

ALESSIO MUSIO\*

L'“IO LEGISLATORE” DI KELSEN.  
ALCUNE ANNOTAZIONI TEORICHE

Il pensiero di Hans Kelsen presenta tratti tipicamente novecenteschi. Ciò vale in primo luogo per l'insistenza con cui nel suo percorso filosofico trova posto una domanda per certi versi insolita e che fa da contro-canto ad un'epoca che ha fatto della distruzione – prima teorica e poi pratica – del soggetto uno dei suoi tratti più espressivi. Si tratta della domanda a proposito della *possibilità* dell'umano. Ma novecentesca può essere considerata anche la *risposta* di Kelsen a tale interrogativo: la possibilità dell'uomo è data solo se l'uomo è quella realtà nell'universo in grado di *porre* leggi e di distanziarsi per questo dalla “natura”, il che ha senso *solo se* la facoltà legislatrice umana è davvero *positiva* e, dunque, non conosce istanze ulteriori a sé. La soluzione affermativa kelseniana in ordine alla possibilità dell'umano risulta così essere *inscindibilmente* legata a quel positivismo giuridico che fa di Kelsen un autore estremamente citato, ancorché spesso a vanvera, addirittura nella duplice e contraddittoria veste di *precursore* o *oppositore* del fenomeno, sconosciuto prima del Novecento, dell'esperienza totalitaria (nella totale irrilevanza delle vicende personali dello stesso Kelsen in quanto ebreo di lingua tedesca durante l'epoca nazista). Basta la segnalazione della “contraddizione” per mettere in evidenza l'ambiguità del ruolo di Kelsen nel dibattito contemporaneo, che è ambiguo anche perché la sua centralità coincide allo stesso tempo con la sua assenza: si citano, infatti, ora con entusiasmo ora con indignazione – se non addirittura con sdegno – le sue conclusioni, spesso però senza avver-

---

\* Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano.

tire il bisogno di discutere le argomentazioni che le sostengono (contribuendo con ciò, paradossalmente, a lasciare l'impressione di una loro indiscussa solidità).

Il nostro lavoro vorrebbe invece prendere in considerazione queste premesse, che rivelano la dimensione filosofica più interessante del pensiero di Kelsen, concentrandosi in particolare sulle sue critiche al concetto di *legge morale naturale*, per mostrare come – al di là dell'intento – esse si rivelino preziose nella chiarificazione di alcune possibili ambiguità che da sempre hanno accompagnato il riferimento alla “natura” nell'ambito del sapere morale, così come avviene in modo estremamente peculiare nella rielaborazione proposta da Sofia Vanni Rovighi dell'etica aristotelico-tomista. (Inutile ricordare come questo modo di procedere dialettico sia esso stesso “vanniano”). In particolare sono tre le questioni che il confronto con Kelsen contribuisce a chiarire: 1. il senso del nesso tra etica e metafisica, 2. il ruolo del soggetto nell'elaborazione della legge morale, 3. il valore dell'antropologia nella determinazione di ciò che è moralmente buono. Ma procediamo per gradi.

### 1. *La posta in gioco dell'“anarchismo teorico”*: l'uomo

C'è un nucleo di fondo nell'analisi filosofico-antropologica di Hans Kelsen che è bene mettere in evidenza in questo contesto a partire dalla domanda sull'ammissibilità dell'applicazione all'intera realtà del modello di spiegazione *causale*: se tutto ciò che esiste, infatti, è spiegabile in modo esaustivo nei termini di un rapporto tra causa ed effetto, con ciò – è questo il pensiero di Kelsen – diventa impossibile pensare la forma della connessione fra illecito e sanzione<sup>1</sup>, che non è di causa ed effetto ma di *imputazione* (parola kelseniana per eccellenza), laddove la legge dell'imputazione non vale solo per il diritto (e in special modo per la sanzione penale), ma per l'azione intersoggettiva umana in quanto tale, dal momento che la stessa *ricompensa* (a cominciare dal nostro semplice: “grazie”) non è altro che, a sua volta, un atto imputativo<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000, p. 73.

<sup>2</sup> “L'imputazione, a differenza della causalità, giunge a un termine, cioè a quel comportamento umano, che secondo una legge morale e giuridica è la condizione della conseguenza determinata da quella stessa legge: la condizione della ricompensa, della penitenza, del castigo” (Id., *Causalità e imputazione*, in Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 207-227, p. 219). C'è qui sullo sfondo un tema caro anche ad Hannah Arendt: ciò che qualifica un'azione in senso forte come il *perdono* è la capacità di porre termine a un processo che altrimenti, governato dalla logica della *vendetta*, mima nei rapporti umani la legge di causalità della natura (H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Bompiani, Milano 2000).

In fondo la tesi è nota e anche un po' banale: se tutto si riduce a rapporti di causa ed effetto, secondo i canoni del determinismo meccanicistico, la morale e il diritto, che sono l'espressione della libertà, non hanno più alcun senso o, più semplicemente, sono in quanto tali impossibili. La novità sta in ciò che Kelsen fa conseguire da questa tesi e che termina appunto con l'affermazione dell'impossibilità del concetto di *legge morale naturale*. Pensare che "la società si distingue dalla natura soltanto come l'ideologia si distingue dalla realtà"<sup>3</sup> significa, infatti, negare la facoltà legislatrice umana che agisce per imputazioni, finendo a considerare il soggetto stesso nei termini "di un complesso di accadimenti psico-fisici sottoposti alla legge di causa ed effetto"<sup>4</sup>. La ragione per cui negare il determinismo si trova, dunque, nella possibilità della forma dell'imputazione, ma in ultima analisi c'è in gioco la possibilità dell'uomo stesso quale sua fonte. Ecco perché, secondo Kelsen, guardare la società con le lenti adatte ad osservare la realtà naturale significa incorrere in un errore di principio, di *archè*. È l'errore "dell'anarchismo teorico, che non vede altro che pura forza laddove i giuristi parlano di diritto"<sup>5</sup>, un errore di principio che consiste, dunque, nello smarrimento dell'umano. Come da questo discende l'impossibilità del concetto di una *legge morale naturale*?

Il punto sta nelle implicazioni che dipendono dalla distinzione fra causalità e imputazione<sup>6</sup>: se "la connessione tra causa ed effetto è indipendente dall'atto di un essere umano, la connessione tra un illecito e la sanzione

---

<sup>3</sup> KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, p. 73.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibi*, p. 75.

<sup>6</sup> In *Società e Natura* (Einaudi, Torino 1953) Kelsen ritorna su questa distinzione mostrando come il dualismo tra causalità e imputazione, e più radicalmente ancora: la coscienza di esso, non sia sempre stata presente nella storia delle idee, tanto da essere un risultato piuttosto recente. L'animismo dei popoli primitivi, infatti, come il comportamento dei bambini di ogni tempo, che sgridano il tavolo contro cui si sono imbattuti, indicano una confusione tra causalità e imputazione nella forma di un'interpretazione personalista della realtà naturale. Sarebbe interessante seguire qui l'analisi di Kelsen a proposito di come l'uomo tenda sempre ad interpretare la sua esistenza e l'intera realtà in termini imputativi: di questo vi è traccia nel concetto greco di *causa* (etimologicamente = colpa) e nella filosofia medievale e moderna. Da qui Kelsen deduce addirittura che l'unica possibilità per distinguere accuratamente le due leggi consiste nella negazione della validità del creazionismo come dottrina metafisica, pena la *reductio ad unum*. Poiché non è questo il luogo per un'analisi di queste tesi, che poggiano sull'indebita equiparazione del creazionismo *tout court* al deismo meccanicistico (Dio è la ragion d'essere del contingente e non la prima causa efficiente di un processo meccanicistico), ci accontentiamo della battuta leibniziana: "*Cave a consequentiariis!*". Per un'analisi dettagliata rimandiamo invece al nostro: A. MUSIO, *L'autonomia come dipendenza. L'io legislatore*, Vita e Pensiero, Milano 2006, pp. 85-90.

giuridica è stabilita da un atto, o da atti umani, da un atto che produce diritto<sup>7</sup>, cioè da un atto il significato del quale è una norma”<sup>8</sup>.

Si situa qui, sulla scorta di queste annotazioni apparentemente piane, la saldatura con la questione del positivismo ossia con la tesi secondo cui le norme, morali o giuridiche che siano, possono avere solo un significato positivo ed essere dunque creazioni esclusive di un soggetto.

## 2. La necessità del positivismo morale

Il dover essere dell'imputazione, che si distingue da quello della causalità naturale (*müssen* quest'ultimo, *sollen* il primo), *in quanto dipendente* da un atto del soggetto, non può che essere il frutto della posizione dell'uomo: l'uomo, in altri termini, è il creatore della legge, anche di quella morale, e in quanto suo autore (cade qui la distinzione kantiana fra il soggetto che pur essendo legislatore non è anche l'autore della legge<sup>9</sup>) ne è l'unica fonte. La mossa è abile: poiché la distinzione fra causalità e imputazione è data da un atto umano ed è l'atto positivo umano a porre la connessione (fra illecito e sanzione e prima ancora: la legge della stessa connessione), ne deriva che la normatività può essere solo di tipo positivo. Ergo: l'idea di una legge morale naturale di cui il soggetto non sia l'autore – perché il soggetto, semmai, è colui che la *scopre* – comincia ad essere fuori gioco: il famoso attacco kelseniano al giusnaturalismo è già tutto qui e, come si nota, compare in punta di piedi.

A questa importante obiezione si può rispondere, pur rimanendo all'interno del paradigma kelseniano della distinzione tra causalità e imputazione, mostrando come la condizione del *sollen*, del *dover essere* sia proprio quella libertà umana grazie a cui l'uomo si sottrae al determinismo – ed è per questo che Sofia Vanni Rovighi chiama in causa la *libertà* come uno dei due fondamenti metafisici della legge morale naturale, legge che è *sollen* proprio perché non è *müssen*, ossia perché può essere di fatto trasgredita: il *sollen*, per usare la terminologia vanniana, esprime “il carattere imperativo della legge morale”, che è via al fine iscritto nell'essere di ogni singolo uomo (ecco il secondo fondamento metafisico dell'etica: il finalismo uni-

---

<sup>7</sup> Come bene è stato notato, il termine “diritto” va inteso qui in senso lato: se l'uomo è quell'essere che è in grado di agire e dunque di sanzionare (in termini premiali oltre che penali), ciò significa che egli agisce *giuridicamente* e che ognuno è una sorta di tribunale ambulante (Cfr. G. CONTRI, *Leggi. Ambiti e ragioni dell'inconscio*, Jaca Book, Milano 1989 e dello stesso Autore la nuova edizione de: *Il pensiero di natura. Dalla psicoanalisi al pensiero giuridico*, Sic Edizioni, Milano 2006).

<sup>8</sup> KELSEN, *Causalità e imputazione*, p. 209.

<sup>9</sup> I. KANT, *Metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 30.

versale della realtà che, nel caso dell'uomo, è appunto affidato – per ciò che concerne gli atti “umani” – alla libertà).

Ma Kelsen rigetta di fatto questa obiezione, tanto che anzi è solo alla luce di essa che si può comprendere una sua tesi, altamente suggestiva, secondo cui non è la libertà a costituire il fondamento dell'imputazione, ma è semmai quest'ultima a rendere possibile la prima<sup>10</sup>. Mentre la libertà è generalmente “intesa come esenzione dal principio di causalità”<sup>11</sup>, secondo Kelsen si deve riconoscere che è vero “invece giusto l'opposto. Gli esseri umani sono liberi perché imputano la ricompensa, la penitenza o il castigo come conseguenza, al comportamento umano come condizione”<sup>12</sup>. In altri termini la libertà è possibile perché esiste la possibilità di imputare. Ma qui è facile vedere come Kelsen confonda – in nome del suo intento polemico – la *ratio essendi* dell'imputabilità (ovvero il fatto che vi è imputazione in quanto c'è libertà) con la *ratio cognoscendi* della libertà (il fatto che conosciamo la libertà, perché imputiamo qualcosa a noi stessi o agli altri), tanto che l'analisi si sposta e ci porta, come vedremo, all'attacco di Kelsen nei confronti dell'altro fondamento metafisico dell'etica indicato da Sofia Vanni Rovighi, quello relativo alla finalità iscritta nella natura umana.

Si diceva, dunque, che secondo Kelsen l'imputazione richiede il positivismo. E in fondo si può riconoscere che senza un uomo che formula una legge, quest'ultima non vi sarebbe in quanto norma di cui gli uomini possano discutere, cercandone o meno la giustificazione (una norma, infatti, non è una cosa che si incontra per strada). Il che, però, sarebbe come dire che non ci sarebbe l'etica senza l'uomo, affermazione che non pare una gran rivelazione. Il punto, dunque, è come vada inteso il ruolo del soggetto nell'etica, e proprio questo dovremo chiarire. Come si vede, già da questa breve analisi, sono in gioco almeno due delle tre questioni su cui ci intendiamo concentrare: la messa fuori gioco di ogni possibile fondazione metafisica (per l'imputazione è *sufficiente* l'atto umano) e la qualifica del soggetto come legislatore positivo in termini morali e giuridici. In effetti, per Kelsen, le due questioni stanno insieme: non solo, come sopra spiegato (cfr. *supra*, nota 6), la distinzione tra causalità e imputazione sarebbe resa impossibile dal creazionismo (tema metafisico), ma da questa distinzione deriverebbe anche che la possibilità della legislazione (imputazione) si fonda sulla facoltà legislatrice umana (anziché sulla libertà), la quale non può che essere, dunque, *positiva*. Già si è mostrato per quali ragioni queste

---

<sup>10</sup> Tesi suggestiva, questa, perché mira a togliere alla libertà il suo carattere “astratto”, in nome del dato incontestabile secondo cui gli atti imputativi possono accrescere la libertà: un soggetto incapace di imputare è, per così dire, perlomeno indifeso.

<sup>11</sup> KELSEN, *Causalità e imputazione*, p. 220.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

tesi di Kelsen non paiano consistenti e debbano rimandare ad altre, e più convincenti, soluzioni teoriche.

### 3. *La dissoluzione del concetto di ragion pratica come condizione per il soggetto legislatore*

A ben vedere, però, l'argomentazione di Kelsen muove anche da un altro assunto. Kelsen scrive, infatti, che le norme non sono "come nell'etica di Kant, ordini privi di un soggetto che ordina, esigenze prive di un soggetto che esige, cioè norme senza atti che statuiscono le norme stesse"<sup>13</sup>. Ciò significa che la sua tesi secondo cui "la morale è *positiva* come il diritto e soltanto una morale positiva può esser presa in esame da un'etica scientifica"<sup>14</sup>, poggia sulla *convinzione* che il riferimento alla natura e la fondazione metafisica dell'etica renderebbero vana la stessa facoltà legislatrice umana (per Kelsen, Kant resta infatti, nonostante tutti i travestimenti, un giusnaturalista, sicché l'obiezione è in fondo la stessa e per i fautori del concetto di una *legge morale naturale* e per l'impostazione kantiana). Non solo: i debiti dell'etica nei confronti dell'antropologia e della metafisica trasformano il soggetto in un essere statico (la natura dell'uomo è invocata, infatti, come *permanente*)<sup>15</sup> che, al più, svolge nella sua esperienza morale una sorta di gioco nevrotico e inutile: poiché tutto è già deciso, l'uomo sembrerebbe agire dando ordini che non lo riguardano e esprimendo esigenze che non avverte. E il punto, verrebbe da dire con Kelsen, consiste proprio nel fatto che il soggetto ha, invece, ordini e esigenze, laddove questi ordini e queste esigenze sono mutevoli e non sono già stabiliti una volta per tutte nella notte dei tempi.

Se le conseguenze che Kelsen intende ricavare dalla distinzione tra causalità e imputazione non sono dunque cogenti, egli sostanzia in ogni caso

---

<sup>13</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. di M.G. Losano, Einaudi, Torino 1966, p. 73, nota 1.

<sup>14</sup> *Ibi*, p. 77.

<sup>15</sup> Kelsen appartiene infatti a quella schiera di autori che rigetta il concetto di una legge morale naturale in quanto espressivo di un'antropologia *statica* che decide metafisicamente già tutto dell'uomo. Emblematico in questo senso è il saggio *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico* (il saggio si trova in *Appendice* al volume: *Teoria generale del diritto e dello stato*, Edizioni Comunità, Milano 1952, pp. 395-454), il cui programma è racchiuso nel paragrafo intitolato "il principio *statico* del diritto naturale e il principio *dinamico* del diritto positivo", che lascia intendere come per Kelsen "la legge naturale e l'assolutismo metafisico siano una sola cosa" in nome del comune esito di dissoluzione della facoltà legislatrice umana e, dunque, dello stesso uomo (F.M. SCHMÖLZ, *Das Naturgesetz und seine dynamische Kraft*, Paulus Verlag, Freiburg 1959, p. 7).

la sua tesi circa l'ineliminabilità del positivismo a partire dall'idea secondo cui: "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>16</sup>. La facoltà legislatrice umana sarebbe dunque inutile, tutto si troverebbe a essere già fatto e l'uomo, come nell'anarchismo teorico, annullato nella sua realtà o costretto a vivere nell'universo di un ubriaco, in cui tutto appare senza senso (inutile notare come questa annotazione sia essa stessa debitrice di una comprensione oggettivistica della natura dell'uomo quale soggetto autonomo nel porre norme).

Kelsen è estremamente coerente con questa sua impostazione, sicché decide di difendere la facoltà legislatrice umana costi quel che costi, fino alla dissoluzione del concetto di *ragion pratica* (in quanto dichiarato contraddittorio) e all'abbandono della stessa facoltà legislatrice all'irrazionalismo della pura volontà (*sollen=wollen*). Kelsen si spinge infatti a sostenere che tale facoltà non ha alcun nesso con la ragione, con il proposito di sottrarla così alla passività di una ragione che riconosce dei contenuti che non è essa a costituire, finendo però a vaneggiare una volontà del tutto slegata dalla conoscenza e che a rigore dovrebbe essere, per questo, assolutamente inerte perché cieca. Nondimeno Kelsen prosegue nel suo cammino e senza esitazioni dichiara contraddittorio il concetto di *ragion pratica*, a partire dalla tesi secondo cui "una ragione che statuisca norme è una ragione che conosce ed al tempo stesso vuole, è cioè conoscere e volere ad un tempo" (ecco qui l'asserita contraddizione<sup>17</sup>), potendo così contemplare la purezza – senza capacità di *reale* presa sulla realtà – di una facoltà legislatrice dipendente unicamente dalla volontà e al riparo dal "contraddittorio concetto di *ragion pratica*, che 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>18</sup>.

Ora, questa tesi – che porterà Kelsen a formulare nella sua ultima opera addirittura il divorzio tra logica e norma<sup>19</sup> – è palesemente assurda, tanto che non si può credere che Kelsen non veda che per volere una "cosa" occorre prima averne una qualche, ancorché approssimativa sin che si vuole, conoscenza. Perché giungere, allora, sino a una tale affermazione, che tanto ha lasciato in confusione gli stessi seguaci kelseniani per le sue

<sup>16</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, pp. 173-206, p. 178.

<sup>17</sup> Come è ovvio, basta pensare a due facoltà distinte, l'intelletto e la volontà, per togliere la contraddizione.

<sup>18</sup> ID., *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino 1975, p. 88.

<sup>19</sup> Cfr. *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino 1985.

implicazioni giuridiche quasi kafkiane, dal momento che il volontarismo arbitrario di un giudice in una sentenza – tanto per essere concreti – non è propriamente desiderabile?

La risposta a questa domanda è piuttosto articolata e ha il pregio di far cogliere una ragione essenziale della strategia di far poggiare “la fenomenologia della vita morale” – per usare le parole di Sofia Vanni Rovighi – sullo “scheletro metafisico” rappresentato dalla libertà e dal principio di finalità<sup>20</sup>. Quando Kelsen scrive: “noi definiamo ragione la funzione conoscitiva dell’uomo. Però, la statuizione di norme, la legislazione, non è una funzione conoscitiva”, ciò che più conta è la spiegazione di questa tesi. Scrive infatti: “con la statuizione di una norma non si conosce 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>21</sup>. Kelsen è attento qui a rispettare la legge di Hume: la legge morale indica qualcosa che non è già, e che per questo appunto *deve essere*. Per lui ciò significa che il *dover essere*, non essendo già, non può essere conosciuto, ma solo voluto. Questa conclusione è falsa; infatti, per fare degli esempi, noi facciamo abitualmente previsioni in merito a ciò che accadrà a un certo soggetto, se per esempio mangia troppo, o a una pianta, se non viene innaffiata per lungo tempo – il che, come è stato notato<sup>22</sup>, rivela quanto spesso ci serviamo a pieno titolo nel nostro linguaggio di proposizioni informative in cui parliamo non di ciò che è ma di ciò che *dovrà essere* (un’indigestione, per restare nell’esempio). Se dunque anche il *dover essere* – come spiega l’analogia – può essere oggetto di conoscenza, proprio qui è possibile comprendere la ragione del nesso che lega, pur nella specifica differenza di ambiti, l’etica alla metafisica e all’antropologia. Scrive Vanni Rovighi a proposito dell’oggetto dell’etica in quanto qualcosa che *deve essere* fatto o attuato e che, dunque, ancora non è: “un ideale è per definizione una cosa che non c’è ancora, che non è ancora attuato, e allora come si fa a scoprirlo? Si scopre, infatti, ciò che già esiste, non ciò che deve essere”<sup>23</sup>. Come si vede il problema è lo stesso di Kelsen (anche se è diverso l’oggetto: nel caso di quest’ultimo il dover essere è infatti la norma, nel caso di Vanni Rovighi è invece il *bene* in relazione al quale la legge è pensata come “via a...”). Ed è qui che si può apprezzare la soluzione vanniana:

<sup>20</sup> S. VANNI ROVIGHI, *Elementi di filosofia*, vol. III, La Scuola, Brescia 1992, p. 199.

<sup>21</sup> KELSEN, *Il problema della giustizia*, pp. 87-88.

<sup>22</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, Città del Vaticano 1998, pp. 210-236, in particolare p. 221).

<sup>23</sup> VANNI ROVIGHI, *Elementi di filosofia*, vol. III, p. 191.



il riferimento alla metafisica nell'etica consiste solo nella cognizione del fatto che tutta la realtà è finalizzata, ossia che – contrariamente all'assunto di Kelsen – essa è dinamica e non statica, consta cioè di una pluralità di enti che hanno in sé un dover essere che ne guida il dinamismo (il mondo non è da questo punto di vista l'insieme sclerotizzato della totalità dei fatti), anche se nel caso dell'uomo questa immanenza del *dover essere* nell'essere è affidata, per ciò che riguarda l'ambito morale, alla libertà – ecco il secondo riferimento metafisico.

In fondo il legame dell'etica alla metafisica è tutto qui: sicché non sembrano sensati gli appelli a difesa dell'autonomia dell'etica dalla metafisica<sup>24</sup> – se è di questo che stiamo parlando. Il riferimento alla metafisica lascia infatti immediatamente il passo all'antropologia, nella misura in cui il ricercato “ideale umano” altro non è che “il fine dell'uomo in quanto uomo, e la finalità di un ente può essere in certo modo scoperta nella sua natura”<sup>25</sup>. Altra tesi tutt'altro che indecente, in quanto si limita a dire che per capire quale sia il fine dell'uomo occorre guardare *chi* è l'uomo, e dunque prendere in esame la nostra esperienza – un'esperienza che presenta alcuni tratti effettivamente permanenti (come potremmo comprendere, altrimenti, le esigenze comunicate da chi è vissuto prima di noi?) e altri assolutamente peculiari che sono però – gli uni e gli altri – per ciascuno sempre una scoperta ossia qualcosa di nuovo: il singolo uomo non è infatti *l'umanità*. (Basti quanto detto per mostrare come sia illusorio pensare che il riferimento alla natura condanni a staticità e a assenza di novità, come paventa Kelsen).

Chiaramente qui S. Vanni Rovighi riprende il percorso tomistico: “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).

La finalità dell'uomo non è *conosciuta* metafisicamente, è solo *giustificata* metafisicamente (principio di finalità), mentre è conosciuta per *approssimazione* a partire dall'esperienza dell'uomo, alla luce delle sue

---

<sup>24</sup> Cfr. su questo la letteratura in lingua tedesca derivata dall'analisi di W. KLUXEN e in particolare il testo: *Philosophische Ethik bei Thomas von Aquin* (1963), Felix Meiner Verlag, Hamburg 1998<sup>3</sup>, di cui esiste una traduzione in italiano: *L'etica filosofica di Tommaso d'Aquino*, Vita e Pensiero, Milano 2005 (in particolare pp. 121 ss.).

<sup>25</sup> VANNI ROVIGHI, *Elementi di filosofia*, vol. III, p. 191.

determinazioni ontologiche. Proprio su questo punto Kelsen muove, però, le sue più puntuali obiezioni ed è qui che occorre riuscire a sostenere la prova del “tribunale kelseniano”, perché in gioco c’è la consistenza teorica dell’idea stessa di una legge morale naturale: sacrifica, dunque, l’impostazione criticata da Kelsen il ruolo del soggetto?

#### 4. *Il tribunale kelseniano*

Abbiamo visto che la ragione apprende come buone “tutte le cose verso le quali l’uomo ha un’inclinazione naturale”; sembrerebbe trattarsi di una scoperta, dunque. Ora, se Kelsen ha sempre posto l’alternativa tra “scoprire” e “porre” – per sostenere, come visto, che di facoltà legislatrice si può parlare solo nel secondo caso – egli si preoccupa anche di mostrare che, in realtà, la citata alternativa non si dà affatto, perché tutto si riduce a positivismo, anche se si cerca di celare l’intervento positivo attraverso il richiamo a una *scoperta* inevitabilmente fittizia. Le norme sono infatti presupposte, ossia poste in modo nascosto: “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>26</sup>, secondo una dinamica imputabile anche all’impostazione tomista delle inclinazioni naturali. La via delle inclinazioni – Kelsen le chiama con un rilevante scivolamento semantico: *istinti* – sarebbe nei fatti impercorribile. Da un lato, perché nel medesimo soggetto non vi sono poche, chiare inclinazioni naturali, ma una serie di istinti in contrasto fra loro, egoistici alcuni ed altruistici gli altri – malvagi i primi, buoni i secondi<sup>27</sup>. Dall’altro perché, proprio per questa ragione, si finisce a dover distinguere paradossalmente fra tendenze naturali e innaturali: “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>28</sup>. Non è, quindi, la natura a dire come deve essere la norma, ma la norma presupposta a dire come deve essere la natu-

<sup>26</sup> KELSEN, *Il problema della giustizia*, p. 78.

<sup>27</sup> *Ibi*, pp. 79-83, in particolare p. 82.

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

ra 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>29</sup>. Né si esce dal circolo, sostenendo che il naturale “naturale” è ciò che emergerebbe “nel comportamento dello stragrande maggioranza degli uomini”<sup>30</sup>, mentre il naturale “innaturale” quello che invece riguarderebbe solo la minoranza. “Una regolarità di tal genere è accertabile soltanto in gruppi localmente determinati e in periodi cronologicamente delimitati”<sup>31</sup>, e più ancora ciò “è possibile solo presupponendo una norma prescrivente che, all’interno di un certo gruppo, ci si deve comportare così come suole comportarsi regolarmente la stragrande maggioranza degli individui di questo gruppo per un lungo periodo”<sup>32</sup>.

Il tribunale di Kelsen è così delineato intorno all’accusa, ben formulata, secondo cui l’uomo trova nella natura ciò che lui stesso vi ha messo, sicché – questa la “modesta” richiesta di pena – onestà intellettuale vorrebbe che si gettasse la maschera per riconoscere che è l’uomo l’unica realtà da cui possa scaturire la norma: “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>33</sup>.

### 5. Tentativo di una difesa

Esaminiamo l’argomento: nell’uomo vi è una pluralità di tendenze e l’ordine di cui parla Tommaso è tutt’altro che evidente – il cuore dell’uomo infatti è sempre stato inquieto, i suoi desideri magmatici, le sue pulsioni contrastanti e talvolta inconfessabili. Ora, l’argomento tomistico non nega tale complessità e anzi concorda con Kelsen nell’idea che non si possa confondere il *naturale* con ciò che è statisticamente diffuso. Piuttosto, questo designa ciò che è *normale* all’interno di una comunità, lasciando aperto, appunto, 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. Si dirà: “ma anche discriminare è naturale!”. Ha ragione Kelsen, dunque, nel

---

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibi*, p. 84.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibi*, p. 85.

<sup>33</sup> *Ibi*, p. 122.

ritenere che per questa via si cade nella circolarità viziosa di una natura non naturale e di un naturale invece innaturale?

Il problema, banalmente, è che cosa si intenda per *natura*. Nell'accezione di Kelsen (o se si preferisce: in quella "incriminata" da Kelsen) questo termine sembra avere un'estensione così ampia da essere equivoca, tanto da designare nemmeno la *sola* biologia umana – il che sarebbe sbagliato in termini normativi, anche se avrebbe il pregio di un'estensione ben definita! – quanto piuttosto *tutto ciò che accade o può accadere all'uomo*, e allora in questo senso sarebbe "naturale" anche, per fare un esempio, il morire risucchiati da un buco nero creato dagli scienziati nel tentativo di simulare il big bang. Il "naturale" che ha significato *normativo*, come si evince dal passo di Vanni Rovighi precedentemente citato, riguarda invece ciò che rientra nella *definizione* dell'uomo come *sostanza vivente e pensante*<sup>34</sup> (l'inclinazione all'auto-conservazione è infatti comune a tutte le sostanze, quella alla generazione a tutti gli animali, mentre quella alla conoscenza della verità è peculiare all'uomo).

E qui sembra facile obiettare con Kelsen che esiste tanto la tendenza alla conservazione di sé quanto quella al suicidio, sicché non si vede perché chiamare "naturale" la prima anziché la seconda. Ora, a prescindere dal fatto che sarebbe da verificare se esista davvero una tendenza al suicidio, o se questa non sia piuttosto il desiderio di uscire da una situazione che affligge il soggetto, tale che, eliminata la situazione, il soggetto non desidererebbe affatto di morire, ma di continuare felicemente la sua esistenza ("anche chi va a impiccarsi desidera essere felice", amava dire Pascal) – il che confermerebbe appunto la forza della prima determinazione ontologica – il punto è che il problema morale si pone proprio perché ci sono possibilità alternative, possibilità che, da par loro, devono avere perlomeno un qualche fascino, altrimenti non si vede perché l'uomo opterebbe per una possibilità o per l'altra.

“È un fatto che tanto la tendenza verso il prossimo quanto quella a rinchiudersi in se stessi rientrano nella natura umana”. Ma nessuno nega questi “fatti”, il problema, semmai, è il *valore* di questi fatti, un valore che non discende – humanamente – dai fatti stessi. Da questo punto di vista, dunque, quando Kelsen scrive: è “una natura *ideale* quella che questa teoria deduce dal diritto che essa presuppone come ideale”, nella misura in cui ciò significa che la natura a cui ci si appella non è un puro fatto, ma è appunto un essere che ha in sé un *dover essere*, ossia qualcosa che l'uomo è chiamato a attuare, afferma qualcosa di vero – tanto che questa è anzi l'occa-

---

<sup>34</sup> Ho appreso da Adriano Pessina questa felice formulazione sintetica.

sione di un'importante precisazione cui spesso non si fa attenzione. Ciò non significa però che tale *dover essere* sia puramente arbitrario (come accusa Kelsen): non è arbitrario riconoscere come normativa la tendenza verso gli altri, perché – come ha notato Hannah Arendt – nella costruzione dello spazio pubblico l'uomo scopre il piacere di abitare un mondo comune, anche se, a volte, può essere normativo stare da soli, se ciò significa sottrarsi alle iniziative che gentilmente pazzi psicotici hanno inteso rivolgerci. Si deduce, infatti, dalla natura di un ente *dinamico* come l'uomo – che ha in sé un dover essere da attuare – che non si vive soltanto per vivere (che senso avrebbe la dinamicità altrimenti?), sicché è bene e bello rischiare la propria libertà nel rapporto con gli altri, anche se ciò non toglie che, dato che per non vivere soltanto occorre però vivere, sia bene sottrarsi alla compagnia dei soggetti precedentemente citati. Perché privilegiare come normativa, dunque, la tendenza alla conservazione? Perché la vita è la condizione di tutti quegli altri beni a cui si può essere chiamati e a cui ci si può chiamare. È un procedimento razionale a determinare quali siano le determinazioni ontologiche *normative* dell'uomo: “la ragione apprende come buone le cose verso le quali l'uomo ha un'inclinazione naturale”, scrive Tommaso, il che significa che è la ragione, quella ragion pratica da Kelsen invece delegittimata, ad avere un ruolo da protagonista nella determinazione del valore di ciò che, altrimenti, sarebbe meramente fattuale<sup>35</sup>.

Nella sua critica Kelsen sembra poi pretendere di identificare i fatti delle inclinazioni come buoni (istinti altruistici) o malvagi (istinti egoistici), ma un'identificazione univoca di questo tipo trova difficilmente spazio nella complessità dell'etica tomista, in cui 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. Lo ripetiamo: è un ragionamento a riconoscere ciò che è normativo a livello dei “fatti” che riguardano l'uomo. Sicché non è vero che sia tutto già risolto e che lo spazio dell'iniziativa umana sia inevitabilmente arbitrario.

È merito di Sofia Vanni Rovighi, poi, aver messo in evidenza come nemmeno l'ordine delle inclinazioni di cui parla Tommaso sia metafisicamente già codificato e puramente da copiare da parte della ragione. Scrive infatti: “non bisogna credere che l'uomo debba conservarsi come qualsiasi altro ente, riprodursi come qualsiasi animale e, in più, speculare sulla

---

<sup>35</sup> A ragione S. Vanni Rovighi insiste su questo punto, osservando che nell'etica tomista, diversamente da quella spinoziana, “le verità morali non sono verità che esistono già fatte, come quelle della geometria, ma verità che debbono essere” (VANNI ROVIGHI, *Elementi di filosofia*, vol. III, pp. 190-191).

verità. Un uomo deve conservarsi da uomo, e questo può esigere che si conservi maluccio, per esempio quando in tempo di carestia e di razionamento, non potrebbe conservarsi bene se non portando via agli altri il necessario; può esigere che rischi la vita per portare un soccorso necessario a un malato contagioso. Così pure un uomo deve vivere da uomo la vita del sesso, il che esige per esempio (anche prescindendo da problemi più complessi) che in una società non si tenga un gruppo di donne (ossia di esseri umani) in stato di schiavitù per assicurarsi buona salute e prevenire il rischio di malattie nei baldi giovani”<sup>36</sup>.

Kelsen ha cercato di difendere strenuamente la facoltà legislatrice umana, e per questo ha rifiutato ogni forma di giusnaturalismo, abbandonando però la stessa facoltà all’irrazionalismo. Questo contributo intende allora mostrare come, paradossalmente, proprio l’impostazione della legge morale naturale garantisca la facoltà legislatrice umana. Non solo perché non dissolve il concetto di ragion pratica, non solo perché l’ordine delle inclinazioni è dinamico e da costituire, ma per la complessità stessa della vita morale che quasi mai si presenta come la scelta tra un bene e un male auto-evidenti. Ciascuno di noi, infatti, ogni giorno fa una gerarchia di beni con cui orienta la sua esistenza, mettendo ai primi posti certe cose e relegando le altre più in fondo; a volte a torto, a volte a ragione. È questa, in fondo, la facoltà legislatrice umana.

---

<sup>36</sup> *Ibi*, p. 222.