenta il vero punto unitario (la *sostanza logica*, potremmo dire) di tutte le incursioni filosofiche kelseniane (per un approfondimento insolito, ma allo stesso tempo significativo per il tema autonomia-indipendenza, delle tesi di Mach rimandiamo all'incisiva dissertazione dottorale di R. MUSIL, *Sulle teorie di Mach*, trad. it. di M. Montanari, Adelphi, Milano 2004). Resta da segnalare, a conclusione di questa nota, come anche l'adesione alla tesi anti-psicologista, analogamente al riferimento a Mach, si iscriva all'interno del binomio autonomia-dipendenza, anche se questa volta con piena ragione dal punto di vista teoretico: la norma giuridica è, infatti, un contenuto di senso «la cui esistenza "si rende indipendente", "diviene autonoma" – scrive Celano – dall'effettiva sussistenza dell'atto intenzionale (l'atto di volontà) dal quale ha origine [...]»: un album musicale non coincide, infatti, con il cd che si può avere tra le mani e «due copie del *Processo* [di Kafka] non sono due romanzi» (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, p. 250).

<sup>33</sup> Certo, ciò comporta che il termine "antropologia" possa essere usato qui solo come un concetto derivato, se non addirittura rarefatto, nella misura in cui espunge da sé la dimensione biologico-naturale (ancora Mach).

<sup>34</sup> Devo al lavoro di Giacomo B. Contri la comprensione di questo elemento del pensiero kelseniano (si rimanda per un approfondimento del pensiero di Kelsen a partire dal nesso con il pensiero di Freud al bel volume: G. CONTRI, *Leggi. Ambiti e ragioni dell'inconscio*, Jaca Book, Milano 1989). Ovviamente questa comprensione non elimina – ma anzi *paradossalmente* è costretta a convivere con – tutta una serie di prese di posizione kelseniane che sembrano andare in una direzione diversa (per un'indicazione delle ragioni di questa paradossale compresenza in Kelsen, relativamente al tema in questione, di motivi differenti se non contrari, rimando alla lettura della nota successiva) e a ragione Celano fa vedere che l'impostazione kelseniana richiede il diritto a causa del necessario fallimento, secondo Kelsen, della dimensione giuridica non-statale (si tratta della questione se sia *possibile fare a meno del diritto statale*, cui Celano dedica pagine particolarmente efficaci e a cui rimandiamo: B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, pp. 93-139). L'esame di questo punto non ci pare, in ogni caso, impedire di sostenere quanto qui evidenziato.

<sup>35</sup> Ciò non toglie che dal punto di vista *strettamente* giuridico, ovvero sia quello relativo all'ambito del diritto statale, la sanzione abbia, per Kelsen, esclusivamente un significato coercitivo e il diritto si configuri come una *tecnica sociale* che, come sintetizzato da Celano, ricorre alla forza per limitare l'uso della forza (B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, p. 93 e ss.).

La tesi è importante perché mostra la pertinenza umana della dimensione giuridica: il diritto, in altri termini, non è qualcosa di secondario nella vita degli uomini, né è meramente reattivo rispetto ai problemi posti dall'inevitabile convivenza di più soggettività (positivamente inevitabile, perché, come ricordava Aristotele, un uomo che visse da solo «per la sua propria natura e non per caso, o è un essere inferiore o è più che un uomo», «o è una belva o è un Dio» (*Politica*, Libro I, 1253a, 5-30).<sup>36</sup> Per capire il percorso kelseniano su questo punto risulta, in ogni caso, significativo il confronto con le tesi di Schmitt, il quale, nel delineare il concetto di *sovranità*, individua come carattere perspicuo del sovrano legislatore la capacità di porre la legge, essendone però *fuori*<sup>37</sup>:

12

<sup>36</sup> Certamente è possibile leggere questa implicazione del pensiero di Kelsen anche in un altro modo: qualificare in termini giuridici l'esperienza umana, infatti, significa, sì, come abbiamo detto, non fare del diritto qualcosa di derivato, ma significa soprattutto impedire – in questo senso perfettamente in linea con la strategia anti-giusnaturalista – che il diritto abbia istanze ulteriori a sé cui debba rispondere. Ad aver sottolineato la problematicità di questa impostazione è stato J. Habermas, il quale ne ha colto l'origine, in modo per noi rilevante, all'interno della sottolineatura kelseniana dell'*autonomia* del giuridico: «Kelsen – scrive – distacca il concetto giuridico di persona non solo dalla persona morale, ma addirittura dalla persona naturale, dal momento che – *autonomizzandosi* del tutto – un sistema giuridico deve poter funzionare con le sole finzioni concettuali da esso prodotte»; «con questo sganciamento del soggetto morale e naturale dal sistema giuridico, si renderà d'ora in avanti possibile alla dottrina giuridica concepire i diritti soggettivi in maniera puramente funzionalistica» (J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, tr. it. di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano 1996, p. 108, nostro il corsivo), sino all'esplicita teorizzazione, poi di Luhmann, secondo cui il sistema giuridico "espelle" le persone naturali dal proprio ambiente (ringrazio Paolo Gomarasca per avermi ricordato questa considerazione habermasiana). Analogamente concludeva già Viola, per il quale, poiché l'impostazione kelseniana «è tesa ad eliminare radicalmente il soggetto dalla scienza giuridica», in relazione ad essa «non si può a rigore parlare di "azioni giuridiche", non c'è un agire specificamente giuridico, né alcuna modalità giuridica dell'azione» (F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, pp. 35-36). Per quanto chi scrive comprenda, condivida e ritenga valide queste considerazioni, allo stesso tempo non riesce ad aderire ad esse in modo univoco. Il pensiero kelseniano non cessa di apparirci su questo punto controverso, forse anche oscillante; nondimeno, è proprio solo al prezzo di un tale oscillazione che è possibile parlare, come è stato fatto, di un "umanesimo kelseniano". Come scrive Goyard-Fabre, «la diatriba [di Kelsen] contro il diritto naturale in questa prospettiva, assume la sua vera dimensione: essa significa che l'uomo, nel suo carattere razionale, è, nella sua *esperienza giuridica*, l'unico legislatore; il normativismo kelseniano è in ultima analisi un *umanesimo*» (S. GOYARD-FABRE, *Kelsen e Kant. Saggi sulla dottrina pura del diritto*, trad. it., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993, p. 42, nostro il corsivo).

<sup>37</sup> Cfr. su questo i testi di G. AGAMBEN: *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita* (Einaudi, Torino 1995) e *Lo stato d'eccezione* (Bollati Boringhieri, Torino 2003), nonché il confronto tra il pensiero di Kelsen e di Schmitt proposto da M. LENOCI nel saggio *Bios e potere* sulla rivista *Medicina e Morale* (2/2009, pp. 221-237). Non va dimenticato, in ogni caso, il fatto che è stato lo stesso Kelsen ad aver contribuito alla chiamata di Schmitt a Colonia. Si veda su questo quanto scrive Losano: «l'aver contribuito alla chiamata all'Università di Colonia di Carl Schmitt è forse la prova più convincente di questa sua [di Kelsen] capacità di applicare, anche nella vita quotidiana, il relativismo rispetto ai valori. Come vedremo, non si può certo dire che nel 1933 l'altro giurista l'abbia ripagato con la stessa moneta», quando Kelsen «venne allontanato dall'Università di Colonia, nonostante la lettera di protesta inviata da tutta la facoltà al ministero: ad essa mancava soltanto la firma di Carl Schmitt» (M.G. LOSANO, *Prefazione a: H. Kelsen, Scritti autobiografici*, trad. it., op. citata, pp. 7-35, qui p. 13 e p. 16). Personalmente, per spiegare l'atteggiamento di Kelsen non farei riferimento in modo esclusivo al relativismo: Kelsen, infatti, ha sempre riconosciuto, persino nei suoi passaggi più critici (e anche in ciò differenziandosi dall'altro giurista), la dimensione scientifica delle tesi di Schmitt, ed è questo dato "oggettivo" che Kelsen ha sempre avuto l'umiltà di riconoscere e di anteporre rispetto alle più aspre divergenze di opinioni.

se il legislatore schmittiano si qualifica come agente a partire da un *vuoto di legge* (sia esso il frutto di una volontaria sospensione o di un'assenza effettiva), ciò sembra escluso dal pensiero di Kelsen – sicché viene da chiedersi quale dei due autori sia qui più distante, paradossalmente, proprio dal modello del diritto naturale.<sup>38</sup> Ma veniamo al secondo elemento extra-giuridico, che è dato dal fatto che l'impostazione kelseniana trova la sua giustificazione ultima, come abbiamo visto, in un'indagine di tipo etico, vale a dire nella dichiarazione che la morale può essere solo positiva e che, dunque, è impossibile che esista qualcosa come una legge morale naturale.<sup>39</sup> Infatti, una volta che Kelsen – dal suo punto di vista – ha vinto su questo punto, dimostrando che è sempre l'uomo a determinare il contenuto di ciò che è giusto e sbagliato (dal momento che il contenuto di ciò che chiamiamo *natura*, in realtà, è sempre una decisione del soggetto), ha vinto su tutta la linea, tanto da porre in secondo piano lo stesso tema, a prima vista fondamentale, della *Grundnorm*.<sup>40</sup> Se la morale è pura posizione, il diritto, che è a sua volta pura posizione, non ha istanze ulteriori a sé.

Così, la questione è se Kelsen sia riuscito effettivamente a conseguire quella vittoria che pensava di aver ottenuto. Per procedere con questo itinerario, dobbiamo esaminare una conseguenza che il nostro Autore ritiene sia necessario trarre dalla sua impostazione.

---

<sup>38</sup> Il rapporto tra Kelsen e il diritto naturale resta, infatti, complesso, rimanendo ambiguamente segnato da un fondo di palese attrazione (Viola parla in proposito di un Kelsen «non insensibile al tarlo del giusnaturalismo», *Il diritto come pratica sociale*, p. 34), come attestato dalle numerose prese di posizione di Kelsen nei confronti del diritto internazionale, la cui validità viene addirittura rintracciata in dipendenza di quell'antico ideale di *civitas maxima*, la cui compatibilità con un modello giuspositivistico resta tutta da dimostrare (si vedano su questo i testi: H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtlehre*, Tübingen, Mohr, 1920, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989; H. Kelsen, *Souveränität* (1962), in: H. KELSEN, A. MERKL, A. VERDROSS, *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Bd. 2, Wien, Europa Verlag und Anton Pustet, 1968; H. KELSEN, *The Essence of International Law*, in: K.W. DEUTSCH, S. HOFFMANN (a cura di), *The Relevance of International Law. Essays in Honor of Leo Gross*, Cambridge (Mass), Schenkman Publishing Company, 1968).

<sup>39</sup> Ne deriva che la lettura in qualche modo "canonica" del punto di vista di Kelsen sul sapere morale, che si limita ad individuarne l'effettivo carattere *relativistico* (e, a tal proposito, sarebbe da chiedersi se il relativismo sia una premessa o un esito), appare in qualche modo da rivedere, se non, essa stessa, bisognosa di un "sano relativismo".

<sup>40</sup> Per un approfondimento del tema della *Grundnorm* in termini storico-critici non posso non rimandare al bel saggio di A. CARRINO: *Vita e forme in Hans Kelsen* (in: H. KELSEN, *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1988, pp. 9-40), in cui si dà conto dell'evoluzione dell'approccio kelseniano al tema della *Grundnorm* da *ipotesi* e a *finzione*, in una linea compatibile con le osservazioni appena proposte (in particolare pp. 14-21 e nota 19).

## 5. La dissoluzione della *ragion pratica* e il confronto con Tommaso

La tesi kelseniana, infatti, secondo cui «la morale è *positiva* come il diritto e soltanto una morale positiva può esser presa in esame da un'etica scientifica»<sup>41</sup>, richiede una dissoluzione radicale del concetto di *ragion pratica* dal momento che Kelsen vi coglie un'ineludibile contraddizione (a parere di chi scrive si trova qui il punto più debole di tutta la teoresi kelseniana, ma, come vedremo, tale debolezza è messa in conto per la coerenza stessa del sistema). Preoccupato del fatto che la facoltà legislatrice umana possa trovarsi in balia di una ragione che riconosce i contenuti normativi iscritti nella natura umana, Kelsen dissolve, infatti, il concetto di *ragion pratica* facendo della posizione delle norme un fenomeno del puro *volere*, secondo un'impostazione in cui cade ogni distinzione tra *dover essere* e *volontà* soggettiva. Per Kelsen il concetto di *ragion pratica* è contraddittorio perché «una ragione che statuisca norme è una ragione che conosce ed al tempo stesso vuole, è cioè conoscere e volere ad un tempo», ma dove stia la contraddizione, in effetti, non è chiaro, dal momento che basta parlare di due facoltà distinte, la ragione e la volontà, per non essere angosciati da alcuna contraddizione: posto che la volontà sia libera<sup>42</sup>, essa può, infatti, non volere ciò che la ragione prescrive o suggerisce, secondo una dinamica sin troppo quotidiana nella vita degli uomini.<sup>43</sup> Kelsen, invece, procede spedito e parla del «contraddittorio concetto di *ragion pratica*»; ora, poiché tale concetto, come annota ancora, «svolge una funzione di importanza decisiva non soltanto nella teoria del diritto naturale, allorché si presenta come teoria del diritto razionale, ma anche nell'etica»<sup>44</sup>, la sua liquidazione in nome della pretesa contraddittorietà è ciò che permette a Kelsen di garantire a tutti i livelli l'affermazione del positivismo. Ma che cosa ottiene davvero Kelsen con questa impostazione?

---

<sup>41</sup> Ivi, p. 77. Riprendo e riformulo in questo paragrafo alcune osservazioni che ho già svolto nel saggio *L'io legislatore di Kelsen. Alcune annotazioni teoriche*, nel volume: M. SINA, M. LENOCI, M. PAOLINELLI (a cura di), *Ricordo di Sofia Vanni Rovighi nel centenario della nascita*, Vita e Pensiero, Milano 2009, pp. 347-360.

<sup>42</sup> Seguo qui la tesi, estremamente classica, secondo cui la libertà può essere spiegata unicamente nei termini di una *autodeterminazione della volontà rispetto ai beni particolari*: se la volontà non avesse un margine di autodeterminazione, in altri termini, non sarebbe possibile la libertà stessa.

<sup>43</sup> Come è noto, ciò presuppone che l'atto libero non sia completamente razionale: nella scelta di *un bene particolare* piuttosto vi è sempre, dunque, un elemento per quanto minimale di irrazionalità senza il quale la libertà non potrebbe essere spiegata: in che senso, infatti, un puro ragionamento potrebbe risultare libero?

<sup>44</sup> H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino 2000, p. 88.

A prescindere qui dalla paradossale equivalenza che con essa si realizza sul piano giuridico tra il *volontarismo* kelseniano e il *decisionismo* schmittiano<sup>45</sup>, sul piano morale ciò che ne consegue è l'affermazione secondo cui l'unico orizzonte possibile del positivismo morale è, non soltanto il relativismo, quanto l'arbitrarismo privo per l'appunto di ogni *ragione*. Kelsen, infatti, vaneggia una volontà del tutto slegata dalla conoscenza, giungendo a formulare nella sua ultima opera addirittura il divorzio tra logica e norma<sup>46</sup>. Perché spingersi, allora, sino a una tale affermazione, che tanto ha lasciato in confusione gli stessi seguaci kelseniani, dal momento che è del tutto evidente che, per volere "qualcosa", occorre prima averne un minimo di conoscenza?

La risposta a questa domanda ci porta a considerare più da vicino la struttura di pensiero sottesa all'impostazione tomista della legge morale naturale.

15

---

<sup>45</sup> Il positivismo kelseniano, infatti, è stato sempre interpretato come una teoria "normativista", in cui, cioè, l'autorità spetta alle norme più che a colui che le istituisce, in antitesi al modello schmittiano incentrato, invece, sul tema della *decisione* del sovrano-legislatore. Se, dunque, la contesa Kelsen-Schmitt appare, da questo punto di vista, quella tra due opposti modelli, il *normativismo* e il *decisionismo*, ciò che stiamo evidenziando mostra invece come questa rappresentazione sia in fondo inadeguata. Infatti, lo stesso Schmitt aveva ad un certo punto cercato di collocare l'impostazione kelseniana sul suo stesso terreno. Anche se in un primo momento Schmitt sostanzia la contesa, in un secondo di fatto la annulla: «mentre il normativista puro [si legga: Kelsen] pensa attraverso norme impersonali», «il decisionista [Schmitt] stabilisce il giusto diritto attraverso una decisione personale in una situazione politica correttamente conosciuta»; «mentre il normativista nella sua degenerazione fa del diritto una mera funzione di una burocrazia statale», «il decisionista si trova sempre in pericolo di fallire». Schmitt non rinnega il senso di queste parole ricche di pathos che ritiene valgano, per così dire, *ad rem*, ma il passo si conclude mostrando *ad hominem* come il caso di Kelsen sfugga in realtà a questa presentazione, dal momento che anche l'impostazione kelseniana sarebbe *decisionista*, sia pur di un decisionismo tenuto celato. Schmitt giunge a questa conclusione denunciando il carattere peculiare del positivismo di Kelsen che nasconderebbe in realtà soltanto «un *decisionismo degenerato, giuridicamente cieco, riferito alla forza normativa del fattuale invece che ad una vera decisione*», il cui carattere di verità starebbe nel riferimento a «un diritto naturale» immediatamente qualificato con indifferenza come «nazionale» (C. SCHMITT, *Teologia politica*, in: *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 2005, p. 30, nostro il corsivo), sulla base di un'allegria equazione sul piano intellettuale in grado di far tremare dal punto di vista politico, storico e culturale. Nondimeno, al di là del carattere marcatamente ideologico dell'argomentazione schmittiana, e dunque in sé da rigettare, la sua conclusione resta valida e la divergenza tra i due grandi giuristi del Novecento tende a sfumare. Sono, infatti, i presupposti filosofici stessi (o le condizioni filosofiche, questo qui non importa) di Kelsen a motivare una tale conclusione, dal momento che essi mettono, come abbiamo visto, l'uomo – o per meglio dire: la sua volontà – in primo piano non solo sul piano morale ma anche su quello giuridico, abolendo ogni riferimento della facoltà legislatrice alla dimensione razionale, sicché non si vede in che cosa questo positivismo differisca dal decisionismo (in altri termini: la differenza sta solo nei contenuti: convinto democratico Kelsen, un po' meno Schmitt). Il rapporto tra Schmitt e il decisionismo resta, nondimeno, controverso, suggerendo addirittura l'opportunità di una lettura di tipo psicoanalitico, se si prende sul serio quanto egli stesso ebbe in seguito a dire di sé: «che io abbia acquistato fama con l'essere decisionista mi risulta in verità *incomprensibile*. Penso che si debba avere una *così grande distanza per la gioia della decisione in quanto tale, come la ho io, per sviluppare una teoria del decisionismo*. Il tipico decisionista che si decide con entusiasmo non svilupperà mai una filosofia o una teologia o una teoria del decisionismo. Per quel che mi riguarda, non ricordo alcuna decisione del genere» (*Carl Schmitt. A colloquio*, a cura di G. GIANNINI, Guida, Napoli 2005, p. 29).

<sup>46</sup> Cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Im Auftrag des Hans-Kelsen-Instituts aus dem Nachlass herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1979 (*Teoria generale delle norme*, trad. it. M. Torre, Einaudi, Torino 1985).

Come Kelsen sa bene, nell'impostazione tomista la norma dipende dal riconoscimento – ossia anche da un atto di tipo conoscitivo – dei contenuti iscritti nella natura umana: le inclinazioni naturali. Ed è proprio per questa ragione che Kelsen richiede la dissoluzione del concetto di ragion pratica, in modo che la posizione delle norme sia resa indipendente dal problema di dover assecondare criteri "già codificati"; in altri termini: poiché, se la facoltà legislatrice appartiene alla ragione, essa risulta subordinata alla conoscenza di contenuti dati, occorre sganciare, rendere indipendente, la facoltà legislatrice dalla ragione e farne un'espressione del semplice volere. La strategia è chiara, ma il prezzo pagato da Kelsen è molto alto: come già si è detto, non si può volere, infatti, senza conoscere ciò che si vuole.

Kelsen insiste, però, nell'argomento e propone una nuova giustificazione della sua tesi per cui il *sollen* può essere in fondo solo *wollen*, una tesi diversa dalla pretesa contraddittorietà del concetto di ragion pratica. E questa volta la sua considerazione è decisamente significativa e teoreticamente rilevante (tutto questo intervento sta a testimoniare quanto sarebbe assurda una possibile dimenticanza di Kelsen<sup>47</sup>).

Quando Kelsen scrive: «noi definiamo ragione la funzione conoscitiva dell'uomo. Però, la statuizione di norme, la legislazione, non è una funzione conoscitiva», argomenta l'affermazione come segue: «con la statuizione di una norma non si conosce [infatti] com'è un certo oggetto *già dato*, ma si richiede qualcosa che *deve essere*. In questo senso la statuizione di una norma è una funzione del volere, non del conoscere»<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Di questo avviso è anche F. D'Agostino quando considera l'obiezione di Kelsen alla tesi secondo cui la giustizia consista nel "dare a ciascuno il suo". Scrive D'Agostino, ricordando come per il giurista praghese tale impostazione si risolva in fondo in una vuota tautologia, che, se «Kelsen dà una lettura *formalistica* del principio di giustizia», ciò avviene però sulla base di un'obiezione che, se opportunamente pensata, è in grado di eliminare una possibile ambiguità: «l'autentica valenza del *suum cuique* non è però logica (*in questo senso la critica kelseniana sarebbe fondata*), bensì ontologica» (F. D'AGOSTINO, *Giustizia. Elementi per una teoria*, San Paolo, Milano 2006, p. 12, nostro il corsivo), il che significa che essa *dipende*, in fondo, dal nesso con l'antropologia. Sarebbe interessante legare questa considerazione a una tesi precedentemente espressa da D'Agostino, secondo cui, «pur avendo nello *jus* lo stesso oggetto di studio, la *Filosofia del diritto*, diversamente dalla *Teoria generale del diritto*, assume una prospettiva antropologica per elaborare i propri concetti: la teoria vuole *descrivere* il fenomeno "diritto", la filosofia vuole *coglierne il senso*. La teoria riflettendo sul diritto incontra la norma, la filosofia incontra il senso della norma e cioè la *giustizia*» (ivi, p. 9). Questa distinzione, infatti, così puntuale, permette di cogliere la paradossalità del caso di Kelsen: nel qualificare l'esperienza umana in quanto giuridica Kelsen cerca, infatti, proprio di *cogliere* – o almeno a noi così pare – *il senso* del diritto, e abbiamo visto, sia pure nei rapidi riferimenti proposti, quanta filosofia vi sia nelle pagine di Kelsen; nello stesso tempo, però, egli fa in modo che del diritto non si possa che parlare in termini *descrittivi*, annullando in questo modo esattamente la possibilità di ciò che D'Agostino chiama *filosofia del diritto*, una volta che questa sia semantizzata in relazione al problema della *valutazione* del diritto stesso. Questo punto è davvero importante; a parere di chi scrive, il pensiero di Kelsen non sarebbe, infatti, problematico se questi si limitasse a collocarsi in uno dei due bracci dell'alternativa sopra delineata e il suo pensiero fosse semplicemente una *descrizione* del diritto, arricchita di elementi antropologici: ad altri il compito che Kelsen non ha scelto per sé, si potrebbe dire. La tesi di Kelsen è, invece, ben più forte e afferma, andando con ciò ben oltre la *descrizione*, che del diritto si può parlare *solo* in termini descrittivi, tanto che qui si possono ripetere le efficaci parole di Losano, nella sua introduzione all'edizione italiana de *Il problema della giustizia*, secondo cui quella di Kelsen è una impostazione che alla fine «*prescrive* di *descrivere*».

<sup>48</sup> H. KELSEN, *Il problema della giustizia*, pp. 87-88.

Kelsen è attento qui a rispettare la legge di Hume<sup>49</sup>: la legge morale indica qualcosa che non è già, e che per questo appunto *deve essere*, di qui la citata conclusione secondo cui, il *dover essere*, non essendo già, non può essere conosciuto, ma solo voluto. Ebbene, questa tesi demolisce l'impostazione tomista della legge morale naturale cui Kelsen tanto si dedica con notevole acribia e forse per questo anche implicita ammirazione<sup>50</sup>?

A parere di chi scrive la risposta è negativa, dal momento che, anche argomentata in questo modo, la conclusione resta falsa; per Tommaso la norma indica, sì, un *dover essere* – come per Kelsen – ma ciononostante non sfugge alle prese della ragione e più generalmente della dimensione conoscitiva. Come sia possibile parlare in termini conoscitivi di qualcosa che non è già, ma che, appunto, deve essere – Tommaso parla in questi termini del valore, facendo della norma semplicemente la via che conduce alla sua realizzazione – lo mostra un'analogia piuttosto banale. Infatti, per fare degli esempi, noi facciamo abitualmente previsioni in merito a ciò che accadrà a un certo uomo, se per esempio mangia troppo, o a una pianta, se non viene innaffiata per lungo tempo – il che, come è stato notato<sup>51</sup>, rivela quanto spesso ci serviamo, senza alcuna mancanza di rigore, nel nostro linguaggio di proposizioni informative in cui parliamo non di ciò che è ma di ciò che *dovrà essere* (il fatto che dovremo comprare una nuova pianta per il nostro balcone, per restare nell'esempio).

---

<sup>49</sup> Come è noto, Kelsen su questo punto è particolarmente accorto, se non addirittura puntiglioso: da un lato, la distinzione tra essere e dover essere è la stessa distinzione che intercorre tra le fondamentali coppie kelseniane *causalità e imputazione, natura e società*, dall'altro, è all'origine di una delle elaborazioni più complesse della concezione giuridica kelseniana, vale a dire la nozione di *Rechtssatz, o regola giuridica in senso descrittivo*, relativa «alla forma logica degli asserti mediante i quali lo scienziato del diritto descrive il proprio oggetto» (B. CELANO, op. citata, p. 181). In altri termini, quando il giurista si riferisce alle norme, lo fa nei termini della *descrizione* (la famosa "prescrizione di descrivere" di cui parla Losano), la quale rimanda per sua natura alla sfera dell'essere, laddove però l'oggetto descritto si presenta come *dover essere*, di qui l'ingegnosa tesi kelseniana che parla di proposizioni relative al dover essere di tipo descrittivo. Ora, anche se qui apparentemente i conti tornano, in realtà sembra possibile mostrare come proprio la legittimità, sancita da Kelsen, di parlare in termini descrittivi del *dover essere* costituisca uno straordinario argomento polemico contro la tesi, sostenuta in sede filosofica dallo stesso giurista praghese, del *non cognitivismo etico*: gli enunciati descrittivi, infatti, non cadono sotto la scure emotivista.

<sup>50</sup> In *Diritto naturale senza fondamento* Kelsen, infatti, si spinge addirittura ad affermare che l'unico giusnaturalismo rigoroso e degno di questo nome è quello tomista, dal momento che solo nella filosofia di Tommaso trova pieno significato l'affermazione secondo cui esiste un'immanenza del *dover-essere* nell'essere, senza la quale ogni idea di legge morale naturale e di diritto naturale cade sotto il peso di un'inconsistente catena di rimandi presupposti (Cfr. H. KELSEN, *Die Grundlage der Naturrechtslehre*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», XIII/1963, pp. 1-37 (*Diritto naturale senza fondamento*, trad. di Angelo Bolaffi, «MicroMega», 2/2001, pp. 116-155).

<sup>51</sup> Si veda per un'analisi dettagliata di questa tesi il testo di A. PESSINA: *Linee per una fondazione filosofica del sapere morale* (in: Pontificia Accademia Pro Vita, *Identità e statuto dell'embrione umano*, Libreria Editrice Vaticana, pp. 210-236, in particolare p. 221).

Se, dunque, anche il *dover essere* – come spiega l'analogia – può essere oggetto di conoscenza, proprio qui è possibile comprendere la ragione del nesso per cui Tommaso lega, pur nella specifica differenza di ambiti, l'etica al riconoscimento delle indicazioni presenti nell'antropologia.<sup>52</sup>

Il riferimento di Tommaso alle inclinazioni naturali appare, in questa prospettiva, molto semplice e significa solo che, per capire quale sia il bene dell'uomo, occorre prendere in esame l'esperienza umana – un'esperienza che presenta alcuni tratti effettivamente permanenti (quelli che ci permettono di riconoscerci nelle vicende di uomini vissuti prima di noi, e di leggere autori come Musil, Shakespeare o Omero, ecc., non avvertendo in alcun modo la distanza temporale che ci separa dalle loro più o meno distanti epoche storiche) e altri assolutamente peculiari che sono però – gli uni e gli altri – per ciascuno sempre una scoperta personale. Basti questa annotazione per mostrare l'impossibilità di liquidare come statica e filosoficamente paralizzante la questione della natura umana.

L'impostazione di Tommaso sembra da questo punto di vista più consistente di quella kelseniana precipitata nell'arbitrarsimo di una volontà legislatrice che *si scopre senza ragioni per la sua pretesa indipendenza dalla ragione*. C'è un punto, però, in cui l'impostazione tomista sembra cadere sotto il peso dei colpi infertigli dall'analisi di Kelsen: ci riferiamo alla sua analisi delle inclinazioni naturali cui già abbiamo accennato.

In estrema sintesi, il problema di Kelsen è così formulabile: come è possibile indicare nella *natura*, come fa Tommaso, il criterio cui la libertà del soggetto è chiamata ad adeguarsi, se siamo noi a stabilire la naturalità e l'innaturalità delle inclinazioni, pur essendo le une e le altre presenti a pari titolo nella natura umana? E ancora: Tommaso vuole che le norme della legge naturale seguano l'ordine delle inclinazioni naturali. Ma Kelsen ribatte che l'ordine di cui parla Tommaso non risulta affatto. Anzi, la natura umana è confusa, gli uomini hanno comportamenti diversi e scelgono cose differenti.

---

<sup>52</sup> Si tratta dell'estremamente dibattuto passo in cui Tommaso nella *Summa* spiega che «il principio primo della ragion pratica si fonda sulla nozione di bene, essendo il bene ciò che tutti gli esseri desiderano. Ecco, dunque, il primo precetto della legge: il bene è da farsi e da cercarsi, il male è da evitarsi. E su di questo sono fondati tutti gli altri precetti della legge naturale. [...] *Ma tutte le cose verso le quali l'uomo ha un'inclinazione naturale la ragione le apprende come buone.* [...] Perciò l'ordine dei precetti della legge naturale segue l'ordine delle inclinazioni naturali» (*Summa theol.*, Ia-IIae, q. 94, art. 2, nostro il corsivo).

Dove sta questo ordine allora? Non si tratta, qui, ancora una volta del riferimento a un ordine progettuale *ideale*? E questo ordine ideale non finisce per sostituire il dis-ordine reale, per di più senza che di ciò vi sia esplicita consapevolezza<sup>53</sup>?

Il problema posto qui da Kelsen è, a ben vedere, ineludibile e sembra, per così dire, portare acqua al mulino di quella *autonome Moral* citata all'inizio. Per quanto non risulti a chi scrive una connessione diretta tra la scuola tedesca dell'*autonome Moral* e Kelsen, sembra, anzi, che non sia possibile, dopo Kelsen, alcun riferimento a Tommaso che non ne riconfiguri la riflessione secondo il percorso effettivamente proposto dai pensatori dell'*autonome Moral*. Questa riconfigurazione si troverebbe, così, già articolata sulla base di quanto elaborato da autori come Böckle e Merks, per i quali, se è vero che «la formula tomista *vivere secundum rationem* non esclude un orientamento contenutistico dell'agire razionale in base alla natura umana»<sup>54</sup>, non si deve dimenticare che «la conoscenza del bene e del male, come il giudizio in proposito, non vengono per metà dalla ragione e per metà dalle inclinazioni, ma formano un tutto integrato attraverso la ragione»<sup>55</sup>. Per quanto questo ruolo positivo della ragione sia incompatibile con l'impostazione kelseniana, la lettura autonomista di Tommaso le è teoreticamente affine per la conclusione nel segno del *positivismo* – con la differenza secondo cui il riferimento a Tommaso, ossia alle inclinazioni, vorrebbe escludere ogni esito relativistico. Scongiurato questo pericolo, resta in ogni caso che le inclinazioni naturali «hanno la necessità di una guida e di una conduzione, come un cavallo cieco»<sup>56</sup>, sino alla tesi per cui «la conoscenza sia del compito di legiferazione in quanto tale, sia del significato dei beni per un'ordinata convivenza tra gli uomini poggia su *un'attività creatrice* [...]»<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Certo, si potrebbe rispondere che gli uomini sono effettivamente diversi, ma che la maggioranza delle persone si comporta tutta più o meno allo stesso modo sicché è qui che va cercata la natura umana. Anche a questa risposta, Kelsen ha, però, pronta un'obiezione. In primo luogo, il fatto che è un argomento diverso da quello giusnaturalista – è l'argomento che attribuisce valore a ciò che è maggiormente diffuso in termini statistici. In secondo luogo tale argomento non smentisce l'impianto positivisticò, ma anzi lo richiede: si decide, per l'appunto, di ritenere normativo – e in questo senso naturale – il comportamento maggiormente praticato; anche questo, però, è un atto di tipo positivo, che ha inoltre il difetto di restare taciuto e di essere per questo anche incontrollato. Kelsen qui ha pienamente ragione. Non è possibile infatti confondere il naturale con ciò che è statisticamente diffuso, ma l'impostazione tomista, che chiama normale – nel senso di consueto – ciò che è maggiormente praticato all'interno di una comunità, lascia aperta, appunto, la possibilità che si dia qualcosa di normale ma di non naturale e in questo senso di non buono: in una determinata società, per fare un esempio, potrebbe essere normale fornire l'assistenza sanitaria ordinaria solo a persone dotate di un elevato reddito e ciononostante (il punto anzi è proprio questo!) una tale prassi potrebbe essere definita sbagliata moralmente.

<sup>54</sup> F. BÖCKLE, *Morale fondamentale*, trad. it., Queriniana, Brescia 1979, p. 213.

<sup>55</sup> K. W. MERKS, *Naturrecht als Personrecht? Überlegungen zu einer Relektüre der Naturrechtslehre des Thomas von Aquin*, in: M. HEINBACH-STEINS (a cura di), *Naturrecht im ethischen Diskurs*, Aschendorf, Münster 1990, pp. 28-46, qui p. 39.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>57</sup> F. BÖCKLE, *Morale fondamentale*, p. 73.

La domanda teoretica, a questo punto, è se questo esito – dal significato in fondo anti-metafisico<sup>58</sup> – sia inevitabile. È questa l'eredità che Kelsen consegna a chi ne colga lo spessore critico rispetto alle inclinazioni naturali e necessariamente ne rifiuti, non potendo intellettualmente fare altro, la dissoluzione del concetto di ragion pratica?

## 6. L'eredità di Kelsen

Non pare che sia così. È vero, infatti, che se in Tommaso la ragione ha un compito ordinativo rispetto alle inclinazioni naturali (l'ordine delle inclinazioni, in altri termini, non risulta già dato ma deve appunto essere istituito dalla ragione<sup>59</sup>), ciò non implica in alcun modo la prospettiva creazionistica – vale a dire positivista – teorizzata da Merks. La questione del ruolo della ragione è più semplice, tanto che permette anzi di chiarire il perché del riferimento a Tommaso, al di là dei pur significativi omaggi alle grandi personalità filosofiche, quando questi non ricadono, in modo incompatibile con la *ratio* stessa della filosofia, nel grande calderone del "principio di autorità". Il ruolo della ragione, si diceva, è in fondo molto semplice ed emerge perché, come un rapido esame della fenomenologia della vita morale permette di evidenziare, il problema morale si pone proprio in relazione a possibilità alternative che in qualche modo devono pure avere delle ragioni di bontà per rientrare nel novero delle scelte. Ogni scelta, infatti, ha alle spalle dei motivi e trova la sua giustificazione in una determinata *gerarchia dei beni* con cui si stabiliscono delle priorità. Nella maggior parte dei casi, inoltre, non risulta evidente che cosa sia bene fare, proprio perché esistono valide ragioni a sostegno di ognuna delle diverse opzioni in gioco. Non si sceglie mai semplicemente tra due opzioni (fossero anche l'agire o il non agire), dal momento che entrambe risultano iscritte in una trama preesistente di rapporti e relazioni, a cui esse danno ulteriore avvio (per fare un'analogia esemplificante si può immaginare il caso della scelta di uno studente fra due diverse facoltà universitarie: qui è evidente che non si tratta solo di scegliere tra due opzioni, ma

---

<sup>58</sup> Il paragone delle inclinazioni con il cavallo cieco esclude, infatti, l'affermazione di una possibilità di finalizzazione metafisica delle inclinazioni. Per un approfondimento di questo punto mi permetto di rimandare al mio: *L'autonomia come dipendenza* nel capitolo esplicitamente dedicato alla scuola tedesca dell'*autonome Moral*.

<sup>59</sup> Ho già esaminato questo punto nel citato saggio *L'io legislatore di Kelsen*, a cui rimando anche per la ricusazione della contraddittoria pariteticità – asserita da Kelsen – dell'inclinazione al suicidio e alla conservazione di sé, rispetto a cui risulta ineludibile chiedersi se esista davvero una tendenza al suicidio, dal momento che questa sembra essere, piuttosto, il desiderio di uscire da una situazione che affligge il soggetto (sulla base del motto pascaliano: "anche chi va a impiccarsi desidera essere felice" che conferma, per l'appunto, l'ineliminabile originarietà della determinazione ontologica alla conservazione di sé).

fra tutto ciò che è loro connesso: vicinanza/lontananza da casa; entità delle tasse universitarie; prospettive lavorative ed economiche; prestigio sociale, ecc.<sup>60</sup>): scegliere significa, dunque, istituire delle priorità, ritenere, a torto o a ragione, che certi beni valgano più di altri.

Emerge qui il punto di debolezza critico della posizione kelseniana. Se quanto abbiamo detto a proposito del carattere della scelta morale è vero – ossia il fatto che essa delinea sempre una concreta gerarchia tra i beni in gioco in una determinata situazione –, ciò significa che la *dimensione razionale* dell'etica è *ineliminabile* e che il concetto di *ragion pratica* non può essere dismesso<sup>61</sup>: nello strutturare gerarchie dei beni, come giustamente mette in evidenza Scheler, occorre, infatti, evitare che si compiano sacrifici a vuoto, sacrificando beni che invece non possiamo mancare (proprio seguendo Kelsen è possibile riconoscere, infatti, nel sacrificio un atto "positivo").

---

<sup>60</sup> Ritengo che ad aver messo in evidenza nel modo migliore questo aspetto sia stata Hannah Arendt a partire dalla sua insistenza a proposito del carattere processuale dell'azione, caratterizzata dal prezzo dell'imprevedibilità, e dalla tesi secondo cui chi agisce non sa mai sino in fondo che cosa sta facendo. Che cosa significa, infatti, dare inizio a qualcosa? Iniziare, risponde la filosofa tedesca, significa aggiungere «il nostro filo a un intreccio di relazioni, e che ne sarà di esso non ci è dato saperlo. Siamo tutti avvezzi a dire: Signore, perdonali, perché non sanno quello che fanno. Ciò vale per ogni azione. Le cose stanno così: semplicemente non possiamo sapere» (H. ARENDT, *"Che cosa resta? Resta la lingua". Una conversazione con Günter Gaus*, pp. 1-24, qui pp. 23-24, in: P. COSTA [a cura di], *Hannah Arendt. Antologia. Pensiero, azione e critica nell'epoca dei totalitarismi*, Feltrinelli, Milano 2006). Anche se non è questo il luogo, non possiamo non far notare come vi sia nell'impostazione arendtiana il rischio di un'implicita dissoluzione delle idee stesse di "morale" e "responsabilità", per quanto sia proprio in una difesa di queste ultime che l'autrice ha consumato tutte le sue ultime energie intellettuali: in che senso, infatti, appartiene all'ordine delle considerazioni filosofico-morali la tesi secondo cui ciascuno è colpevole di tutte le conseguenze delle sue azioni, persino, se non soprattutto, di quelle che non conosceva e che mai aveva inteso provocare?

<sup>61</sup> Kelsen, in effetti, non ignora che il problema morale – nel senso lato precisato in precedenza – riguarda la gerarchia dei beni, tema cui per altro dedica un intero paragrafo del suo testo *Was ist Gerechtigkeit?* (Franz Deuticke, Wien 1953; trad. it.: *Che cos'è la giustizia?* Appendice a: *Id., Essenza e valore della democrazia*, Il Mulino, Bologna 1966, pp. 390-433, in particolare pp. 398-401; il testo fa parte anche della raccolta antologica curata da O. WEINBERGER, *H. Kelsen. Essays in Legal and Moral Philosophy*, Reidel, Dordrecht-Boston 1973, pp. 1-27) per sostenere la tesi esattamente contraria a quella da noi proposta, ossia che è proprio il problema della gerarchia dei beni ad escludere il ruolo della ragione. Kelsen, che per altro avanza tra gli altri un esempio davvero interessante (quello se il medico debba dire o meno la verità al paziente di fronte a una diagnosi infausta), ritiene, infatti, che la gerarchia dei beni non possa che essere strutturata sulla base di preferenze soggettive di natura emozionale, sostanziando, però, questa tesi con delle argomentazioni che dal punto di vista teoretico si rivelano insufficienti. In primo luogo, Kelsen afferma, infatti, che, se è vero che il fine giustifica i mezzi, la ragione non è in grado di giustificare il fine, non vedendo come un tale argomento non possa che essere un *boomerang* per la sua impostazione, dal momento che mostra indirettamente come la ragione, almeno per quanto riguarda la connessione mezzi-fini, è dotata di capacità pratica, vale a dire proprio la tesi che Kelsen intenderebbe escludere. In secondo luogo, Kelsen vorrebbe sostanziare il suo non cognitivismo etico, mostrando come i beni implicati in una determinata situazione (ad es. quella sopracitata del medico che si interroga se deve dire o meno la verità al paziente) siano ordinabili diversamente a seconda che si adotti un modello morale piuttosto che un altro. Il fatto che ci siano diversi modelli, però, *da solo* non esclude la capacità *pratica* della ragione, per la stessa ragione per cui il fatto che si diano diversi modelli interpretativi dello stesso giuspositivismo non impedisce che si possa fare di esso una trattazione scientifica, ossia razionale. Il non cognitivismo etico kelseniano è, in sostanza, più il frutto di una presupposizione che l'esito di una coerente dimostrazione.

Chiariti gli "errori" di Kelsen, allora, che cosa rimane? Restano delle osservazioni molto pregnanti. Su questo punto sembra essere possibile, infatti, tenendo presenti le obiezioni di Kelsen, andare oltre Kelsen stesso e nello stesso tempo cogliere l'elemento di verità delle sue considerazioni. In primo luogo, perché le sue obiezioni sottolineano l'importanza di non intendere – come pure è stato fatto – la ragion pratica tomistica come un *puro organo copiativo* (per usare un'efficace espressione) di ciò che si troverebbe già codificato nella natura. Rovesciando il senso dell'accusa, si può sostenere che l'individuazione delle norme richiede un'esaltazione della ragione e non una sua liquidazione. È proprio il modo con cui Kelsen legge Tommaso, inoltre, a permettere di evidenziare sino a che punto nell'impostazione tomista il soggetto sia attivo e "creativo" nella vita morale. Se non è l'uomo a stabilire il valore oggettivo di un determinato bene, è solo lui che può decidere, attraverso la gerarchia dei beni, che posto deve avere il bene in questione nella sua vita – realizzando ciò che, in un altro contesto, Scheler chiama con un'efficace espressione, dal significato tutt'altro che relativistico, *bene in sé per me*<sup>62</sup>.

La creatività del soggetto nella determinazione di ciò che è normativo nella complessità della esistenza umana, infatti, non dà luogo di per sé ad alcuna forma di arbitrarietà (come voluto dall'accusa di Kelsen), dal momento che il ragionamento cerca ragioni e propone ragioni, trovando in esse la sua legittimità. Così, il valore del "vivere in società" (cui fa riferimento la terza inclinazione tomista) si basa sul rifiuto della normatività – salvo casi o addirittura epoche eccezionali – dell'immagine patrimonialista del soggetto dei moderni *diritti naturali*, basati, come scrive Viola, su «una concezione antropologica del soggetto come *potere*»<sup>63</sup>, inteso come un «mondo chiuso in se stesso, che trova nel principio di auto-conservazione la sua chiave di lettura»<sup>64</sup>, glorificando un *io* che non è che «un soggetto separato, murato, schermato»<sup>65</sup>, in cui l'altro è pensato unicamente come pericolo della propria consistenza. Come già osservava Marx rispetto alla società civile, non è, infatti, un destino ineluttabile che «ogni uomo rinvenga nell'altro uomo non la realizzazione ma piuttosto il limite della propria libertà»<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> L'ordine delle inclinazioni di cui parla Tommaso sfugge, poi, persino alla logica della regola e dell'eccezione, a cui tanto ci si appella nel linguaggio comune. Per fare l'esempio classico, Tommaso riconosce – a seguito della determinazione ontologica al vivere in società con verità – il dovere di pagare le tasse o di restituire i prestiti, individuando però dei casi in cui fare l'una cosa e l'altra non solo non sarebbe bene, ma sarebbe addirittura male, perché comporterebbe la lesione di un bene più grande. Lo ripetiamo: è un ragionamento a riconoscere ciò che è normativo a livello dei "fatti" che riguardano l'uomo

<sup>63</sup> F. VIOLA, *I diritti umani sono naturali?*, in: F. BOTTURI (a cura di), *Natura in etica, Annuario di etica*, 6/2009, pp. 69-92, in particolare questo punto da p. 72.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> K. MARX, *Sulla questione ebraica*, trad. it., Bompiani, Milano 2007, p. 141.

L'ordine delle inclinazione deve, dunque, essere configurato attraverso la ragione, prendendo per altro sul serio lo

scomodo<sup>67</sup> dato della dinamicità dell'uomo, che come ogni altro ente – ma con quella libera consapevolezza che sola gli è peculiare – ha in sé un dover essere da attuare.<sup>68</sup>

Le obiezioni di Kelsen, se opportunamente pensate, risultano, così, preziose per comprendere la filosofia e la vita morale. In sintesi, ciò che la lettura di Kelsen permette di intendere, andando oltre i suoi scopi, è la necessità di evitare un doppio errore, quello che si realizza:

- a. eliminando qualsiasi ruolo della ragion pratica, quando essa viene ridotta alla funzione di un puro organo copiativo di un ordine già codificato e pensato un volta per tutte, senza possibilità di novità;
- b. sganciando la ragion pratica dal suo terreno naturale (l'antropologia), in un'impostazione in cui essa si erge possente come una mano forte e ampia a cui mancano però degli oggetti da poter prendere e forgiare.

Questi errori, che si ritrovano in molte letture di Tommaso, compaiono in Kelsen nella misura in cui questi dichiara *contraddittorio* il concetto di ragion pratica e rovescia il rapporto tra morale e antropologia, facendo della prima la condizione stessa dell'esserci del soggetto legislatore in quanto *indipendente* da ogni condizionamento naturale. L'arbitrarismo kelseniano deriva, insomma, dalla pretesa di indipendenza con cui ha voluto configurare la sua analisi del soggetto legislatore.

Il percorso tomistico risulta da questo punto di vista completamente diverso. In esso la ragion pratica conserva una strutturale dimensione di *creatività* tanto nella scoperta del dover essere quanto nella promulgazione della gerarchia dei beni. Essa ha, così, un compito legislativo, senza avere una natura intrinsecamente legislatrice<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> Scomodo, perché la dinamicità rimanda alla progettualità dell'uomo, laddove il realizzarsi di tale progettualità non è, però, sin troppo evidentemente nelle mani dell'uomo.

<sup>68</sup> Su questo punto della dinamicità è possibile cogliere l'equivoco della cosiddetta *legge di Hume*. L'argomento di Hume, invece che costituire la liquidazione di ogni pretesa etica cognitivista, è infatti un prezioso alleato per essa, nella misura in cui ammonisce a non confondere le proposizioni descrittive con le proposizioni normative, a non dare, cioè, già risolto il problema della valutazione morale a livello della pura descrizione. E in questo senso sostiene la causa cognitivista, perché mostra il carattere inevitabilmente *normativo* dell'etica e la sua irriducibilità a una pura *sociologia dei costumi*. Nello stesso tempo, però, esso dà luogo anche ad un palese equivoco addirittura *ontologico* nella misura in cui si intendesse l'argomento humeano come comportante una comprensione *fattuale* dell'essere degli enti, vale a dire in termini *statici*: ogni ente, infatti, è in sé dinamico, ha cioè un *dover essere* intrinseco alla base del suo mutamento (come si vede qui il problema esula dalla morale, è appunto di tipo ontologico). Ora, che cosa comporta l'affermazione dell'immanenza del dover essere nell'essere nel caso dell'uomo? La risposta a questa domanda attiene immediatamente alla morale, dal momento che nell'uomo si dà, appunto, un problema morale in ragione del fatto che l'attuazione del dover essere iscritto nel suo essere – nella sua natura – è, per gran parte, affidata alla libertà.

<sup>69</sup> Riprendo questa tesi da un'affermazione contenuta nella già citata relazione di A. PESSINA dal titolo: *Per una riabilitazione della metafisica in etica*. La ragione non è intrinsecamente legislatrice perché ha come compito fondamentale il riferimento alla verità – anche qui emerge il nesso inevitabile dell'etica con l'antropologia e la metafisica.

Non trova le norme già fatte nella natura, anche se è a quest'ultima che rivolge la sua indagine e energia conoscitiva. La forza e la creatività della ragion pratica discendono, così, dal suo *dipendere* dai contenuti della condizione umana. Per questo non ha senso, in proposito, desiderare alcuna emancipazione. La ricerca dell'indipendenza della morale dall'antropologia assomiglia, infatti, a qualcosa di ridicolo, se non di tragico, come accadrebbe ad un pittore che volesse essere così indipendente da ogni condizionamento proveniente dal suo contesto (e ciò non significa che molti condizionamenti siano davvero lesivi della libertà) da non avere nemmeno più a disposizione dei colori.

L'errore di Kelsen è, allora, in fondo quello del senso comune che confonde autonomia e indipendenza. Nel cercare di difendere strenuamente la facoltà legislatrice umana, Kelsen l'ha perduta, condannandola, come abbiamo visto, a essere *senza ragioni per la sua pretesa indipendenza dalla ragione*. Ma l'essere legge a se stessi non equivale alla negazione di ogni dipendenza, e la *distinzione* fra diritto, morale e antropologia non comporta, in sé, l'affermazione della loro *separazione* – come anche Tommaso sapeva bene. Il riferimento a quest'ultimo non rappresenta, allora, un modo per ripararsi all'ombrello dell'autorità, ma va pensato come il riconoscimento di un'eredità intellettuale – alla quale, come visto, lo stesso Kelsen può notevolmente contribuire – in cui ci si scopre più liberi nel pensare. Resta da notare che una tale *libertà* la si ottiene per l'appunto anche *dipendendo* da qualcosa che altri, e non noi immediatamente, hanno pensato e pensato bene.