



**TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO**

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL  
ISSN: 2036-2528

Stefano Colloca

## **La rivoluzione copernicana di Kelsen e il diritto privato**

**Numero XIII Anno 2020**

*[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)*

Proprietario e Direttore responsabile  
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciungio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

## La rivoluzione copernicana di Kelsen e il diritto privato

*Esergo*

«Per una volta si tenti dunque se nei problemi della metafisica possiamo procedere meglio, ritenendo che gli oggetti debbano conformarsi alla nostra conoscenza... La situazione al riguardo è la stessa che si è presentata con i primi pensieri di Copernico: costui, poiché la spiegazione dei movimenti celesti non procedeva in modo soddisfacente, sino a che egli sosteneva che tutto quanto l'ordinamento delle stelle ruotasse attorno allo spettatore, cercò se la cosa non potesse riuscire meglio quando egli facesse ruotare lo spettatore e facesse per contro star ferme le stelle».

I. Kant, *Prefazione* alla seconda edizione della *Critica della ragione pura* [1787]

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. Filosofia trascendentale e rivoluzione copernicana del diritto in Hans Kelsen – 3. Sulla rivoluzione copernicana del diritto privato in Hans Kelsen – 4. Appendice: un paradigma kelseniano per lo studio della pluralità di ordinamenti?

### 1. *Introduzione*

Nel presente articolo mi propongo di indagare la coerenza di alcune tesi specifiche concernenti il diritto privato espresse da Hans Kelsen

nella *Reine Rechtslehre* con l'impostazione neokantiana trascendentale della sua filosofia del diritto e di sottoporre ad analisi critica tali tesi.

Per fare ciò, articolerò il mio lavoro come segue: nel secondo paragrafo discuterò succintamente il debito filosofico di Kelsen verso il sistema kantiano elaborato nella *Kritik der reinen Vernunft* [1781; 1787], individuando nella 'rivoluzione copernicana' il tratto che più radicalmente accomuna le loro costruzioni filosofiche; nel terzo paragrafo indagherò la coerenza di alcune tesi di Kelsen sul diritto privato (in particolare, quelle concernenti rispettivamente il rapporto tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, il rapporto tra diritto soggettivo e obbligo giuridico, il rapporto tra diritto privato e diritto pubblico) con il programma neokantiano di rivoluzione copernicana e avvanzerò alcuni rilievi critici; nel quarto paragrafo, a guisa di appendice, muovendo da concetti kelseniani trattati nei paragrafi precedenti, allargherò lo sguardo oltre la discussione della teoria del diritto privato di Kelsen e porrò alcune questioni in tema pluralità degli ordinamenti, che mi propongo di affrontare nelle prossime ricerche.

## 2. *Filosofia trascendentale e rivoluzione copernicana del diritto in Hans Kelsen*

La dottrina pura kelseniana è un vero e proprio sistema filosofico e, come tale, si caratterizza per tentativo di coerenza interna, per autonomia rispetto ad altre teorie, per generalità. Ciononostante, l'elaborazione del sistema kelseniano è nata e si è sviluppata in rapporto di discontinuità e continuità con altre prospettive filosofiche.

2.1. Iniziamo con le discontinuità, che sono tra l'altro – in questo caso – di più agevole lettura. Sin dalle prime pagine di *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934)<sup>1</sup> e della seconda edizione notevolmente riveduta e ampliata *Reine Rechtslehre* (1960)<sup>2</sup>,

---

<sup>1</sup> Pubblicata in italiano nella traduzione di Renato Treves nel 1952 con il titolo *La dottrina pura del diritto* e successivamente con il titolo *Lineamenti di dottrina pura del diritto*.

<sup>2</sup> Pubblicata in italiano nella traduzione di Mario G. Losano nel 1966 con il titolo *La dottrina pura del diritto*. Non tematizzerò in questa sede il percorso che ha portato Kelsen

Kelsen si distanzia dal pensiero giuridico e filosofico-giuridico dei secoli XIX e XX, così come, nel segno della discontinuità, il richiamo critico fatto da Immanuel Kant alle «oscurità e contraddizioni»<sup>3</sup> del modo di procedere della ragione inaugurava un sistema filosofico autonomo (uno dei più alti elaborati nella storia del pensiero) che si contrapponeva alla tradizione metafisica seicentesca e settecentesca<sup>4</sup>.

Kelsen in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, rivendicando la necessità di una dottrina del diritto che abbia ad oggetto il diritto nella sua specificità, denuncia:

«Uno sguardo alla scienza tradizionale del diritto nel suo sviluppo nel corso dei secoli XIX e XX dimostra però chiaramente quanto questa sia ancor lontana dal rispondere a una tale esigenza di purezza. In modo del tutto acritico la giurisprudenza si è infatti mescolata con la psicologia e la biologia, con l'etica e la teologia»<sup>5</sup>.

In questo passo Kelsen non soltanto critica una scienza del diritto la quale non sia in grado di individuare il proprio oggetto riconoscendolo per ciò che è senza confonderlo indebitamente con altro, ma – nell'auspicare la separazione della scienza giuridica dall'etica e dalla

---

dalla prima alla seconda edizione della *Dottrina*: in questa sede mi concentrerò sulla discussione di alcuni concetti o argomentazioni che di volta in volta emergono in almeno una delle due edizioni. Per i tratti essenziali del confronto tra le due edizioni e dello sviluppo del pensiero di Kelsen rimando a M. G. LOSANO, *Saggio introduttivo*, in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* [1960], Torino, 1966, XIII ss. e H. KELSEN, *Scritti autobiografici*, a cura di M.G. Losano, Parma, 2008.

<sup>3</sup> I. KANT, *Prefazione* alla prima edizione della *Critica della ragione pura* [1781], Milano, 1995, 7.

<sup>4</sup> I. KANT, *Prefazione* alla seconda edizione della *Critica della ragione pura* [1787], Milano, 1995, 22: «La metafisica non ha avuto sinora un destino tanto favorevole, da permetterle di prendere la via sicura di una scienza. ... In essa difatti la ragione si arena continuamente, persino quando vuole scorgere *a priori* (tale è la sua pretesa) quelle leggi, che sono confermate dalla più comune esperienza. ... Non vi è dunque alcun dubbio che il modo di procedere della metafisica sia stato sinora un semplice brancolare, e quel che è peggio, un camminare a tastoni tra semplici concetti».

<sup>5</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934], Torino, 2000, 47.

teologia – prende le distanze dalle fondazioni metafisiche trascendenti del diritto, in particolare dal giusnaturalismo. Propone di dissociare completamente la definizione di diritto dall’idea di giustizia e afferma che, al tempo in cui scrive, la teoria del diritto di stampo positivistico non ha ancora completamente abbandonato la concezione del diritto propria del giusnaturalismo<sup>6</sup>: per Kelsen nell’oggetto della scienza giuridica non rientra la giustizia, in quanto non può essere oggetto di alcuna conoscenza scientifica<sup>7</sup>; oggetto della scienza giuridica è il diritto quale insieme di norme, disgiunto da qualsiasi valutazione di natura assiologica<sup>8</sup>. Non che – ovviamente – la questione di un diritto giusto sia irrilevante, ma è altra rispetto all’individuazione del diritto valido.

2.2. Veniamo ora alla continuità, cioè alla derivazione della dottrina pura del diritto dal pensiero kantiano. Per dissociare il concetto di diritto da quello di giustizia, secondo Kelsen, si deve abbandonare la nozione di ‘Sollen’ quale *idea trascendente* (operante nella tradizionale scienza del diritto) e adottare una nozione di ‘Sollen’ quale *categoria trascendentale*: «Questa categoria del diritto [il ‘Sollen’] ha un carattere puramente

---

<sup>6</sup> A rigore, va osservato che Kelsen non argomenta in modo sempre chiaro la tesi secondo la quale il giuspositivismo contemporaneo non si era ancora liberato completamente da tratti giusnaturalistici. Si veda come esempio H. KELSEN, *Lineamenti*, cit., 62: «se il diritto, al pari della morale, viene considerato come norma e se il senso della norma giuridica, come quello della norma morale, viene espresso in un ‘dover essere’, una parte del valore assoluto che è proprio della morale rimane allora aderente al concetto della norma giuridica e al dover essere giuridico».

<sup>7</sup> Su questo tema cfr. i testi raccolti in H. KELSEN, *Che cos’è la giustizia? Lezioni americane*, a cura di P. Di Lucia e L. Passerini Glazel, Macerata, 2015.

<sup>8</sup> H. KELSEN, *Lineamenti*, cit., 57-58: «‘Giustizia’ nel significato che le è proprio e che la differenzia dal diritto esprime però un valore assoluto. Il suo contenuto non può essere determinato dalla dottrina pura del diritto. ... Infatti la giustizia, che deve essere rappresentata come un ordinamento superiore che sta di fronte al diritto positivo e che è diverso da questo, nella sua validità assoluta sta al di là di ogni esperienza, così come l’idea platonica sta al di là della realtà o come la cosa in sé trascendente sta al di là dei fenomeni. ... Come è impossibile (secondo quanto già si può presupporre) determinare mediante la conoscenza scientifica, cioè per mezzo di una conoscenza razionale orientata verso l’esperienza, l’essenza dell’idea o della cosa in sé, così è impossibile rispondere per la stessa via alla domanda: in che cosa consiste la giustizia?».

formale e con ciò si distingue in linea di principio da un'idea trascendente del diritto. ... Essa è, nel senso della filosofia kantiana, gnoseologicamente trascendentale, non metafisicamente trascendente»<sup>9</sup>.

Qui credo sia necessario qualche commento di natura interpretativa e critica. Emerge in modo evidente l'adozione dell'apparato concettuale di Immanuel Kant, in particolare quello elaborato nella *Kritik der reinen Vernunft* più che in altre opere: «Chiamo trascendentale ogni conoscenza che in generale si occupa non tanto di oggetti, quanto invece del nostro modo di conoscere gli oggetti, nel senso che tale modo di conoscenza deve essere possibile *a priori*»<sup>10</sup>; «non appena noi poniamo l'incondizionato in ciò che sta completamente al di fuori del mondo sensibile, ed è quindi al di là di ogni esperienza possibile, le idee diventano allora trascendenti: esse ... creano a se stesse oggetti, la cui materia non è tratta dall'esperienza»<sup>11</sup>.

Kelsen, dunque, sostiene che il 'Sollen' del diritto non può essere «un'idea trascendente», un «valore assoluto», a cui si conformano le norme della morale, che hanno la forma di imperativi. Per separare completamente il diritto dalla morale, egli dice, dobbiamo concepire le norme giuridiche come giudizi ipotetici che connettono una conseguenza condizionata (es. la pena della reclusione) a un fatto condizionante (es. l'uccisione di un uomo): «il 'Sollen' come categoria del diritto significa soltanto il senso specifico con cui condizione e conseguenza vengono collegate insieme nella proposizione giuridica»<sup>12</sup>. Tale connessione tra fatto condizionante e conseguenza consiste in un

---

<sup>9</sup> H. KELSEN, *Lineamenti*, cit., 63.

<sup>10</sup> I. KANT, *Critica*, cit., 67.

<sup>11</sup> I. KANT, *Critica*, cit., 598. S. GOYARD-FABRE, *Kelsen e Kant. Saggi sulla dottrina pura del diritto*, Napoli, 1993, 11, osserva: «Per Kelsen, come per Kant, il metodo non ha valore semplicemente strumentale. ... Nella dottrina di Kelsen, come nella filosofia di Kant, la priorità del metodo è onnipresenza del metodo ed esprime già la problematica filosofica dei due pensatori. Sembra infatti, sotto questo aspetto, che la *Reine Rechtslehre* si presenti, allo stesso titolo della *Critica della ragion pura*, come un 'trattato sul metodo': come si vede Kant impegnarsi a rispondere alla questione della possibilità della matematica pura o della fisica pura, così si vede Kelsen applicarsi alla questione della 'possibilità' e della 'validità' del diritto positivo».

<sup>12</sup> H. KELSEN, *Lineamenti*, cit., 65.

rapporto di imputazione (*‘Zurechnung’*). Come la relazione di causalità tra i fatti studiata dalle scienze naturali rende intellegibile la natura, così la relazione di imputazione tra condizione e conseguenza studiata dalla scienza giuridica rende intellegibile il diritto.

Dunque, nella concezione kelseniana del diritto, il dovere (*‘das Sollen’*) non è un’idea trascendente, un valore assoluto, ma è la categoria che permette di concepire il rapporto di imputazione tra condizione e conseguenza. Il salto dal *‘Sollen’* come idea trascendente al *‘Sollen’* come categoria trascendente non è un passaggio da una imperatività di tipo morale a una imperatività di tipo giuridico. Vi è una asimmetria tra idea trascendente e categoria trascendente: la prima è di natura imperativa, la seconda è di natura non imperativa ma ipotetica.

Mi propongo di analizzare elementi problematici ed elementi virtuosi di questa distinzione kelseniana. Mostrerò gli elementi problematici attraverso due obiezioni.

*Prima obiezione.* Kelsen nei passi richiamati sembra qualificare il *‘Sollen’* morale come assoluto, eterno, universale e ne stigmatizza il carattere metafisico e trascendente. Si può obiettare che non *necessariamente* il *‘Sollen’* morale è assoluto, eterno, universale e non *solamente* un *‘Sollen’* morale assoluto, eterno, universale può essere metafisico e trascendente. Kelsen, invece, pare qui identificare un po’ troppo sbrigativamente la morale metafisica trascendente con il giusnaturalismo<sup>13</sup>. Credo che anche una concezione dei valori morali come relativi, mutevoli, particolari potrebbe comunque avere le medesime caratteristiche di imperatività, metafisicità, idealità, irrazionalità da cui Kelsen vuole tenersi lontano.

---

<sup>13</sup> Per altre notazioni critiche sulla raffigurazione data da Kelsen dei sistemi morali segnalo C. LUZZATI, *Questo non è un manuale*, Torino, 2010, 107: «Kelsen crede davvero che i sistemi etici siano costruiti deduttivamente? È disposto, inoltre, a sostenere che la morale si debba basare su principi ‘immediatamente evidenti’? Tutto ciò suona piuttosto strano, perché l’autore, nel corso della sua opera, ritiene che i valori etici siano una questione di scelta e non di conoscenza. ... In sintesi, quando Kelsen parla dei sistemi morali come ordinamenti statici, sta riferendo tesi che non fa proprie, ma che attribuisce ad autori del passato».



*Seconda obiezione.* Se anche accogliamo pienamente la tesi kelseniana espressa nei *Lineamenti*, il concetto di ‘Sollen’ giuridico definito da Kelsen come modalità attraverso la quale concepire il rapporto tra condizione e conseguenza, modalità che è quella dell’imputazione, nulla o quasi nulla dice su che cosa questa imputazione sia. Mentre la causalità studiata dalle scienze naturali viene a sua volta fatta oggetto di (tentativi di) spiegazione da parte di scienziati e filosofi, Kelsen non offre una spiegazione del concetto di imputazione, che è ciò a cui egli riconduce il ‘Sollen’ giuridico e, quindi, nulla o quasi nulla dice del concetto stesso di ‘Sollen’ giuridico. A tale mia seconda obiezione si può replicare che essa è ingenua e disconosce la natura stessa di categoria trascendentale, che essendo la condizione attraverso cui noi possiamo conoscere gli oggetti (*id quo videtur*), non può essere essa stessa oggetto di conoscenza (*id quod videtur*)<sup>14</sup>: il dovere deriva dalla (è conoscibile attraverso la) norma giuridica che per la sua struttura ipotetica istituisce il nesso di imputazione. Tuttavia, a tale replica potremmo ribattere che allora poco appropriata è la strategia filosofica di Kelsen di individuare proprio il ‘Sollen’ (ciò che dovrebbe essere ben spiegato dalla filosofia del diritto) come categoria trascendentale, cioè come categoria *a priori* non riducibile ad altro. Testimonianza di tale lacunosità del discorso kelseniano nei *Lineamenti* (1934) è il fatto che, successivamente, vari filosofi del diritto (tra questi, anzitutto, Alf Ross nel 1953) abbiano stigmatizzato la concezione kelseniana in quanto ideologica e metafisica<sup>15</sup> – rivolgendo ad essa proprio la stessa critica che Kelsen rivolgeva ai suoi predecessori – e vari sociologi del diritto si sono fatti carico di spiegare in che cosa

---

<sup>14</sup> Sul paradigma ‘*id quod videtur/id quo videtur*’ cfr. A. G. CONTE, *Adelaster. Il nome del vero*, 2016, 106 e L. POZZI, *Introduzione*, ad ANSELMO D’AOSTA, *Prosligion*, 1992, 9.

<sup>15</sup> A. ROSS, *Diritto e giustizia* [1953], Torino, 2006, 63-65, sostiene che Kelsen avrebbe sì liberato la scienza giuridica dall’idealismo giusnaturalistico, ma non dall’idealismo formale: «Non si può ammettere una specifica validità né nella forma di una giustizia materiale e *a priori*, né nella forma di una categoria formale»; G. GAVAZZI, nell’*Introduzione* a A. ROSS, *Diritto*, cit., XV: «‘Valido’ per Ross, e forse da un punto di vista etimologico non ha torto, è la (presunta) qualità di una cosa, di un’azione o di una norma in quanto investita di un valore. Il giudizio di validità è quindi, secondo Ross, un giudizio di valore; come tale non è verificabile e quindi non è neanche un giudizio».

tale ‘Sollen’ consista. Si pensi ad esempio all’ambizioso e radicale tentativo luhmanniano di spiegare «il fatto del dover essere», compito che egli giudica trascurato dalle precedenti sociologie del diritto<sup>16</sup> (e avrebbe potuto anche aggiungere: da molte filosofie del diritto): «Nessuna delle sociologie giuridiche che sono state fin qui esposte è riuscita a cogliere le radici del diritto. ... Il ‘dover essere’ è stato presupposto come una qualità dell’esperienza, percepibile ma non ulteriormente analizzabile; come il ‘fatto’ fondamentale della vita giuridica»<sup>17</sup>. Ma tale questione, così avvincente e profonda, potrà per me essere occasione di riflessione in altra sede.

Ora intendo evidenziare invece il contributo più meritorio della concezione kelseniana espressa nei celebri passi *supra* riportati, contributo che ha avuto una portata storica per la filosofia del diritto e che può essere la chiave per comprendere anche la concezione kelseniana del diritto privato: come Kant con la *Critica della ragione pura* ha operato una rivoluzione copernicana nella teoria della conoscenza, Kelsen con la sua ‘critica della ragione giuridica’ ha operato una rivoluzione copernicana nella teoria del diritto. Un comportamento non è riconosciuto giuridicamente illecito perché difforme da valori morali (aggiungo, assoluti o relativi che siano) o da altri criteri esterni (che a ben vedere – osservo – potrebbero essere anche politici, economici, estetici, ecc.), ma diviene giuridicamente illecito unicamente perché una norma giuridica lo qualifica come tale, lo costituisce come tale, imputando ad esso una sanzione negativa. L’illiceità di un comportamento non è un dato che il diritto deve riprodurre o rispettare, ma è un costrutto che il

---

<sup>16</sup> Cfr. anche, tra i contemporanei di Kelsen, N.S. TIMASHEFF, *An Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge (Ma.), 1939, 68: «il ‘dover essere’ è un contenuto primario, irriducibile della conoscenza».

<sup>17</sup> N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 1977, 35-37: «Se si vuole andare più a fondo si deve analizzare anzitutto il fatto del dover essere. Non basta ammettere la doverosità di tutte le norme come una specie di dato fondamentale del diritto, come una qualità non ulteriormente definibile dell’esperienza reale, ma occorre porsi il problema del senso del dover essere o più precisamente della sua funzione».

diritto artificialmente costituisce; non è il ‘Sollen’ che costituisce il diritto, ma è il diritto che costituisce il ‘Sollen’<sup>18</sup>.

### 3. *Sulla rivoluzione copernicana del diritto privato in Hans Kelsen*

La collocazione storico-filosofica della dottrina pura del diritto può dunque – ai nostri fini – essere tracciata secondo queste due direttrici: la rottura con teorie metafisico-trasendenti, la continuità con la filosofia trascendentale di Immanuel Kant<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Per un approfondimento sulla rivoluzione copernicana proposta da Kelsen nel diritto cfr. H. KELSEN, *Scritti*, cit., 2008. Nella filosofia attuale, una prospettiva neokantiana – concernente i modelli delle scienze sociali e delle scienze umane – è originalmente adottata da Silvana Borutti, la quale elabora una concezione finzionale, in contrapposizione a una concezione mimetica, della conoscenza. Cfr. ad esempio S. BORUTTI, *Filosofia dei sensi*, Milano, 2006, XXVIII-XXIX: «Dal punto di vista trascendentale, soggetto e oggetto non sono le coordinate presupposte dell’esperienza conoscitiva, e il problema della conoscenza non è la certezza della rappresentazione dell’oggetto, l’accessibilità rappresentativa dell’oggetto: il problema è piuttosto come sia possibile un’esperienza di oggetti, *come il ‘come’ dell’esperienza sia costitutivo dell’oggettività degli oggetti*. ... In questo modo, Kant porta l’oggetto sotto il segno del ‘come’, della possibilità: modalizza la questione dell’oggetto, potremmo dire. Il problema non è la rappresentabilità, l’accesso all’oggetto, ma l’oggettività in quanto modo dell’esperienza. ... In questione non è la certezza, l’adeguazione agli oggetti, ma la loro costituzione. ... In prospettiva kantiana e neokantiana, l’essere degli oggetti è un essere ricondotto sotto il segno del possibile e legato strutturalmente alla funzione estetico-immaginativa. Si apre così la prospettiva di una concezione finzionale dell’immagine: questa concezione richiede infatti, come vedremo, la riformulazione della questione dell’oggetto come questione dell’oggetto possibile».

<sup>19</sup> Sul rapporto tra criticismo e dottrina pura del diritto cfr. H. KELSEN, *Dottrina pura del diritto, ‘labandismo’ e neokantismo. Una lettera a Renato Treves*, in H. Kelsen, R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S.L. Paulson, Napoli, 1992. Per un’utile analisi dell’influenza del pensiero di Kant sulle teorie giusfilosofiche dei primi decenni del Novecento cfr. *Neokantismo, diritto e sociologia*, a cura di A. Catania e M. Fimiani, Napoli, 1995. Nel presente articolo ho considerato il rapporto tra la rivoluzione copernicana della conoscenza elaborata nella *Kritik der reinen Vernunft* di Kant e la rivoluzione copernicana del diritto elaborata nella *Reine Rechtslehre* di Kelsen; per un’analisi del rapporto tra la *Rechtslehre* di Kant e la *Reine Rechtslehre* di Kelsen cfr. invece S. GOYARD-

Queste due direttrici informano il sistema filosofico kelseniano e, in larga parte, anche la teoria kelseniana del diritto privato<sup>20</sup>.

Un *primo contributo* è il ribaltamento del rapporto tra diritto soggettivo e diritto oggettivo. Kelsen critica «il dualismo caratteristico della giurisprudenza tradizionale» tra diritto in senso soggettivo e diritto in senso oggettivo<sup>21</sup>.

«Questo dualismo contiene una contraddizione insolubile. Se il diritto in senso oggettivo è norma, o sistema di norme, cioè un ordinamento normativo, mentre il diritto in senso soggettivo è qualcosa di totalmente diverso, e precisamente interesse, il diritto oggettivo e quello soggettivo non possono essere compresi in un comune concetto superiore»<sup>22</sup>.

Kelsen nega che vi siano diritti soggettivi preesistenti (in senso cronologico oppure in senso logico-metafisico) all'ordinamento giuridico (diritto oggettivo) che devono essere riconosciuti dall'ordinamento giuridico (diritto oggettivo). È l'ordinamento giuridico che attraverso il rapporto di imputazione espresso dalle singole norme costituisce (non: riconosce) i diritti soggettivi, qualificando come illeciti certi comportamenti che ad esempio limitano la libertà, la dignità o il benessere altrui. Come è facile notare, questa tesi è pienamente coerente con la concezione kelseniana trascendentale e costruttivista del dovere giuridico, in altri termini con la sua rivoluzione copernicana. Ritengo

---

FABRE, *Kelsen e Kant*, cit., 5: «La teoria pura del diritto ... esige lo sguardo ardito del filosofo che osa compiere la 'rivoluzione copernicana' del diritto. L'opera di Kelsen – è questo che, in essa, mi ha più impressionato – porta il marchio della filosofia critica di Kant o, almeno, del criticismo, la cui forza di approfondimento cognitivo e comprensivo egli ha scoperto attraverso le ricerche dei filosofi della Scuola di Marburgo, in particolare Cohen e Natorp. Dalla *Rechtslehre* di Kant alla *Reine Rechtslehre* di Kelsen, il procedimento critico raschia la realtà oggettiva del diritto positivo per rivelarne le condizioni di possibilità e di validità».

<sup>20</sup> Cfr., *Kelsen Revisited. New Essays on the Pure Theory of Law*, eds. L. Duarte d'Ameida, J. Gardner, L. Green, London, 2013.

<sup>21</sup> Un'analisi filologica oltre che filosofica della distinzione kelseniana tra diritto soggettivo e diritto oggettivo è in E. PATTARO, *The Law and the Right*, Berlin, 2007, 341 ss.

<sup>22</sup> H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 155.

questa tesi di Kelsen condivisibile (ma questo evidentemente poco importa). Ciò che forse più importa è sbarazzarci almeno di un argomento (ve ne sono altri più consistenti) con il quale spesso si confuta tale tesi kelseniana<sup>23</sup>. Esso suona così: una siffatta concezione del diritto limita la libertà individuale e affida allo Stato, o più genericamente all'ordinamento giuridico, uno strapotere sull'individuo. Senza troppo sforzo, a tale argomento si possono muovere due obiezioni.

*Prima obiezione.* Qui non si sta discutendo su come sia eticamente preferibile concepire il rapporto tra diritto soggettivo e diritto oggettivo, ma su come sia epistemologicamente corretto concepire tale rapporto. L'argomento manca il bersaglio. Sarebbe come ritenere scientificamente errata una diagnosi medica infausta perché la malattia non ci pare eticamente buona.

*Seconda obiezione.* Asserito che in realtà l'argomento risponde più che altro alla domanda se sia auspicabile concepire il diritto soggettivo come dipendente dal diritto oggettivo, possiamo spostarci dunque su questo terreno di discussione e rispondere che non è affatto vero che il diritto oggettivo agisca necessariamente in modo da limitare la libertà individuale, la dignità o il benessere rispetto allo stato di natura, ma anzi si può ritenere che il diritto oggettivo sia un efficace strumento per ampliarli<sup>24</sup>. Inoltre, se dovessimo dire quali sono i diritti soggettivi di cui gode l'uomo per natura, probabilmente non sarebbe possibile

---

<sup>23</sup> Un approfondimento sulla rivoluzione copernicana operata dal neokantiano Kelsen nel campo della filosofia del diritto e della scienza giuridica e sulla prospettiva costruttivista dei concetti giuridici in Kelsen è offerto dal recente studio di V. GIORDANO, *Constitutionalism and Value-Free Method. Kelsen's Legacy in Contemporary Challenges*, in *Kelsenian Legal Science and the Nature of Law*, eds. P. Langford, I. Bryan, J. McGarry, Berlin, 2017, 113: «The Copernican revolution effected by Kelsen in relation to the legal science of the nineteenth century, when he overturned the triad State-Sovereignty and dissolved the ideal of legal certainty through the constitutive character of legal decisions, transforms the traditional substantial character of legal concepts into artificially-bound rationality of the *Stufenbaum*».

<sup>24</sup> Per un'interessante analisi del rapporto tra diritto e dignità umana e per un'interpretazione kantiana del tema che perviene a esiti differenti da quelli di Kelsen, cfr. G. AZZONI, *Dignità umana e diritto privato*, in *Ragion pratica*, 2012, 75 ss.

rispondere a tale domanda<sup>25</sup> oppure in molti casi, di fatto, i sostenitori dei diritti soggettivi naturali ne contemplerebbero meno di quanti in alcuni stati liberaldemocratici attuali sono affermati.

Vi è un *secondo contributo* kelseniano vertente sui diritti soggettivi, in particolare sul rapporto tra diritto (soggettivo) e dovere (od obbligazione). Kelsen sostiene che il diritto soggettivo abbia un carattere ausiliario (o riflesso) rispetto al dovere (od obbligazione) e porta due argomenti a sostegno di questa tesi. Il primo argomento vuole dimostrare che è la norma giuridica stessa a istituire una priorità del dovere sul diritto (soggettivo):

«[La] situazione, definita come ‘diritto’ o ‘pretesa’ di un individuo, è semplicemente l’obbligazione dell’altro o degli altri. Se si parla in questo caso di un diritto soggettivo o della pretesa di un individuo, come se questo diritto o questa pretesa fossero qualcosa di diverso dall’obbligazione dell’altro o degli altri, si crea il miraggio di due situazioni giuridiche rilevanti, allorché la situazione è una soltanto. Questa situazione è descritta esaurientemente con il dovere giuridico dell’individuo o degli individui di comportarsi in un certo modo nei riguardi di un altro individuo. Il fatto che un individuo sia obbligato a un certo comportamento significa che, in presenza di un comportamento contrario, si deve applicare una sanzione; il suo obbligo si fonda sulla norma che prescrive questo comportamento, ricollegando una sanzione a quello opposto»<sup>26</sup>.

Come osserva Michele Prospero, «in Kelsen non si asserisce che in capo al soggetto esiste un potere e quindi gli altri hanno l’obbligo di astenersi dall’ingerirsi nel bene ma che poiché gli altri devono contenersi dall’interferire sulla cosa esiste un potere esclusivo a disposizione di un

---

<sup>25</sup> Cfr. N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990; A. SCHIAVELLO, *Ripensare l’età dei diritti*, Modena, 2016; S. COLLOCA, *Relativism in Sextus Empiricus and Blaise Pascal*, in *Revista Iustitia*, 2019.

<sup>26</sup> H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 150.

soggetto. Il dovere dei consociati precede il diritto o condizione giuridica del soggetto nel godimento del bene»<sup>27</sup>.

Kelsen continua sostenendo che se un individuo è obbligato nei riguardi di un altro a tollerare un certo comportamento, il contenuto del dovere è proprio il tollerare questo comportamento. La concezione di diritto come riflesso di un dovere sarebbe giustificata dal fatto che la norma ricolleggi una sanzione alla violazione di questo dovere, in quanto la norma che punisce chi non tolleri il comportamento X istituirebbe primariamente il dovere di tollerare il comportamento X. Kelsen – io credo – non fa altro che spostare la questione: perché mai sostiene che la norma che punisce chi non tolleri il comportamento X istituisce primariamente il dovere di tollerare X e non invece il diritto di fare X? Mi pare che – come direbbe Kelsen – la situazione giuridica ‘è una soltanto’ e consiste appunto in una medesima correlazione di diritto e dovere. Decidere di guardare tale correlazione partendo da una polarità piuttosto che dall’altra mi pare una risposta piuttosto arbitraria alla domanda sul rapporto tra diritto (soggettivo) e dovere.

Il secondo argomento di Kelsen vuole affermare la priorità del dovere sul diritto soggettivo sostenendo che mentre ad ogni diritto soggettivo corrisponde un dovere, non ad ogni dovere corrisponde un diritto soggettivo.

«Se il comportamento dovuto da un individuo non si riferisce ad un altro individuo singolarmente determinato (e cioè non deve essere tenuto nei confronti di un altro individuo singolarmente determinato), ma è prescritto soltanto nei riguardi della comunità giuridica come tale, si parla talora di un diritto della comunità, e specialmente dello stato, a questo comportamento dell’individuo obbligato, come all’incirca nel caso dell’obbligo al servizio militare»<sup>28</sup>.

Anche in questo caso, dubito che l’analisi kelseniana colga nel segno. Se vi sono diritti non di un individuo ma di una comunità o di una

---

<sup>27</sup> M. PROSPERO, *Hans Kelsen. Normativismo e diritto privato*, Milano, 2012, 164-165.

<sup>28</sup> H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 152-153.

istituzione, credo che questa stessa osservazione possa essere fatta anche per i doveri.

Mi pare che la definizione kelseniana di diritto soggettivo come concetto ausiliario rispetto al dovere sia in effetti più ideologica che scientifica. Kelsen, per essere coerente con l'impostazione della sua dottrina pura, dovrebbe affermare – io credo – che i diritti soggettivi e i correlati doveri sono posti insieme allo stesso tempo dalle singole norme giuridiche che compongono il diritto oggettivo. In conclusione, ritengo la concezione kelseniana del rapporto tra diritti soggettivi e diritto oggettivo convincente (e certamente coerente con la rivoluzione copernicana operata della dottrina pura del diritto), mentre ritengo più problematica (e in effetti non implicata dai principi stessi della dottrina pura del diritto) la concezione kelseniana del rapporto tra diritto soggettivo e dovere.

Un *terzo* (celebre) *contributo* della teoria kelseniana del diritto privato è la tesi che chiamerei della continuità tra diritto pubblico e diritto privato. Già in epoca romana la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico è chiaramente percepita e teorizzata: si pensi alle *duae positiones* dello studio del *ius* rammentate quasi in esordio dei *libri institutionum* di Ulpiano<sup>29</sup>. Kelsen muove dalla presentazione della concezione tradizionale di diritto pubblico e privato: «Secondo l'opinione più seguita, si tratta di una divisione dei rapporti giuridici e, precisamente, si afferma che il diritto privato rappresenta un rapporto tra soggetti posti in condizioni di parità e aventi eguale valore giuridico, mentre il diritto pubblico presenta un rapporto tra un soggetto sovraordinato e un soggetto subordinato»<sup>30</sup>. Kelsen rileva come la distinzione tra diritto pubblico e privato tenda ad essere concepita come un'opposizione tra stato e diritto, essendo i rapporti di diritto pubblico talora concepiti come «rapporti giuridici *tout court* nel senso più proprio e stretto del

---

<sup>29</sup> Per un primo e utile quadro si rimanda a V. MAROTTA, *Ulpiano e l'Impero*. I, Napoli, 2000, pp. 146 ss. e A. SCHIAVONE, *Commento a F. 1 (D.1.1.1.2)*, in *Ulpianus: Institutiones. De censibus*, a cura di J.L. Ferrary, V. Marotta, A. Schiavone, Roma, 2020, ove ulteriore bibliografia.

<sup>30</sup> H. KELSEN, *La dottrina*, cit., 312. Cfr. inoltre H. KELSEN, *Diritto pubblico e privato*, in *RIFD*, 1924, 340 ss.



termine» e i rapporti di diritto pubblico come «rapporti di potere». Kelsen sostiene la continuità del diritto privato e del diritto pubblico, argomentando che «la dottrina pura del diritto rende così relativo quel contrasto che la scienza giuridica tradizionale aveva considerato assoluto: lo trasforma da contrasto esterno al sistema (cioè da distinzione fra diritto e non-diritto, fra diritto e stato) in contrasto interno al sistema»<sup>31</sup>. Kelsen mostra che diritto pubblico e diritto privato non sono due ordinamenti confliggenti, ma sono fonti del diritto – direi – corradicali, aventi nella unica ‘Grundnorm’ (norma fondamentale) la comune radice, il comune fondamento di validità. Anche in questo caso si passa da una visione precritica di forme di diritto in conflitto che devono trovare una sistemazione nell’ordinamento giuridico a un ordinamento giuridico che, basato sulla ‘Grundnorm’, conferisce validità al diritto pubblico come al diritto privato, stabilendo i confini dell’uno e dell’altro: ad esempio, una moltitudine di atti giuridici di diritto privato traggono la loro validità dal codice civile, il quale trae a sua volta validità dalla conformità a metanorme di grado superiore, sino ad arrivare alla norma fondamentale. Diritto pubblico e diritto privato sono parti del *continuum* della concatenazione produttiva del diritto. Trovo la tesi della continuità e corradicalità di diritto pubblico e diritto privato coerente con l’impostazione filosofica di base della dottrina pura del diritto e convincente nello spiegare l’appartenenza di entrambi a uno stesso ordinamento giuridico. Meno condivisibili sono alcune implicazioni che Kelsen talvolta sembra trarre:

«Se soprattutto si comprende che gli atti costituenti la fattispecie produttrice di diritto, in entrambi i casi, sono soltanto la continuazione del processo della cosiddetta formazione della volontà statale, che – tanto nell’ordine dell’autorità quanto nel negozio giuridico privato – si effettua soltanto l’individualizzazione di una norma giuridica generale, ... non sembrerà per nulla paradossale il fatto che la dottrina pura del diritto, dal suo punto di vista universalistico, sempre rivolto alla totalità dell’ordinamento giuridico inteso nel senso della cosiddetta volontà

---

<sup>31</sup> H. Kelsen, *La dottrina*, cit., 314.

dello stato, veda un atto dello stato tanto nel negozio giuridico privato quanto nell'ordine dell'autorità, cioè una fattispecie della produzione del diritto ascrivibile all'unità dell'ordinamento»<sup>32</sup>.

Se è appropriato definire il negozio giuridico quale una produzione del diritto risalente a quella norma fondamentale che individua l'ordinamento giuridico nella sua unità (ric conducendolo quindi alla concatenazione produttiva di un unico ordinamento e respingendo tesi pluralistiche), ritengo inappropriata (e non poco forzata) la qualificazione del negozio giuridico come «atto dello stato». Esso non è un atto dello stato, proprio perché lo stato stesso – che come Kelsen altrove dice ha «la competenza della competenza» – stabilisce i confini della propria competenza, dei propri atti giuridici, lasciando ai privati la competenza su di una molteplicità di atti giuridici. Altro è sostenere che un atto giuridico sia riconosciuto valido in forza di una legge dello stato, altro è sostenere che un atto giuridico sia un atto dello stato.

4. *Appendice: un paradigma kelseniano per lo studio della pluralità di ordinamenti?*

Credo si debba riconoscere a Kelsen il merito di avere sgombrato il campo, con la sua confutazione della contrapposizione dualistica tra diritto pubblico e diritto privato, a tentativi di scomodare il pluralismo giuridico *praeter necessitatem* (non occorre sostenere il pluralismo giuridico per riconoscere la differenza tra diritto privato e diritto pubblico) e di avere indicato nella riconducibilità ad un'unica concatenazione produttiva di norme il criterio principe per valutare le varie questioni concernenti monismo e pluralismo giuridico. Provo a spiegarmi più diffusamente.

Possiamo distinguere tre concetti di 'pluralità degli ordinamenti'. Per individuare i concetti di pluralità degli ordinamenti, procederò attraverso due successive dicotomie: pluralità interterritoriale *vs.* pluralità intraterritoriale; pluralità intraterritoriale senza difformità *vs.* pluralità interterritoriale con difformità.

---

<sup>32</sup> H. Kelsen, *La dottrina*, cit., 314.

Widar Cesarini Sforza in una celebre voce del *Novissimo digesto italiano* distingue due sensi di ‘pluralità degli ordinamenti’: «Si può parlare di pluralità di ordinamenti in due sensi: o riferendosi all’esistenza di più Stati, ciascuno con il proprio ordinamento; oppure riferendosi all’esistenza di più ordinamenti, uno dei quali sia quello dello Stato»<sup>33</sup>.

Propongo di chiamare ‘pluralità interterritoriale’ il primo caso di pluralità, che consiste nell’esistenza di più stati ciascuno con il proprio territorio ed il proprio ordinamento e ‘pluralità intraterritoriale’ il secondo caso di pluralità, che consiste nell’esistenza di più ordinamenti (dei quali uno sia lo stato ed altri, evidentemente, non siano lo stato) all’interno del medesimo territorio. Ma che tipo di rapporto si istituisce tra ordinamenti coesistenti nel medesimo territorio?

Per rispondere a questa domanda, occorre operare una seconda dicotomia. Occorre, cioè, distinguere due concetti di pluralità intraterritoriale e, correlativamente, due concetti di ordinamento non-statale. Propongo di chiamare ‘pluralità intraterritoriale senza difformità’ la pluralità degli ordinamenti consistente nella presenza, accanto all’ordinamento dello stato, di altri ordinamenti conformi all’ordinamento dello stato.

Si pensi al caso di associazioni sportive, culturali, etc.<sup>34</sup> oppure a istituzioni pubbliche le quali non possono prevedere norme in contrasto con norme dell’ordinamento statale. Questo concetto di pluralità degli ordinamenti ammette l’esistenza di ordinamenti non statali, purché siano conformi all’ordinamento dello stato.

Propongo di chiamare ‘pluralità intraterritoriale con difformità’ la pluralità degli ordinamenti consistente nella presenza, accanto all’ordinamento dello stato, di altri ordinamenti difformi (almeno in parte) dall’ordinamento dello stato. Questo concetto di pluralità degli ordinamenti ammette l’esistenza di ordinamenti non statali, anche se

---

<sup>33</sup> W. CESARINI SFORZA, *Ordinamenti giuridici (Pluralità degli)*, in *Noviss. dig. it.*, 1966, XII.1.

<sup>34</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, 2003, 35-36: «I partecipi delle varie comunità sociali (il gentiluomo, lo sportivo, il giocatore d’azzardo, l’uomo d’affari) si trovano immersi non solo nell’ordinamento dello Stato, ma anche nell’ordinamento privato di loro specifica attinenza».

difformi dall'ordinamento dello Stato. Si pensi ad esempio al celebre e discutibile esempio proposto da Antonio Pigliaru della coesistenza in Sardegna dell'ordinamento giuridico barbaricino accanto all'ordinamento giuridico italiano.

Sulla base della tripartizione dei concetti di pluralità degli ordinamenti ora esposta, chiamo 'pluralismo giuridico' la teoria secondo la quale è possibile 'pluralità intraterritoriale con difformità' e chiamo 'monismo giuridico' la teoria secondo la quale non è possibile 'pluralità intraterritoriale con difformità'. All'interno delle posizioni monistiche ve ne sono alcune, come quella di Kelsen, che negano anche la coesistenza di più ordinamenti tra loro conformi all'interno del medesimo territorio<sup>35</sup>.

Tuttavia, le categorie kelseniane possono esserci di aiuto anche se non condividiamo il suo monismo radicale (che nega non soltanto la pluralità intraterritoriale con difformità ma anche la pluralità intraterritoriale senza difformità). Infatti, mentre gli ordinamenti presenti in una pluralità intraterritoriale con difformità sono individuati rispettivamente da norme fondamentali differenti, gli ordinamenti presenti in una pluralità intraterritoriale senza difformità (quale quella tra ordinamento del CONI e ordinamento dello Stato italiano) stanno in un rapporto gerarchico tra un ordinamento superiore (Stato italiano) e ordinamenti inferiori (CONI) e sono individuati, mediamente o immediatamente, dalla norma fondamentale dell'ordinamento superiore, il quale – si potrebbe dire – è ordinamento degli ordinamenti. A rigore, ritengo questione piuttosto nominalistica quella di valutare se tali ordinamenti gerarchicamente subordinati siano effettivamente ordinamenti o se piuttosto solo l'ordinamento sovraordinato debba meritare la qualificazione di ordinamento (come certamente affermerebbe Kelsen)<sup>36</sup>. Ciò che conta per affrontare la sostenibilità della tesi del

---

<sup>35</sup> Per approfondimenti cfr. P. GRAGL, *Legal Monism. Law, Philosophy, and Politics*, Oxford, 2018; L. VINX, *The Kelsen/Hart Exchange: Kelsen's Legal Monism Reconsidered*, in *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence*, ed J. Telman, Dordrecht, 2016, 59 ss.

<sup>36</sup> Come nominalistica, forse, è la questione su quale livello di istituzionalità sia necessario perché si possa propriamente parlare di giuridicità.

pluralismo giuridico (se cioè sia possibile pluralità intraterritoriale con difformità) è valutare se in un medesimo territorio sia possibile la coesistenza di più ordinamenti giuridici *superiores non recognoscentes*, i quali cioè ambiscono ciascuno ad essere l'unico ordinamento (o, in altri termini, l'unico ordinamento degli altri ordinamenti). In linguaggio kelseniano, se il concetto di norma fondamentale non fosse già di per sé foriero di abissali problemi filosofici, la domanda dovrebbe essere formulata così: sono possibili in un medesimo territorio più norme fondamentali?

### Abstract

Il contributo intende sottoporre ad analisi alcune delle tesi principali di Hans Kelsen sul diritto privato espresse nella *Reine Rechtslehre* (l'artificialità dei diritti soggettivi, il carattere ausiliario del diritto soggettivo rispetto al dovere giuridico, la continuità tra diritto pubblico e diritto privato) e valutarne la coerenza con l'impostazione neokantiana che caratterizza l'opera. Kelsen, adottando tale impostazione, propone di sottoporre a rivoluzione copernicana la scienza giuridica tradizionale attraverso il passaggio da una concezione *trascendente* a una concezione *trascendentale* del diritto. Il contributo, infine, sulla base della tesi della continuità tra diritto pubblico e diritto privato, propone una direzione di analisi per il problema del pluralismo giuridico.

The paper aims to discuss the tenability of some theses expressed in *Reine Rechtslehre*, concerning private law (artificiality of legal rights, dependence of legal rights from legal obligations, continuity between private law and public law) and to assess their coherence with the general neokantian approach that characterizes the pure doctrine of law. Through this approach Kelsen proposes a Copernican revolution in order to renew the traditional legal culture and replace a *transcendent* conception of law with a *transcendental* one. Finally the paper, moving

from the idea of continuity between private law and public law, proposes a direction of analysis of legal pluralism.

### **Parole chiave**

Hans Kelsen, neo-kantismo, diritto privato, diritti soggettivi, norma giuridica, pluralismo giuridico

Hans Kelsen, neo-kantism, private law, legal rights, legal norm, legal pluralism

STAFANO COLLOCA

Professore associato di Filosofia del diritto

Università di Pavia

Email: stefano.colloca@unipv.it

