



KELSEN IN ITALIA: UNA RECEZIONE A *CONTRARIO**

ANTONIO MERLINO**

SOMMARIO: 1. *Kelsenisieren*. I molti profili di un ritratto. – 2. Il giovane Kelsen e la storia: *die Staatslehre des Dante Alighieri*. – 3. Kelsen come chiave di lettura de *L'ordinamento giuridico*. – 4. *Kelsen tradotto*.

1. *Kelsenisieren. I molti profili di un ritratto*

Ci siamo abituati al kelsensismo. Con ostinazione si è da più parti cercato di tratteggiare un ritratto monolitico del grande giurista, simile al busto scolpito da Ferdinand Welz e custodito nella Facoltà di Giurisprudenza a Vienna. Un solo pensiero, la dottrina pura, un solo uomo, un solo giurista. E una teoria generale, sottratta al tempo e allo spazio, e quindi valevole per ogni quando e per ogni dove. Una profonda ingiustizia per un pensatore poliedrico, dalla lunga e travagliata vita, dai molti interessi, dalle molte passioni e dalle molte vicissitudini¹. È giuoco facile ridurre tutto questo a uno stilizzato elenco di idee immobili. Noi sappiamo invece che vi furono più Kelsen, molti profili riunibili soltanto se ricondotti all'itinerario storico del giurista e del suo pensiero. Noi sappiamo che vi fu un giovane appena più che ventenne il quale scrisse una monografia su Dante Alighieri, un talentuoso studioso che si abilitò nel 1911 in

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

** Professore a contratto (Priv. Doz. DDr., Dr. Habil) di *Vergleichendes Verfassungsrecht e Rechtsphilosophie* nell'Università Paris Lodron di Salisburgo. Questo scritto è stato redatto per il mio intervento al *Convegno del Forum italo-austriaco di diritto comparato in occasione della ricorrenza dei 50 anni dalla scomparsa di Hans Kelsen/Tagung des italienisch-österreichischen Forums für Rechtsvergleichung aus Anlass des 50. Todestages von Hans Kelsen*, tenutosi a Roma il 3 e 4 aprile 2023 e i cui atti sono in corso di pubblicazione.

¹ Si tenga a mente l'autobiografia di H. KELSEN in *Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, in *Werke*, Bd. I, hrsg. von M. Jestaedt in Kooperation mit dem Hans Kelsen Institut, Tübingen, 2007, trad. it. di M.G. Losano, *Scritti autobiografici*, Reggio Emilia, 2008. Si confronti con R.A. MÉTALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, 1969. Si veda infine di recente T. OLECHOWSKI, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Tübingen, 2020.

Staatsrecht e *Rechtsphilosophie* con una monografia che rivoluzionò la dottrina di diritto pubblico, un *Privat Dozent* fino al 1917, poi un professore straordinario e infine, nel 1919, un ordinario nell'Università di Vienna che fu chiamato da Karl Renner a svolgere un ruolo di prim'ordine nella redazione della Costituzione federale austriaca del 1920², un Kelsen filosofo e un Kelsen giudice della Corte costituzionale³, un Kelsen viennese⁴ e un Kelsen cosmopolita e internazionalista, uno esule a Colonia e poi a Ginevra e infine negli Stati Uniti, a Harvard e quindi a Berkeley, un Kelsen americano e un Kelsen tradotto in mezzo mondo, un Kelsen eclettico che leggeva Freud e scriveva sull'amor platonico o di antropologia e persino di fisica quantistica⁵, un Kelsen anziano giurista poco compreso nel Nuovo mondo. E tra tutti questi profili, vi fu anche un Kelsen italiano.

Quando gli interpreti degradano un pensiero a teoria generale gli fanno un torto immane, giacché interpretare significa comprendere la vita e l'evoluzione di quel pensiero e non invece astrarlo e sublimarlo nella schematica griglia di una recezione acritica e devitalizzata. Quando il pensiero del giurista praghese e radicatosi nella Vienna ai tempi della *belle époque* giunse in Italia, questo fu estrapolato dal suo originario alveo sociale, politico e storico. Fu rarefatto a pura filosofia, applicabile a prescindere dalle sue origini e dal contesto nel quale si sviluppò, e infine liberato dagli intenti e dalle aspirazioni che lo generarono. Una teoria generale senza storia.

E invece non solo Kelsen ha una storia, ma ha anche una storia italiana. La storia della sua recezione. Questa storia non è solo l'assemblaggio o la ricostruzione o la mera compilazione delle varie teorie generali che furono ispirate dalla *Reine Rechtslehre*, ma semmai la storia della recezione critica di Kelsen⁶. Essa ci narra di come un pensiero sorto e sviluppatosi nell'ultimo tratto di una monarchia secolare a vocazione universalista - e poi trapiantatosi nello sviluppo democratico dell'Austria all'indomani del 1918 - si sia rispecchiato nella dottrina italiana, mutando radicalmente di segno e agitando ulteriormente le acque già mosse della giuspubblicistica e della filosofia italiane.

Quel profilo, già di per sé poliedrico, mutava una volta trasmigrato in Italia. Il Kelsen italiano è così un altro, che si specchia nelle interpretazioni critiche della dottrina locale. Per capire un mondo bisogna sempre capirne un altro: in questo giuoco di specchi riflessi, inforcando le lenti del kelsenismo, possiamo forse capire qualcosa di più se non di Kelsen, di noi stessi. Del resto, un grande giurista della passata generazione soleva dire che la dottrina italiana non può prescindere dal pensiero del giurista di Vienna. Può emularlo, adeguarlo al presente, contrastarlo, ma di certo non

² Tra gli scritti di H. KELSEN sulla democrazia si ricordino su tutti *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1920, 50-85 e *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien-Leipzig, 1925.

³ R. WALTER, *Kelsen als Verfassungsrichter*, Schriftenreihe des Hans. Kelsen Instituts 27, Wien, 2005.

⁴ C. JABLONER, *Kelsen and his Circle: The Viennese Years*, in *European Journal of International Law*, 1998, 368-385.

⁵ Si vedano ad esempio H. KELSEN, *Society and Nature*, Chicago, 1943 e ID., *Die platonische Liebe*, in *Imago*, 1933, 34-98.

⁶ Rinvio a A. MERLINO, *Storia di Kelsen. La recezione della Reine Rechtslehre in Italia*, con una prefazione di M. Thaler, Napoli, 2012.

ignorarlo. E aggiungeva quel giurista che per poter *philosophieren* occorre *kelsenisieren*⁷. Scrivere cioè una storia. Non di Kelsen, ma di Kelsen riflesso nella dottrina italiana.

2. Il giovane Kelsen e la storia: die Staatslehre des Dante Alighieri

Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* del 1911 Hans Kelsen esponeva per la prima volta compiutamente i suoi ambiziosi progetti di depurazione della scienza giuridica da tutti quegli elementi da lui ritenuti ad essa estranei, se non irrazionali. Egli dichiarava solennemente la necessità di una dolorosa limitazione della «libertà di movimento spirituale» (*geistige Bewegungsfreiheit*) da parte del giurista puro ed espungeva così le ideologie, le passioni politiche, sociologia e psicologia, religione e altre “superstizioni animistiche” e con tutte queste cose la «storia» dalla scienza giuridica finalmente liberata da ogni compromesso con la vita e interamente votata all’ideale perfetto della *Reinheit*. «La storia del diritto – scriveva così Kelsen – non viene presa in considerazione» dal suo sguardo scientifico, giacché «essa costituisce un ramo delle discipline storiche e, in quanto scienza causale, è assai più affine alla scienza naturale e alla psicologia che alla giurisprudenza e all’etica». Insomma, una *actio finium regundorum*⁸.

Eppure, la prima impresa scientifica di un giovanissimo Kelsen confluì in un libro radicalmente “impuro”, un libro dedicato alla *Staatslehre des Dante Alighieri*, edito a Vienna per i tipi di Franz Deuticke nel 1905⁹. Un libro di storia giuridica. Kelsen aveva allora 24 anni, si era da poco laureato ed era lontano dal conseguimento di una *Habilitation*, dava tuttavia già precoce prova del suo talento fuori dal comune.

Così iniziò la storia di Kelsen in Italia. Il libro del giovane giurista non sfuggì alla diligente attenzione di Arrigo Solmi, che vi dedicò una densa recensione sul *Bullettino della Società Dantesca Italiana*¹⁰. Solmi non aveva però strumenti sufficientemente affinati per decifrare l’originale significato giuridico del libro e inforcava inoltre le lenti severe e deformanti del nazionalismo letterario. Gli sfuggiva così, ad esempio, la formidabile intuizione di Kelsen sulla natura della *Monarchia* dantesca: Kelsen vi aveva a ragione visto un libro di diritto pubblico. Un’intuizione formidabile, dicevamo, non colta però dal recensore italiano¹¹. E, fatto questo ancora più sorprendente, il libro del giovane giurista fu del tutto dimenticato e cadde nel più assordante silenzio.

⁷ V. FROSINI, *La critica italiana a Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1961, 201-213, ora in V. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Milano, 1998, 33.

⁸ H. KELSEN, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, [1911], trad. it. di A. Carrino, Napoli, 1997, 8.

⁹ H. KELSEN, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Wien und Leipzig, 1905. Si veda T. OLECHOWSKI, *Hans Kelsen*, cit., 80-85.

¹⁰ A. SOLMI, *H. Kelsen: Die Staatslehre des Dante Alighieri*, in *Bullettino della Società Dantesca Italiana*, 1907, 98-111, ristampato in seguito in A. SOLMI, *Il pensiero politico in Dante*, Firenze, 1922, 107-134. Solmi tornò a scrivere del Dante di Kelsen nel 1908, sempre sul *Bullettino*. Quest’ultimo contributo si può leggere in *Il pensiero politico di Dante*, cit., 135-155.

¹¹ Per una riflessione sul diritto medievale come ordinamento giuridico “senza Stato” si veda su tutti P. GROSSI, *L’ordine giuridico medioevale*, Bari-Roma, 2003.

Forse per la maledizione degli specialismi, forse perché quelle pagine stonavano con il rigoroso logicismo della successiva teoria pura o forse perché i dantisti lo ritennero un libro di diritto e i giuristi lo liquidarono come un'opera stravagante di critica letteraria, fatto sta che in Italia non se ne sentì più parlare per più di sessant'anni, fino a quando Vittorio Frosini lo sottrasse alla polvere delle biblioteche e a quelle sedimentate nelle menti degli interpreti per incoraggiarne una edizione italiana, svolta da Wilfrido Sangiorgi con Gunhild Meyer Vom Bruck e edita nel 1974 con un lampante saggio introduttivo dello stesso Frosini¹². L'Editore bolognese Massimiliano Boni ne aveva promosso la traduzione, chiedendo l'autorizzazione a Deuticke e, con una lettera dell'agosto 1968, all'ottantasettenne Prof. Kelsen.

Con una lettera a Boni l'ultimo Kelsen rispondeva alla missiva e acconsentiva alla pubblicazione italiana dell'opera del suo giovane alter ego, ma solo a patto che all'edizione fosse apposta in calce una sua avvertenza sulla lontananza temporale e forse non solo temporale di quello scritto così insolito per i canoni della purezza in seguito proclamati. L'Editore, che riconosceva il «notevole valore» dell'opera si premurava di pubblicare in calce alla traduzione il frammento della lettera dello stesso Kelsen, nella quale egli raccomandava un'avvertenza per il lettore italiano¹³:

Egregio dott. Boni,

rispondendo alla Sua gentile lettera dell'1 agosto 1968, Le do il mio permesso di pubblicare il mio saggio «DIE STAATSLEHRE DES DANTE ALIGHIERI», però a condizione che venga esplicitamente dichiarato come pura e semplice ristampa della monografia pubblicata nel 1905 – quindi più di 60 anni fa.

Ci vuole questa specificazione perché solo così si spiega perché tutta la letteratura su questo tema, pubblicata dopo il 1905, non è stata presa in considerazione.

Come abbiamo detto, erano trascorsi più di sessant'anni dai tempi di quel precoce studio su Dante. Kelsen non avrebbe mai visto l'edizione italiana che aveva autorizzato, giacché questa fu pubblicata un anno dopo la sua morte, avvenuta a Berkley nel 1973. L'itinerario di Kelsen in Italia era iniziato con Dante e con Dante concludeva.

1974. Vittorio Frosini aveva da poco avviato un fondamentale processo di storicizzazione dell'opera di Kelsen con lo scopo di sottrarre la *Reine Rechtslehre* ai vari tentativi di rarefazione filosofica che miravano invece ad astrarla dalla sua sorgente e dal suo itinerario per trasformarla in teoria generale valevole indiscriminatamente¹⁴. Se accettiamo infatti l'evidenza che una filosofia è sempre e anche la sua storia e che un pensiero nasce e si sviluppa in concreto nel tempo e non aleggia volatile nei cieli immaginari di molti filosofi o filosofi del diritto, allora dobbiamo seguire il presupposto

¹² H. KELSEN, *La teoria dello Stato in Dante*, [1905], trad. it. di W. Sangiorgi e G. Meyer Vom Bruck, con introduzione di V. Frosini, Bologna, 1974, 1-207. L'opera, oggi riconosciuta nella sua fondamentale importanza, è stata riedita con il titolo *Lo Stato in Dante. Una teologia per l'impero*, con una presentazione di P.G. Monateri e una postfazione di T.E. Frosini, Milano-Udine, 2017.

¹³ H. KELSEN, *La teoria dello Stato in Dante*, cit.

¹⁴ Rinvio al mio *L'idealismo giuridico di Vittorio Frosini*, con una prefazione di T.E. Frosini, Foligno, 2019. Si confronti con A. MERLINO, *Vittorio Frosini und das Recht als Morphologie der Praxis*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2021, 878-812.

crociano di identità tra storia e filosofia¹⁵. Trasgredendo questo principio, degraderemmo il pensiero di un grande giurista ad uno strumento ad uso e consumo dei più disparati ed effimeri intenti ideologici. Non è un caso, in questo senso, che illustri studiosi abbiano recepito il pensiero giuridico tedesco senza essere neppure in grado di pronunciare correttamente il nome degli autori dei quali pretendevano di occuparsi, basandosi esclusivamente su male interpretate traduzioni italiane e astraendo dall'originale contesto che rimaneva loro a volte persino precluso¹⁶.

Il pensiero e l'opera di Kelsen hanno una storia, sono prima di tutto storia. Nel 1905, all'epoca della *Staatslehre des Dante Alighieri*, il giovane Kelsen era suddito dell'impero austro-ungarico, il cui declino era del tutto inimmaginabile. Vittorio Frosini pensava che Kelsen avesse visto in Dante un'«immagine riflessa» di se stesso. Se infatti da una parte Kelsen aveva intuito il valore squisitamente giuridico della *Monarchia* dantesca, dall'altra egli aveva considerato Dante un *Vorläufer* del più moderno Stato di diritto. Un precursore, Dante, certo, ma anche un visionario che, per colpa dei tempi non ancora sufficientemente maturi, non aveva potuto dedurre le logiche conseguenze dalle sue precoci e geniali intuizioni.

Aderendo implicitamente ad una concezione della storia lineare e progressiva, ossia a quell'idea di progresso che sarebbe diventata oggetto privilegiato delle critiche di Karl Kraus e di Walter Benjamin, Kelsen vedeva nella storia una graduale ascesa verso quell'ideale di *Rechtsstaat* che si rintracciava *in nuce* nell'opera dell'Alighieri. Questi avrebbe infatti sostenuto l'indipendenza dell'Impero dal potere spirituale, ne avrebbe poi delineato i tratti fondamentali, ma avrebbe revocato in dubbio tutte quelle intuizioni folgoranti con la chiusa del terzo libro della *Monarchia*, affermando la *reverentia* che Cesare deve a Pietro - la stessa che il figlio deve al padre - e quindi una non perentoria subordinazione del potere temporale a quello spirituale.

Così si leggeva nella celebre chiusa dell'opera¹⁷:

Que quidem veritas ultime questionis non sic stricte recipienda est, ut romanus Princeps in aliquo romano Pontifici non subiaceat, cum mortalis ista felicitas quodammodo ad immortalem felicitatem ordinetur. Illa igitur reverentia Cesar utatur ad Petrum qua

¹⁵ V. FROSINI, *La critica italiana a Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1961, 201-213. Pochi anni più tardi Frosini dava alle stampe il saggio *Kelsen e Dante*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, I, Milano, 1967, 519-522 poi rifuso nella prefazione alla versione italiana della *Staatslehre des Dante Alighieri*. Il testo riproduce una comunicazione di Frosini al convegno su Dante e la Magna Curia tenutosi a Palermo nel 1965.

¹⁶ È proprio così.

¹⁷ Cito la traduzione italiana dell'edizione commentata a cura di D. Quagliani, Milano, 2015, 514-517: «La verità di quest'ultima questione però non deve essere accolta in un senso così stretto, che il Principe romano non sia in qualche modo soggetto al Pontefice romano, dal momento che questa felicità mortale è in qualche modo ordinata ad una felicità immortale. Cesare usi dunque a Pietro quella reverenza che il figlio deve al padre: affinché, illustrato dalla grazia paterna, più virtuosamente illumini l'orbe della terra, a cui è stato preposto da Colui solo, che è il governatore di tutte le cose spirituali e temporali». La questione alla quale si fa riferimento costituisce l'ultimo dei *tria dubitata* dell'opera e cioè se l'Impero derivasse *immediate a deo* o se dipendesse invece dal suo ministro o vicario. La metafora dantesca evoca la metafora ecclesiologica dei *duo magna lumina*: un dualismo ordinamentale che a Kelsen non andava evidentemente a genio.

primogenitus filius debet uti ad patrem: ut luce paterne gratie illustratus virtuosius orbem terre irradiet, cui ab Illo solo perfectus est, qui est omnium spiritualium et temporalium gubernator.

Queste parole suonavano a Kelsen come un tradimento del *principio unitatis* esposto nelle pagine precedenti dell’opera e legittimavano infine un inammissibile sdoppiamento dell’ordinamento. L’aspirazione alla *reductio ad unum*, prima avanzata da Dante, e da Kelsen auspicata, sarebbe stata così definitivamente revocata e vanificata.

Così Kelsen¹⁸:

A nessuno può sfuggire la contraddizione in cui si trova la fine del terzo libro con tutta l’opera. Appare quasi che ora Dante ritiri quel superbo vessillo, sul quale egli aveva scritto «l’indipendenza dell’imperatore dal papa», «la libertà dello Stato dalla Chiesa». Con tutti i mezzi di un’acuta dialettica, di una convinzione entusiasta, egli si è sforzato di apportare i presupposti per un autonomo potere statale e ora che si tratta di tirare le conseguenze egli parla con vaghe ed indeterminate parole di una «reverentia» di Cesare per Pietro e che pure in fondo la felicità terrena in qualche modo sia dipendente dal cielo. Con ciò Dante ha essenzialmente reso innocua tutta la sua armoniosa argomentazione!

Con questa critica Kelsen incorreva però in un formidabile anacronismo, giacché Dante aveva infatti deplorato la perniciosa confusione tra potere temporale spirituale e la tesi ierocratica che ai suoi tempi rappresentava per lui un micidiale pericolo¹⁹. Per lui la tragedia del suo tempo consisteva nella confusione della “spada” con il “pastorale” nelle stesse mani, per dirla con le parole di Marco Lombardo, una misteriosa comparsa nel canto XVI del *Purgatorio*. In altre parole, egli lamentava la distruzione della duplice coordinazione universale o, in termini a noi più congeniali, la corruzione di una sorta di divisione dei poteri, perigliosamente accentrati nelle mani del Pontefice nel mondo politico e giuridico di quei tempi²⁰.

Così, la lucidissima intuizione kelseniana sulla natura giuridica della *Monarchia* si combinava con l’astorico rimbrotto a Dante di non essere “abbastanza moderno”, ossia di essere un uomo del suo tempo, e di aver infine tradito il principio di unità (statale): in questa critica si riconosce una prima precoce traccia di quella che sarebbe stata la concezione più evoluta dell’ordinamento giuridico in Kelsen. Negli anni della maturità egli avrebbe proclamato il principio di esclusività e considerato l’ordinamento giuridico statale il solo ed unico, negando così ogni dignità giuridica a qualsiasi altro ordinamento non vi fosse incluso. Nell’*Allgemeine Staatslehre* del 1925 egli avrebbe incisivamente affermato che specialmente la Chiesa non può essere un ordinamento: «wenn die Kirche eine Rechtsordnung ist, dann ist sie Staat»²¹.

¹⁸ H. KELSEN, *La teoria dello Stato in Dante*, cit., 139-140.

¹⁹ Non è un caso che Bonifacio VIII, il rappresentante per eccellenza della tesi ierocratica, sia stato posto nel suo *Inferno*, sebbene questi fosse al tempo della redazione della *Commedia* ancora in vita.

²⁰ Vedasi D. QUAGLIONI, *Quanta est differentia inter solem et lunam. Tolomeo e la dottrina canonistica dei duo luminaria*, in *Micrologus*, 2004, 395-406.

²¹ H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin-Heidelberg-New York, 1925, 133. Traduco per tutti quei filosofi del diritto che hanno difficoltà con la lingua tedesca: «se la Chiesa è un ordinamento giuridico,

Frosini aveva scorto l’origine di quelle idee sull’esclusività dell’ordinamento giuridico nel libro del giovane Kelsen. Da quei tempi giovanili tutto sarebbe repentinamente mutato. Da lì a poco Kelsen conseguì la *Habilitation in Staatsrecht* e in *Rechtsphilosophie* e pubblicò la monografia sugli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tuttavia, nel 1917-1918, quando il suo nome «entrò nel circolo vitale della cultura italiana» egli non era ancora quell’astro di prim’ordine nel firmamento della dottrina giuridica europea²². Aveva 36 anni, nel 1917 ottenne un incarico come professore straordinario, ma solo nel 1919 salì in cattedra come ordinario. Inoltre, nel biennio menzionato, Kelsen non era ancora il “padre nobile” della tradizione democratica e repubblicana né il caposcuola indiscusso della dottrina pura del diritto. A quel tempo di incertezza l’ordinamento asburgico era prossimo al tracollo e il suo futuro politico del tutto inimmaginabile. Kelsen non era insomma ancora diventato chi era destinato ad essere. Un cavallo vincente si vede sulla lunga corsa. Eppure, già nel 1917, la straordinaria carica innovativa del suo pensiero non era sfuggita al fiuto di un altro giurista, che in Italia stava dando in stampa un libretto prossimo a divenire un classico della letteratura giuridica, l’allievo di Vittorio Emanuele Orlando: Santi Romano²³.

3. Kelsen come chiave di lettura de L’ordinamento giuridico

L’ordinamento giuridico di Santi Romano, edito nel biennio 1917-1918, può essere letto con occhiali kelseniani. La teoria istituzionalista o pluriordinamentale di Romano si stagliò per contrasto sull’orizzonte aperto dal grande giurista di Vienna. Romano intuì per primo il talento del suo grande rivale austriaco, ne colse il piglio originale e la carica dirompente, ma soprattutto il significato di cui la sua dottrina si sarebbe arricchita se trapiantata in Italia. Ho detto nel paragrafo precedente che una teoria astratta dalla storia ed elevata a rarefatta teoria generale si presta a divenire strumento delle più disparate operazioni ideologiche²⁴. Lo stesso accade quando una

allora essa è Stato». La storiografia giuridica sostiene che la Chiesa non solo fu un ordinamento giuridico, ma che fu anche il primo modello ordinamentale statale, strutturatosi a partire dalla rivoluzione pontificia. Vedasi H. BERMAN, *Law and Revolution, I. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.) and London, 1983.

²² V. FROSINI, *Kelsen e Romano*, in C. RÖHRSEN (a cura di), *H. Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, 1983, 161-168.

²³ Su Romano si veda tra tutti P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, 119 e ss. Seguendo Grossi, Romano riscopriva la complessità del panorama giuridico non annullabile nel semplificato ed esclusivo rapporto tra Stato e individuo.

²⁴ La recezione del pensiero giuridico austriaco e tedesco ha patito a lungo questo stallo, ingombra dall’esorbitante ruolo del normativismo di Kelsen da una parte e dal decisionismo di Carl Schmitt dall’altra. Nel 1987 Carlo Amirante criticò questo riduzionismo, che adombrava l’importanza di altre importanti dottrine sviluppatesi a partire dagli anni Venti, prima tra tutte quella di Hermann Heller, giurista di solida preparazione storicista, che per primo denunciò una corruzione del concetto di sovranità nella scienza giuridica dei suoi tempi. Riducendo il complesso panorama dottrinale a due sole grandi teorie le si accettava al contempo nella loro generalità, adattabile così in Italia come ovunque. Si veda la prefazione di C. Amirante nella nuova edizione di H. HELLER, *L’Europa e il fascismo. Alle origini del pensiero autoritario*, con una postfazione di A. Merlino, Foligno, 2023. Sulla recezione acritica di Schmitt in Italia ho già detto a sufficienza in un breve scritto su *Hermann Heller tra Kelsen e Schmitt*, in

teoria viene trapiantata dal suo originario contesto socio-politico e nazionale in un altro: proprio questo fu il caso della *Reine Rechtslehre*, nata nella Vienna cosmopolita, capitale di un impero plurinazionale a vocazione universalistica, e poi recepita nella giovane Italia unitaria, ai tempi già lambita dalla acuta crisi del regime albertino. Kelsen in Italia non è più Kelsen: è un'altra cosa. È la storia della sua recezione.

Il Romano teorico, che qui vogliamo separare dal giuspubblicista e dal giurista saldamente incardinato nelle strutture del regime, aveva compreso prima di tutti e meglio di altri il profilo di Kelsen *im Spiegel*, nello specchio, della scienza giuridica italiana. Non per caso egli dedicò a Kelsen un posto d'onore nel suo *L'ordinamento giuridico*, sin dalla prima nota della prima pagina come a presagire le conseguenze dell'innesto di quelle idee su un tronco già pronto ad accoglierle.

Lo statalismo kelseniano in Austria aveva infatti tutto un altro significato politico rispetto allo statalismo celebrato dalla maggioranza dei giuristi italiani ai tempi dello Statuto albertino. Nel primo caso si tentava di edificare un comune tetto neutrale e avaloriale per accogliere entro i confini statali la pluralità dei valori e delle *Weltanschauungen*, nel secondo caso lo Stato-nazione era in balia della sua più furente esaltazione e di un culto forsennato della potenza, attribuita per legge ad un gruppo dominante e alle sue “mitologie”²⁵.

Nella nota numero 1 de *L'ordinamento giuridico*, gli *Hauptprobleme* di Kelsen sono citati come rappresentativi di «un punto di vista» «esasperato sino alle estreme conseguenze»²⁶.

La riflessione di Romano si sviluppa in radicale opposizione all'idea che lo Stato con le sue «regole di condotta» fosse il solo ed esclusivo ordinamento giuridico. Inoltre Romano rifiutava l'assunto che non si potesse dare un “torto dello Stato”. In questo senso il suo bersaglio critico era soprattutto un breve scritto di Kelsen del 1913, intitolato *Über Staatsunrecht*. In quelle pagine il giurista di Vienna aveva negato il concetto stesso di torto dello Stato, poiché a sua detta Stato e ordinamento giuridico non erano due concetti distinti, ma coincidevano nel pensiero e nella realtà. Nessuna contraddizione poteva darsi. Lo Stato, abbiamo detto, era considerato da Kelsen il solo ordinamento giuridico (è questo il famoso principio di esclusività): l'ideale monista prefiguratosi nel libro su Dante Alighieri si precisò successivamente in senso endogiuridico con la forza di tendini e con il rigore metodologico della dottrina pura del diritto. Attribuendo il crisma della giuridicità al solo ordinamento statale era negato quello stesso attribuito a tutti gli altri ordinamenti, ritenuti tutt'al più dei sistemi sociali, ma di certo non *de iure*.

Romano rigettò quella equazione tra Stato e ordinamento e la sua teoria della istituzione giuridica fu edificata soprattutto per mostrarne la fallacia. L'idea che ogni

Costituzionalismo.it, 2021, 74-88. Abbiamo visto, nel caso del successo di Schmitt in Italia, a quali assurdità può portare il trapianto destoricizzato di una teoria nata con precisi intenti ideologici in un contesto che le è alieno.

²⁵ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 1-234.

²⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946, p. 4. L'opera fu pubblicata in due fascicoli degli *Annali delle Università Toscane* nel 1917-1918 e in un volume a sé stante a Pisa. Cito qui dalla seconda edizione del 1946, ma segnalo la nuova edizione a cura di M. Croce, Macerata, 2018.

società umana produce diritto spontaneamente e si fa quindi istituzione - idea condensata nel brocardo *ubi jus ibi societas, ubi societas ibi jus* - è una veemente reazione alle tendenze riduzionistiche della scienza dei suoi tempi²⁷. Per Romano erano un ordinamento giuridico la comunità internazionale, la Chiesa²⁸, le organizzazioni dei lavoratori, le Università, le fabbriche e persino, crocianamente, le società illecite²⁹. Più sinteticamente «ogni forza che sia effettivamente sociale e venga quindi organizzata si trasforma per ciò stesso in diritto» e pertanto «non è diritto ciò e soltanto ciò che non ha un'organizzazione sociale»³⁰.

In questo caso Kelsen non era citato esplicitamente, ma la sua teoria della depurazione della scienza giuridica da elementi sociologici o religiosi o psicologici e animistici era veementemente criticata: «è quindi - scriveva Romano - perfettamente vano proporsi, come accade frequentemente, di fissare i caratteri differenziali del fenomeno giuridico rispetto a quelli della religione, della morale, del costume, delle c.d. convenzioni, dell'economia, delle regole tecniche, ecc. Ciascuna di queste manifestazioni dello spirito umano può essere in tutto o in parte assunta nel mondo giuridico e formarne il contenuto, tutte le volte che essa rientra nell'orbita di una istituzione»³¹.

E ancora³²:

Tutto ciò è certamente poco comprensibile per chi si è formato un concetto del diritto soltanto sul modello del diritto dello Stato; ma è una realtà che si deve spiegare, muovendo dai principii che siamo venuti ponendo. Analogamente, è un'inesattezza gravissima affermare, come si fa da tanti, che nelle società primitive il diritto sia confuso col costume e anche con la religione. Non si tratta di confusione o di indifferenziazione di elementi che, per natura, dovrebbero rimanere separati; gli è che in quelle società il diritto, che è da considerarsi non meno puro di quello di altre società più progredite, ha per contenuto una ricca serie di principii tratti dal costume e dalla credenza religiosa. Anche adesso il diritto inglese, che nessuno vorrà giudicare poco evoluto, considera come «law», non soltanto gli statuti emanati dal Parlamento, ma ogni regola, qualunque sia la sua origine e il suo contenuto, che i tribunali applicano e fanno osservare.

²⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 42-43: «l'istituzione è un ordinamento giuridico, una sfera a sé, più o meno completa, di diritto obiettivo. I caratteri essenziali del diritto, che sopra abbiamo rilevato, coincidono con quelli dell'istituzione. Che questa sia un ordinamento non è dubbio: le parole organizzazione, sistema, struttura, edificio ecc., con cui la si qualifica, tendono per l'appunto a mettere in vista questo concetto, né diverso è il significato della parola "Stato", con cui si designa adesso la più importante delle istituzioni e prima si designavano anche altri enti pubblici, specialmente i Comuni».

²⁸ *Ibidem*, p. 38: «per esempio, lo Stato, che di per sé è una istituzione, è compreso in quella istituzione più ampia, che è la comunità internazionale, e in esso poi si distinguono altre istituzioni. Tali sono gli enti pubblici subordinati allo Stato, i comuni, le provincie, i vari suoi organi intesi come uffici; nello Stato moderno i così detti poteri legislativo, giudiziario, amministrativo, in quanto sono unità formate ciascuna di uffici fra di loro collegati; gli istituti, la cui figura si è delineata specie nel diritto amministrativo, come le scuole, le accademie, gli stabilimenti di ogni genere; e così via».

²⁹ Così B. CROCE, *Riduzione della Filosofia del diritto alla Filosofia dell'economia*, in *Atti dell'Accademia Pontaniana*, 1907, 3-53.

³⁰ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 44-45.

³¹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit.

³² S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 48.

E finalmente in modo esplicito Romano chiamava in causa il Kelsen di *Über Staatsunrecht* in un vibrante passaggio custodito in nota. Kelsen avrebbe rimesso «in corso una vecchia teoria»³³:

È curioso che, per quanto riguarda lo Stato, il concetto che esso e il diritto siano immedesimati e costituiscano la medesima sostanza, o, come talvolta si dice, due aspetti della medesima sostanza, è stato spesso affermato non a proposito e per dedurre conseguenze erranee, mentre il lato giusto che esso contiene non è posto in rilievo. Così, di recente, il Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 245 e segg.; *Ueber Staatsunrecht* (nella *Zeitschrift f. das priv. u. öff. Recht*, 1913, pp. 44 segg., 114), rimettendo in corso una vecchia teoria, sostiene che non è concepibile un torto dello Stato, perché questo si può considerare solo come ordinamento giuridico. Evidentemente questa tesi confonde ciò che lo Stato è, con ciò che lo Stato fa: in quanto è, lo Stato non si può mostrare mai contrario al diritto [al suo diritto]; in quanto opera sì.

Ma a questo punto occorre interpretare la critica di Romano nel contesto della sua opera e dei suoi giorni. Il formalismo kelseniano gli dava spunto per rinvigorire una polemica già in corso verso formalismo e statalismo, di cui il giurista di Vienna offriva la più pertinente e conseguente versione. In altre parole, non era solo Kelsen il suo avversario, ma Kelsen trapiantato nella dottrina italiana, fiancheggiante l'intero ordine albertino, il cui Statuto era già stato criticato e paragonato ad una «costituzione di carta»³⁴. Lo statalismo albertino andava a sua detta superato con il motto «oltre lo Stato»³⁵.

Gli eccessi formalistici dell'età albertina erano stati ulteriormente aggravati dall'equazione tra Stato e diritto. Ma questa equazione non era sostenuta solo da Kelsen. Altri ne facevano proselito con ben più rudimentali argomenti, seppur nobilitati dalla copertura ideologica dell'idealismo filosofico hegeliano³⁶. Romano insegnava a Pisa all'epoca della gestazione dell'*Ordinamento giuridico*. E a Pisa il professore di filosofia teoretica si chiamava Giovanni Gentile. A Pisa Gentile aveva dato alle stampe un'opera purtroppo non solo teoretica, ma anche e soprattutto giuridica e politica, con la quale già si preparavano le fondamenta ideologiche dello Stato totalitario: *i Fondamenti della filosofia del diritto*. In quelle pagine Gentile aveva negato la stessa possibilità logica

³³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit.

³⁴ S. ROMANO, *Le prime carte costituzionali*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, con prefazione di A.E. Cammarata, Milano, 1969, 151-170. Il testo riproduce il discorso inaugurale tenuto da Romano nell'anno accademico 1906-1907 nell'università di Modena.

³⁵ S. ROMANO, *Oltre lo Stato*, in ID., *Scritti minori*, I, Milano, 1990, 419-432 e specialmente 431: «ogni Stato - concludeva Romano - che non voglia da sé condannarsi - deve mostrare al di là dei suoi termini materiali, che esso ha a compiere una missione storica, non solo per i suoi particolari interessi, ma anche per quelli dell'intera umanità. E per questo fine occorre che esso dia continuamente e manifestamente segni della propria energia: specialmente di quell'energia morale, di cui non mai come adesso sentiamo tutti l'altissimo valore, per potere, completamente restituiti a noi stessi, proseguire sulla via del nostro destino. Anche noi potremo allora, intendendolo nel senso più civile e più umano, far nostro il motto: oltre lo Stato».

³⁶ Nel 1921 l'impatto di Hegel sulla scienza giuridica fu oggetto del primo libro di Hermann Heller, di recente tradotto in lingua italiana: H. HELLER, *Hegel e il pensiero nazionale dello Stato di potenza in Germania. Un contributo alla storia dello spirito pubblico*, trad. it. mia e prefazione di C. Amirante, Foligno, 2021, pp. 35-311. Per Heller la filosofia del diritto hegeliana influenzò profondamente i giuristi nella concezione dello Stato come valore assoluto.

della legge ingiusta, giacché la legge dello Stato è sempre giusta, il diritto è il diritto dello Stato. In una parola: una triviale equazione tra Stato e diritto, volta a legittimare la forza corpulenta del gruppo spadroneggiante.

Ecco, il Kelsen italiano. Ecco, come una dottrina, se trapiantata altrove, può cambiare drasticamente di segno combaciando con altre correnti di pensiero estranee ed opposte. Gentile, che ripubblicò il suo scritto nel 1923 da ministro di Mussolini, scriveva le righe che qui riportiamo non per la loro squisitezza estetica, ma perché di ausilio alla comprensione³⁷:

Né vale opporre il fatto della legge ingiusta la quale, finché non sia abrogata, mantiene intatto tutto il proprio valore giuridico: e che, nel linguaggio da me usato, corrisponderebbe insieme all'essere e al non essere del volere morale. La legge ingiusta è il caso limite, si può dire, dell'empirica opposizione della libertà alla legge; giacché empiricamente la libertà si oppone a una legge che le è esterna, in quanto la libertà ha in sé una legge sua. Prometeo oppone alla giustizia di Giove la sua legge di giustizia; e certo se Prometeo non avesse in se stesso Giove, l'opposizione sarebbe una reale opposizione, in cui il diritto verrebbe escluso dalla dialettica della morale. Ma in quanto la legge ingiusta è, finché non sia abrogata, volontà di quello Stato, che è immanente nel cittadino, la sua ingiustizia non è tutta ingiustizia, anzi può dirsi una giustizia in fieri, la quale a poco a poco maturerà fino all'abrogazione della legge stessa. E il cittadino che vi obbedisce, malgrado l'ingiustizia avvertita, non obbedisce a quella legge, ma ad una legge superiore che è giusta, e di cui quella ingiusta è un particolare che correggere si potrà soltanto se si osservi la prima, secondo quel che dimostra Platone nel Critone. Sicché la legge veramente ingiusta è quella che si abroga e non è più legge, in forza di quella legge costante e immanente, che è la stessa obbiettivazione della libertà nel suo processo. Un'opposizione simile, anzi identica, a questa tra legge ingiusta (diritto) e giustizia (morale) ricorre infatti nello stesso ambito della coscienza morale dell'individuo empiricamente considerato in quella forma che i moralisti dicono del conflitto dei doveri: conflitto che ha luogo quando nella fenomenologia etica un dovere pare condurre alla trasgressione di un altro dovere: ma che, com'è noto, non è un conflitto assoluto e perentorio, poiché rappresenta un grado affatto provvisorio e transeunte del processo di unificazione e sistemazione della personalità; né certo si può assumere a fondamento di una dottrina che postuli più di una morale.

Santi Romano, Gentile, Pisa, il biennio 1917-1918. La critica a Kelsen era ispirata dalle preoccupazioni tanto per la tenuta giuridica dello Statuto albertino quanto per la già deflagrante equazione tra Stato e diritto, un'equazione che nell'Italia del 1918 non aveva certo lo stesso significato che in Austria, dove proprio alla fine di quell'anno collassava l'impero asburgico e sotto la guida di Karl Renner si gettavano le basi della nuova era democratica e repubblicana della quale Kelsen fu tra i protagonisti di spicco.

Nello stesso anno 1918 un altro giurista italiano pubblicava il suo primo libro. Quel giurista sarebbe stato il più graffiante critico di Kelsen in Italia. Giuseppe Capograssi³⁸.

³⁷ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Pisa, 1916, 71-72.

³⁸ Si veda l'interpretazione di P. Grossi, *Scienza giuridica*, cit.

4. Kelsen tradotto

Nel 1918 Giuseppe Capograssi aveva pubblicato il suo *Saggio sullo Stato*. In quelle pagine era «già chiaramente formulata la critica del formalismo, cioè della «forma staccata dal contenuto»³⁹: lo Stato degli addottrinati era paragonato ad un «povero gigante scoronato», «scaduto dalla sua altezza», «umiliato e diminuito»⁴⁰. Lo Stato, quello Stato nel quale Hegel aveva visto il culmine dello spirito e una meta definitiva della storia, si stava rivelando invece un «gigante dai piedi di argilla» e, pertanto, «ogni vera ricerca sullo Stato» coincideva con «una profonda meditazione sulla sua fine»⁴¹. Nel 1918 Capograssi avvertiva il pericolo di uno Stato considerato come pura potenza ossia come apparato coercitivo, fondato sulla drastica separazione tra forma e contenuto, ragione e autorità, dottrina e senso comune. La guerra che in quell'anno volgeva al termine aveva mostrato che quello Stato esaltato dalla dottrina era foriero di morte. Giuristi e filosofi avevano raccontato una «vana favola» all'individuo contemporaneo, inducendolo a riporre fiducia ingenua nella «tutela infida» dello Stato moderno. Per accreditare questa favola era stato necessario «affrancarla dalla signoria della storia». Astrarla⁴².

In apparenza - incalzava Capograssi - lo Stato è per la scienza «un popolo fissato sopra un territorio, considerato nella sua unità, nel suo tutto, come ente», ma «ad una più esatta indagine, l'ente si rivela come persona, titolare di diritti e soprattutto caratterizzato dalla prerogativa suprema della sovranità; la sovranità è la volontà incondizionata di quella persona: sovranità e personalità sono indissolubilmente collegate»⁴³.

Quello Stato-persona gli pareva una creatura minacciosa, che con il «martello della legge» - scriveva Capograssi - «spezza e annienta società religiose e ordini sociali, la realtà delle regioni l'autonomia spontanea e antica del comune, tutte le esistenze morali che superano l'individuo e danno vita e moto all'organismo stesso dello Stato». Tutte le creazioni sociali, tutti i raggruppamenti «sono totalmente disconosciuti» dallo Stato e dalla sua «onnipotenza», che è «ignoranza e cecità, perché è particolarità e arbitrio»⁴⁴.

³⁹ V. FROSINI, *Diritto e Stato nel pensiero di G. Capograssi*, in *Jus*, 1957, 462-470, ora in *Saggi*, cit., 103.

⁴⁰ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, Torino, 1918, ora in *Opere*, I, a cura di M. D'Addio e E. Vidal, Milano, 1959, 5.

⁴¹ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, cit., 16-17. Si noti l'assonanza con il Romano di *Oltre lo Stato*.

⁴² G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, cit., 142. Capograssi ha mosso i suoi primi passi sotto la stella di Croce. Tanto è vero che a Croce era dedicata la sua tesi di laurea su *Lo Stato e la storia*. Naturalmente Capograssi non condivise mai la crociana riduzione del diritto (quale sovrastruttura) a economia (la struttura), né la sua conseguente espunzione dalle categorie dello spirito.

⁴³ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, cit., 43-44. Una critica, questa, rivolta al modello dello Stato persona che aveva influenzato il pensiero tedesco da Hegel fino a Jellinek.

⁴⁴ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, cit., 136-137. «Sopra la logica - avvertiva Capograssi - prevale la vita» e «poiché il contenuto è la realtà e la forma è la ragione, ecco che bisogna rassegnarsi a vedere la ragione nel reale, la ragione mutare col reale, il reale divenire razionale»: un atto di rassegnazione, che era atto di umiltà, avrebbero dovuto svolgere coloro che ponevano «o l'idea alta sul reale, o la forma staccata dal contenuto» (81).

Questo autore, che criticava l’idea di Stato proposta dalla filosofia hegeliana, era predestinato a diventare il più fervente critico di Kelsen. Il modello hegeliano, così come importato in Italia, era stato anche in questo caso deformato dal Gentile della *Filosofia del diritto*, adattato ai suoi scopi.

Kelsen in Italia. Le prime traduzioni di opere di Kelsen furono proposte da Arnaldo Volpicelli sui *Nuovi studi di diritto, economia e politica* alla fine degli anni Venti⁴⁵. Si trattava però degli scritti su parlamentarismo e democrazia, che erano tradotti con il malevolo scopo di offrire un bersaglio su cui scoccare le frecce degli accademici di regime: egli era ritenuto «troppo autorevole e discusso» per «non prendere atto delle sue teorie»⁴⁶. Kelsen era infatti allora già il grande giurista, principale ispiratore della *Bundesverfassung* del 1920, giudice della Corte costituzionale e capostipite di una tradizione che aveva bruscamente rotto con il passato imperiale. Era insomma già un gigante, che in Italia rimase ineguagliato (e molti illustri esempi di questa disparità si trovano proprio tra i suoi odierni esegeti italiani). Dal 1920 in poi era diventato bersaglio polemico di giuristi quali Orazio Condorelli, Giuseppe Maggiore, che mescolavano spunti critici con invettive di stampo attualista e gentiliano quando non scopertamente di regime (come nel caso di Maggiore)⁴⁷. Di Kelsen si occupò Carmelo Caristia⁴⁸. Al principio degli anni Trenta Renato Treves, l’allievo di Solari, vi dedicò un movimentato contributo. Poi, alcuni anni di silenzio, come se il solo nome di Kelsen fosse diventato impronunciabile e il flusso recettizio fosse stato interrotto⁴⁹.

Bisogna aspettare il secondo Dopoguerra per il prepotente ritorno di Kelsen nel dibattito italiano. A quattro anni dall’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, mentre la Corte costituzionale era ancora una fantasia scritta nella carta, Capograssi pubblicò le *Impressioni su Kelsen tradotto* (1952). In quel saggio egli condensò motivi

⁴⁵ H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1929, 182-204; ID., *Lineamenti di una teoria generale dello Stato*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica* (il saggio fu pubblicato in più puntate negli anni 1929-1930); ID., *Concetto di diritto naturale*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1930, 392-421; ID., *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1931, 125-135. I saggi kelseniani editi dalla rivista furono poi ripubblicati da Volpicelli nel 1932 in H. KELSEN, *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, cit. (il volume includeva anche la traduzione della prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*). Nel 1930 era stato pubblicato H. KELSEN-A. VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia, corporativismo*, Roma, 1930.

⁴⁶ A. VOLPICELLI, *Dal parlamentarismo al corporativismo. Polemizzando con H. Kelsen*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1929, 253-265. Si confronti con ID., *Dalla democrazia al corporativismo*, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1930, 1-20. La presa di distanze dall’“autorità” di Kelsen da parte della direzione della rivista si trova in H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, cit., 203.

⁴⁷ O. CONDORELLI, *Il rapporto tra Stato e diritto secondo il Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1923, 307-315; G. MAGGIORE, *La giurisprudenza pura e i suoi limiti*, in *Révue internationale de théorie du droit*, 1926-1927, 41-46. Maggiore tornò a scrivere su Kelsen nel 1940: *Quel che resta del kelsenismo*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, 55-64.

⁴⁸ C. CARISTIA, *Per una dottrina dello Stato*, in *Studi Saresi*, 1926, ora in ID., *Scritti giuridici, storici e politici*, Milano, 1953, 294-334.

⁴⁹ Eccezion fatta per rare eccezioni, rigorosamente in chiave critica. Per una rassegna esaustiva vedasi M. LOSANO, M. MARCHETTI, R. ORSINI, D. SORIA, *La fortuna di Kelsen in Italia*, in *Quaderni fiorentini*, 1979, 465-500. Si confronti con il mio *Storia di Kelsen*, cit. Non daremo qui conto dei singoli riferimenti a Kelsen nella letteratura italiana di quegli anni, ma non possiamo sottacere la critica “materiale” al formalismo da parte di C. Mortati: vedasi C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, [1940], con una premessa di G. Zagrebelsky, Milano, 1998.

ricorrenti nelle sue precedenti opere ma anche elementi critici già sparpagliati nella letteratura in Italia, arricchiti però da un più lucido sguardo interpretativo. L’invettiva di Capograssi uscì all’indomani delle traduzioni italiane della *Reine Rechtslehre* del 1934 e della *General Theory of Law and State* del 1945. La prima fu tradotta da Renato Treves per Einaudi. La seconda era invece la traduzione di una traduzione (Kelsen fece tradurre la *General Theory* in lingua inglese da Anders Wedberg), curata da Giuseppino Treves insieme a Sergio Cotta per le Edizioni di Comunità⁵⁰. Entrambe le versioni in lingua italiana apparirono nel 1952.

Kelsen tradotto, appunto. Ma, come dicevamo, Kelsen tradotto non è più Kelsen, è un altro e non solo perché tradurre significa sempre anche tradire, ma perché un pensiero spostato dal suo originale ambito e ricollocato in un altro contesto, quello italiano agitato dalla risalente contrapposizione tra positivismo e giusnaturalismo, assume un diverso significato. All’indomani dell’approvazione della Carta costituzionale che “riconosceva” principi fondamentali elevati sopra la lettera della legge, il positivismo di Kelsen allarmava, giacché risuonava come un invito a restaurare le forme ottocentesche che offrirono al fascismo un terreno fertile per proliferare. Capograssi era in fondo convinto che il regime si impose sfruttando le strutture giuridiche albertine, ossia senza stravolgere l’apparenza giuridica ma corrompendone profondamente la sostanza. Non è senza significato che lo Statuto albertino non sia mai stato abrogato e la sua validità, la famosa *Geltung*⁵¹, rimase formalmente intatta fino all’entrata in vigore della Costituzione repubblicana. E ancora: non è neppure senza significato che tanto in Germania quanto in Italia, dove cioè si sviluppò il totalitarismo europeo, il costituzionalismo del Dopoguerra fece ricorso a principi inderogabili e al di sopra della lettera della legge, mentre in Austria si rimase fedeli alla dottrina kelseniana, ristabilendo il vigore della Costituzione federale del 1920⁵².

Insomma, dicevamo, Kelsen in Italia: per Capograssi la dottrina pura generava «una singolare impressione di riposo»⁵³. «Come in un’operazione di magia» tutti i problemi del diritto gli sembravano spariti e fintamente ordinati come «in una specie di piano regolatore»⁵⁴. La definizione kelseniana di ordinamento giuridico come *coercive order*, *Zwangsordnung* e l’esaltazione della sanzione come norma primaria, suscitavano «sgomento»⁵⁵.

Il sistema dello *Stufenbau*, al cui vertice Kelsen aveva posto la norma fondamentale – *Grundnorm* o *basic norm* nella versione inglese – gli pareva legittimare «un diritto naturale della forza». La *Grundnorm* era definita da Kelsen come una norma di chiusura del sistema, una ipotesi fondamentale priva di contenuto, che per Capograssi

⁵⁰ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Leipzig-Wien, 1934, trad. it. e prefazione di R. TREVES, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1952; H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, trad. ing. di A. Wedberg, Cambridge, 1945 e trad. it. di S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952.

⁵¹ Traduco: validità.

⁵² Su questi temi si veda S. KIRSTE, *Rechtsphilosophie. Einführung*, Baden-Baden, 2020.

⁵³ G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1952, 767-819, ora in *Opere*, V, cit., 311-356.

⁵⁴ G. CAPOGRASSI, *Impressioni*, cit.

⁵⁵ G. CAPOGRASSI, *Impressioni*, cit., 328-329.

significava in fondo la sua predisposizione ad accettare qualsiasi contenuto imposto dal gruppo politico preponderante, tanto sotto la tirannide quanto in democrazia. Il contenuto di questa norma si risolveva ai suoi occhi nella «volontà che si è imposta e si è fatta obbedire da tutte le altre volontà», abbia questa la parvenza esteriore della «deliberazione di una assemblea di uomini» o dell'«ordine di un usurpatore»⁵⁶.

Così Capograssi:

Con molto coraggio qui e senza ipocrisia si dice chiaramente quello che il diritto è: il diritto è lo Stato, quell'ordinamento coercitivo che è lo Stato, in quanto e fino a quando con la forza riesce a farsi obbedire, il che gli uomini chiamano potere politico. E perché sia chiara l'esatta portata del significato di questa identificazione di diritto e Stato, bisogna intendere che qualunque Stato si identifica col diritto e viceversa, purché riesca, s'intende a imporre la sua volontà sotto forma di sistema di sanzioni.

Tutte queste cose legittimavano la conversione dello *jus* in *injuria*, giacché «l'*injuria* è *injuria* fino a che la forza non riesca a sopraffare la forza che regge l'ordinamento vigente»⁵⁷.

Nelle pagine americane Kelsen aveva infatti ribadito che la giustizia è un *irrational ideal*, *ein irrationales Ideal* nelle precedenti pagine in tedesco. Un ideale irrazionale⁵⁸ non accessibile all'intelligenza del giurista, giacché «l'umanità è divisa in parecchie nazioni, classi, religioni, professioni e così via, spesso in disaccordo fra loro», sicché «vi è una quantità di diversissime idee di giustizia; troppe perché si possa parlare semplicemente di giustizia»⁵⁹. Una affermazione, questa, pensata per il mondo pluralista della monarchia asburgica, non certo per l'Italia del Ventesimo secolo. In quell'altro contesto, quello italiano che Capograssi interpretava, il formalismo mascherava il diritto della forza che si impone e determina l'ordinamento giuridico e il suo contenuto concreto. Il dibattito sui presupposti fondamentali del costituzionalismo repubblicano aveva diviso i Costituenti ed era ancora in corso nell'Italia degli anni Cinquanta: non deve allora stupire che il *Kelsen tradotto* facesse sentire Capograssi «come in un sotterraneo» nel quale «perde la storia del diritto»⁶⁰. «E del resto - diceva Capograssi - insieme alla storia del diritto è la storia stessa che qui sparisce»⁶¹.

Insomma, per lui la dottrina pura aveva negato la storia e la vita, essa evocava addirittura «la visione di quegli spettri di città e paesi, che i bombardamenti avevano demolito in modo che erano rimasti in piedi muri e travi» e restava «quel tragico scheletro di case nude e vuote», che, «terribili sotto la luna, davano l'immagine del paese come ci fosse ancora e non c'era più»⁶².

⁵⁶ G. CAPOGRASSI, *Impressioni*, cit.

⁵⁷ G. CAPOGRASSI, *Impressioni*, cit., 330.

⁵⁸ Traduco molto diligentemente per quei filosofi del diritto che non leggono il tedesco...

⁵⁹ H. KELSEN, *Teoria generale*, cit., 8-10.

⁶⁰ G. CAPOGRASSI, *Impressioni*, cit., 349. Questo passaggio non deve certo essere interpretato come una sferzata verso gli storici del diritto!

⁶¹ G. CAPOGRASSI, *Impressioni*, cit.

⁶² G. CAPOGRASSI, *Impressioni*, cit.

Eppure, una storia, quella dottrina pura la aveva. Era la storia del suo geniale autore e dell'Austria delle sue travagliate vicissitudini novecentesche. L'Austria imperiale prima, l'Austria della transizione democratica e repubblicana, l'Austria dei Renner e dei Freud poi, l'Austria autoritaria di Dollfuss, l'Austria cosmopolita e quella nazionalista, l'Austria dell'*Anschluss*. La storia di Kelsen è anche la storia del Novecento giuridico e il profilo, quello granitico ricordato al principio di queste pagine, è pieno di sfaccettature non annullabili in una altrettanto granitica e monumentale teoria generale. Noi sappiamo di un giovane Kelsen, suddito dell'impero asburgico, di un Kelsen democratico impegnato a disfarsi della pesante eredità dell'ultimo artiglio della monarchia, di un Kelsen eclettico che si confronta con la psicologia e con l'antropologia, di un Kelsen giudice della Corte costituzionale, di un Kelsen esule prima in Svizzera e poi negli Stati Uniti, di un Kelsen "americano" che mai fece ritorno nella sua madrepatria, di un Kelsen anziano giurista che a Berkley si congeda dall'insegnamento con un atto di modestia intellettuale nel suo celeberrimo discorso su *What is justice?*⁶³, quella domanda eterna alla quale non rispose ma che in fondo lo tormentò per la sua intera esistenza e con molta più onestà di chi con sicumera proclamò risposte facili, che facili invece non erano. E sappiamo di un Kelsen storico del diritto, che intraprese il suo itinerario speculativo con uno scritto su Dante Alighieri e lo concluse autorizzandone la traduzione italiana, pubblicata postuma un anno dopo la sua morte. Quella storia alla quale egli sempre rivolse il suo sguardo aveva fatto il suo corso. L'ultimo Kelsen guardò indietro al suo giovane se stesso. Era passata una vita. Lui era molto diverso.

Eppure, in qualche modo, era sempre lo stesso.

⁶³ *What is Justice?* è il testo dell'ultima lezione di Kelsen, il testamento spirituale con cui egli si congedò dall'università californiana di Berkeley il 17 maggio 1952. H. KELSEN, *What is Justice?*, in ID., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley-Los Angeles, 1957, 1-24. Si veda anche *Was ist Gerechtigkeit?*, Wien, 1953, IV-47. In questo caso no, non traduco la domanda kelseniana. La può intendere chiunque. Molti tra gli odierni addottrinati saprebbero seriamente rispondervi senza arrossire? Kelsen in Italia: avrebbe forse ancora qualcosa da dire.