

# ANTIKESENISMO ITALIANO

FRANCISCO JAVIER **ANSUÁTEGUI ROIG**



Antikelsenismo italiano

Italian Anti-kelsenism

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Professore di Filosofia del diritto, Universidad Carlos III (Madrid).

E-mail: [fcojavier.ansuategui@uc3m.es](mailto:fcojavier.ansuategui@uc3m.es)

Traduzione di Giorgio Ridolfi

#### ABSTRACT

Viene presentata una recensione dell'opera di Francesco Riccobono sulla tradizione italiana anti-kelseniana, esaminando i contributi di Emilio Betti, Costantino Mortati, Bruno Leoni, Alessandro Giuliani e Luigi Ferrajoli.

The present paper is a review of Francesco Riccobono's academic production about the Italian Anti-kelsenism. The authors taken into consideration are Emilio Betti, Costantino Mortati, Bruno Leoni, Alessandro Giuliani e Luigi Ferrajoli.

#### KEYWORDS

Riccobono (Francesco), Kelsen (Hans), antikelsenismo italiano, teoria pura del diritto, costituzionalismo

Riccobono (Francesco), Kelsen (Hans), italian anti-kelsenism, pure theory of law, constitutionalism

# Antikelsenismo italiano

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Francesco Riccobono è uno dei maggiori conoscitori italiani del pensiero di Kelsen. All'analisi del pensiero kelseniano ha dedicato, nel tempo, importanti lavori, tra cui va segnalata la monografia *Interpretazioni kelseniane* (RICCOBONO 1989). Precedentemente aveva tradotto il saggio *Allgemeine Rechtslehre im Lichte der materialistischer Geschichtsauffassung* (KELSEN 1931), pubblicato con il titolo *La teoria generale del diritto e il materialismo storico* (KELSEN 1979). Nel 1983 aveva pubblicato *Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica*, in appendice al volume, curato da Carlo Roehrssen, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento* (RICCOBONO 1983). Negli ultimi anni ha pubblicato l'articolo *Kelsen e la religione* (RICCOBONO 2013) e il capitolo *La dottrina pura del diritto in Hans Kelsen*, nel volume collettaneo *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo* (RICCOBONO 2010). La conoscenza che Riccobono possiede degli studi italiani su Kelsen è stata messa in rilievo da un'autorità in questo campo come Mario G. Losano nel saggio *La fortuna italiana di Kelsen* (LOSANO 1979).

In *Antikelsenismo italiano* (RICCOBONO 2017), Francesco Riccobono raccoglie diversi lavori – la maggior parte dei quali già pubblicati – in cui vengono analizzati gli elementi della critica – che non è altro che una forma di ricezione – della teoria kelseniana nell'Italia del XX secolo. L'analisi esposta nei capitoli del libro può essere completata dal saggio *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, dedicato di recente da Riccobono alla critica che Luigi Ferrajoli ha rivolto a Kelsen in uno dei suoi ultimi libri, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* (FERRAJOLI 2016).

Con l'espressione “antikelsenismo italiano” Riccobono intende una posizione critica e forse, in più di una sua manifestazione, anche ostile, che ha caratterizzato determinate correnti della filosofia del diritto italiana durante il secolo passato. Come ricorda Riccobono, questa ostilità è stata rilevata a suo tempo da raffinati conoscitori dell'opera di Kelsen del calibro di Norberto Bobbio e Vittorio Frosini. Kelsen è un autore cui è stata imputata – come è noto – la responsabilità di molti di quei mali, non comprimibili in verità in un ambito strettamente giuridico, che hanno caratterizzato i sistemi giuridico-politici del XX secolo, secondo quella linea, cui a suo tempo ha fatto cenno Norberto Bobbio, che fa confusione tra gli errori e gli orrori del positivismo. Tali atteggiamenti, sottolinea Riccobono, appaiono ingiustificati, se rapportati alle vicissitudini della vita del giurista viennese. In molte occasioni la critica, in verità, può essere interpretata solo come una strategia per affermare posizioni proprie, sotto il velo di un'analisi superficiale dell'opera di Kelsen. Ad ogni modo, i riferimenti a Kelsen, tanto in una luce favorevole quanto in una luce sfavorevole, hanno rappresentato una parte fondamentale dello sviluppo della teoria giuridica dell'ultimo secolo. O con Kelsen o contro Kelsen potrebbe essere il motto che riassume questa situazione.

Gli autori che Riccobono esamina nel suo libro non devono, però, essere identificati con questo tipo di critica faziosa e superficiale. Emilio Betti, Costantino Mortati, Bruno Leoni e Alessandro Giuliani – ai quali, come ho segnalato all'inizio, si potrebbe aggiungere Luigi Ferrajoli, sebbene a partire da coordinate intellettuali diverse – rappresentano un modo di

\* Recensione dell'opera di Francesco Riccobono, *Antikelsenismo italiano*, Torino, Giappichelli, 2017. L'autore del presente contributo prende anche in considerazione un articolo di Francesco Riccobono dal titolo *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?* pubblicato nel volume a cura dello stesso Riccobono e di Francesco Romeo dal titolo *Dieci Obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018. Tradotto dallo spagnolo da G. Ridolfi.

analizzare alcune dimensioni dell'opera di Kelsen che offre, al di là delle inflessioni critiche, anche interessanti chiavi di lettura della Dottrina pura del diritto. Potremmo affermare che sono autori i quali, trovandosi di fronte al frastuono antikelseniano, hanno preso Kelsen sul serio. Il fatto che ci troviamo al cospetto di autori che hanno difeso, rispettivamente, la validità dell'approccio ermeneutico, il concetto di Costituzione materiale, il liberalismo in ambito giuridico, lo storicismo e il costituzionalismo garantista dimostra la pluralità di prospettive a partire dalle quali sono state formulate critiche al pensiero kelseniano.

L'interesse dell'analisi delle critiche cui Francesco Riccobono si riferisce nel suo libro – e che l'autore non si limita a presentare, ma che esamina a sua volta criticamente – va al di là della conoscenza di una determinata corrente della filosofia giuridica italiana, con la quale d'altra parte la cultura giuridica spagnola, e in particolare la filosofia del diritto, hanno tanti elementi in comune e dalla quale hanno ricevuto influenze riconosciute. L'interesse, come ho detto, sta a mio parere nel fatto che, attraverso la lettura dei diversi capitoli, si incontrano le grandi questioni che caratterizzano il contributo kelseniano, molte delle quali hanno costituito temi centrali della discussione filosofico-giuridica degli ultimi cento anni, quantomeno nel nostro contesto culturale. Nel prosieguo indicherò alcuni di essi.

Francesco Riccobono si riferisce alla “malattia kelseniana” per alludere alle critiche mosse da Emilio Betti. In questo senso, ci sono due dimensioni che meritano di essere sottolineate. Da una parte, la relazione tra norma e sanzione. Secondo Betti, il fatto che Kelsen identifichi il comportamento dovuto come la condizione negativa dell'azione giuridica dimostra come rimanga vincolato a una visione primitiva del diritto, insensibile alla condizionatezza storico-fattuale delle categorie giuridiche. Dall'altra parte, le discrepanze tra Betti e Kelsen riguardo al ruolo del giudice – e alla sua posizione nello schema di produzione normativa – sono evidenti. Per Betti, il ruolo che Kelsen attribuisce all'interpretazione della norma compiuta dal giudice suppone il mancato riconoscimento della necessaria subordinazione dell'interprete alla norma, e converte il giudice in un autentico legislatore, del quale si può predicare l'assoluta discrezionalità. Kelsen non riconoscerebbe, in questo modo, la rilevanza della relazione di complementarità tra giurisprudenza e legislazione che esiste nel quadro di un diritto “vivo e vigente”. Per Riccobono, ci troviamo di fronte a due concezioni dell'interpretazione giuridica tra le quali sussiste una distanza “veramente incolmabile”; distanza che, in realtà, è quella che sussiste tra due differenti visioni del diritto: quella che ritiene che la realtà giuridica sia composta da una pluralità di ordinamenti concorrenti, e quella che riconosce dignità di diritto solamente all'ordinamento giuridico dello Stato. Al fondo soggiace una critica al formalismo kelseniano e alla sua pretesa di purezza che, nell'opinione di Betti, disconosce la rilevanza che il “buon senso” del giurista – prodotto della sensibilità morale e dell'apertura all'evoluzione storica del diritto – ha nella comprensione di ciò che è giuridico.

Nella ricostruzione che Riccobono fa della critica che Costantino Mortati rivolge a Kelsen, si indovina l'ombra di Schmitt. Anche qui possiamo individuare il formalismo kelseniano come oggetto di analisi e di svalutazione. Mortati rivendica la rilevanza della dimensione psicologica come di una prospettiva più adeguata, rispetto alla proposta kelseniana, per spiegare il concetto di volontà. Antiformalista è anche la critica alla *Grundnorm*, considerata da Mortati come un'autentica tautologia che sorge dal disconoscimento della realtà sociale e del posto che occupano le relazioni di forza che si incontrano nella spiegazione della base della giuridicità. La proposta di Mortati è quella di una comprensione della *Grundnorm* attenta ai suoi contenuti e alla sua dimensione materiale.

Nel caso di Mortati, inoltre, Riccobono sottolinea pure il riconoscimento di ciò che, parafrasando l'Hart del contenuto minimo di diritto naturale, rappresenterebbe un “nucleo di buon senso” presente nella proposta kelseniana, riferendosi in questa occasione alla spiegazione in termini giuridici – nel quadro di una visione gradualista – della Costituzione. Riconoscimento che si presenta compatibile con una proposta di trasformazione sostanzialista della norma

fondamentale, all'interno della quale si deve attribuire una "giuridicità intrinseca" all'esperienza e alla realtà sociale. Ci troviamo, a mio parere, di fronte a un'impostazione nella quale si può riconoscere una certa aria di famiglia con determinate interpretazioni della rimaterializzazione del diritto, che caratterizza il diritto del costituzionalismo.

Bruno Leoni è il terzo autore di cui si occupa Francesco Riccobono. In questo caso la critica antiformalista si incentra sulla denuncia del fatto che la *Reine Rechtslehre* si presenta come espressione di un falso oggettivismo e di un falso universalismo. All'atto pratico l'astrazione kelseniana finirebbe per favorire la posizione di coloro che detengono il potere. In una visione del diritto nella quale – come afferma Leoni – si pensa solamente al diritto statuale, si trascura la rilevanza che hanno i fatti sociali per la comprensione della realtà giuridica. Tale realtà non ha solamente a che vedere con ciò che Kelsen identifica con il diritto. Ha anche a che vedere con le "convinzioni degli individui", che svolgono un ruolo rilevante nella conformazione della giuridicità. Per Leoni, la responsabilità del positivismo kelseniano è quella di aver espulso queste convinzioni dall'ambito di ciò che è giuridico, eliminandole come oggetto di interesse della scienza giuridica. Per Riccobono ci troviamo, anche qui, di fronte a due posizioni, quella di Kelsen e quella di Leoni, inconciliabili.

Nel caso di Alessandro Giuliani, l'universalismo e l'oggettivismo kelseniani sono criticati da una diversa prospettiva: la rivendicazione dell'importanza della storia e dell'individualismo metodologico. Giuliani difende la rilevanza dei contributi individuali, della cooperazione e della collaborazione nella conformazione del diritto. Ciò conduce a negare che il diritto sia, in definitiva, una questione logica nella quale le finzioni e le astrazioni – e qui Giuliani si allinea al suo maestro Bruno Leoni – posseggono capacità esplicativa e operativa.

Come ho segnalato all'inizio di questa recensione, le critiche antikelseniane dei quattro autori trattati nel libro possono essere integrate con quelle di Luigi Ferrajoli, alle quali si è riferito Riccobono in un suo scritto di recentissima pubblicazione, *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?* (RICCOBONO 2018). Sono cosciente del fatto che ci stiamo riferendo a un autore, Luigi Ferrajoli, che appartiene a un ambiente culturale molto differente. Se considero utile fare questo riferimento allo scritto di Riccobono è per evidenziare che, forse, l'antikelsenismo italiano può essere considerato una posizione più trasversale di quanto possa apparire in un primo momento. Non tutte le critiche che ha ricevuto la Dottrina pura del diritto sono state elaborate a partire da posizioni antiformaliste e antipositiviste.

Lo scritto di Riccobono è incentrato sulla problematicità del considerare Kelsen come un autentico imperativista. Per Ferrajoli, l'imperativismo kelseniano ha per conseguenza, tra le altre cose, la difficoltà di spiegare quelle dimensioni del diritto caratterizzate dall'assenza di un sostegno sanzionatorio – si pensi ai principi che popolano il diritto del costituzionalismo. Qui verrebbe a prodursi, però, una confusione – questa è la tesi di Riccobono – tra il carattere imperativo della norma e il suo carattere sanzionatorio. Il fatto che la norma giuridica abbia una natura sanzionatoria non implica necessariamente l'affermazione del suo carattere imperativo. Non riconoscerlo porta a una "distorsione" del valore storico e teorico della proposta kelseniana che, lo si ricordi, parte da una critica alle posizioni imperativiste e non sanzionatorie che avevano caratterizzato la scienza giuridica. Kelsen propone una "inversione" della concezione della norma giuridica, che deve essere intesa in termini sanzionatori e non imperativisti. A partire da qui si propone una "decorporeizzazione" del diritto e una giuridificazione del potere politico. Il diritto non deve più essere compreso tramite un riferimento di ultima istanza a un soggetto, il sovrano, con tutte le conseguenze che da ciò derivano in relazione al superamento del quadro statale come esclusivo quadro giuridico.

Uno delle circostanze che Francesco Riccobono mette in rilievo è che il pensiero kelseniano è un pensiero che conosce una profonda evoluzione interna. Il Maestro di Vienna sfuma e riformula aspetti essenziali del suo pensiero nel corso della sua opera. Questo fatto condiziona la validità di alcuni degli approcci analizzati nel libro e si estende alla discussione di Ferrajoli.

Esistono molti Kelsen, come hanno messo bene in rilievo le periodizzazioni del suo pensiero proposte, tra gli altri, da Carsten Heidemann e da Stanley Paulson. Il fatto che, in alcuni casi, si presenti come generale ciò che in realtà è una critica a un momento particolare del pensiero kelseniano è un fattore che relativizza la validità della critica, come Riccobono mette bene in rilievo. Il che, allo stesso tempo, è un elemento che contribuisce a sottolineare l'importanza dell'analisi diacronica nello studio del pensiero giuridico.

Da un altro punto di vista, dalla lettura del libro si può trarre un'altra conclusione, questa volta in riferimento alla centralità della proposta kelseniana nello sviluppo della filosofia del diritto dell'ultimo secolo. In effetti, al di là dell'accordo e del disaccordo con le tesi kelseniane, la loro centralità sta nel fatto che, da quando Kelsen ha proposto la sua teoria, non si può più fare filosofia del diritto ignorandola e sospendendo il giudizio su alcuni dei suoi aspetti di base. Aspetti che, d'altra parte, sono interconnessi e rappresentano un esempio di proposta unitaria. Pensiamo, ad esempio, al valore della sua proposta universalista e oggettivista, che implica non solo l'accettazione di un determinato concetto di diritto, ma anche una presa di posizione rispetto alla funzione e al modo più adeguato di fare filosofia del diritto. Da un altro punto di vista, l'ideale di purezza della *Reine Rechtslehre* implica un invito a interrogarsi sul posto che spetta alla scienza giuridica nel complesso dei saperi e sulla sua relazione, tra le altre cose, con l'etica, la politica e la sociologia. Questo, oltre a costituire una proposta riguardo allo statuto epistemologico della scienza giuridica, apre la possibilità di analizzare un modello di conoscenza giuridica in un contesto, come quello odierno, nel quale la liquidità, di cui ci ha parlato Zygmunt Bauman come condizione del nostro tempo, ha conseguenze anche rispetto alla parcellizzazione interna del sapere. Ciò pone l'esigenza di prendere posizione rispetto alla relazione forma-sostanza nel diritto e rispetto alla rilevanza teorica e funzionale della dimensione materiale del diritto come requisito di identificazione e di analisi di ciò che è giuridico. La relazione con la rimaterializzazione del diritto propria del costituzionalismo e con la questione dell'importanza del riferimento alla morale in vista dell'identificazione del diritto appare evidente. Quanto detto finora non vuol dire aver dimenticato l'importanza di una teoria della norma che, a suo tempo, esprimeva una contestazione nei confronti del regnante imperativismo e che rappresenta oggi una possibilità di contrastare teoricamente quelle proposte attuali, che convergono con forza verso ciò che potremmo chiamare "il dominio dei principi".

Il libro di Francesco Riccobono, di conseguenza, è molto più di un compendio di critiche antikelseniane. Oltre a offrire un'analisi critica delle critiche a Kelsen in un determinato contesto (secondo un esercizio che potrebbe essere considerato un esempio di "metacritica", una critica delle critiche), contiene a sua volta chiavi d'identificazione dei grandi temi della teoria kelseniana che hanno condizionato lo sviluppo successivo e attuale della filosofia del diritto.

*Riferimenti bibliografici*

- FERRAJOLI L. 2016. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza.
- KELSEN H. 1931. *Allgemeine Rechtslehre im Lichte der materialistischer Geschichtsauffassung*, Tübingen, Mohr.
- KELSEN H. 1979. *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana.
- LOSANO M.G. 1979. *La fortuna italiana di Kelsen*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 8, 1979, 465 ss.
- RICCOBONO F. 1983. *Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica*, in ROEHRSEN C. (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del '900*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 199 ss.
- RICCOBONO F. 1989. *Interpretazioni kelseniane*, Milano, Giuffrè.
- RICCOBONO F. 2010. *La dottrina pura del diritto in Hans Kelsen*, in RIPEPE E. (ed.), *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, Giappichelli, 219 ss.
- RICCOBONO F. 2013. *Kelsen e la religione*, in «Rivista di filosofia del diritto», n. speciale, 2013, 121 ss.
- RICCOBONO F. 2017. *Antikelsenismo italiano*, Torino, Giappichelli.
- RICCOBONO F. 2018. *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?* in RICCOBONO F., ROMEO F. (eds.), *Dieci Obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Napoli, Editoriale Scientifica, 25 ss.

