

SARA LAGI

LA DEMOCRAZIA DI HANS Kelsen:
TRA PROCEDURA ED ETICA

ESTRATTO

da

(IL) PENSIERO POLITICO

Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali

2003/2 (maggio-agosto) ~ a. 36



Leo S. Olschki Editore
Firenze

IL PENSIERO POLITICO

Rivista di Storia
delle Idee
Politiche e Sociali

Fondata da
Mario Delle Piane, Luigi Firpo,
Salvo Mastellone, Nicola Matteucci

2003
Anno XXXVI, n. 2



Leo S. Olschki
Firenze

IL PENSIERO POLITICO

RIVISTA DI STORIA DELLE IDEE POLITICHE E SOCIALI

COMITATO DIRETTIVO: A. Agnelli, A. Andreatta, A. E. Baldini, C. Carini, D. Cofrancesco, A. Colombo, V. I. Comparato, M. d'Addio, R. Gherardi, A. Lazzarino del Grosso, G. Marini, S. Mastellone, N. Matteucci, G. Negrelli, D. Quaglioni, C. Vasoli

DIRETTORE: V. I. Comparato

REDAZIONE: C. Carini (*Redattore capo*), G. Pellegrini, F. Proietti

ANNO XXXVI - N. 2 (maggio-agosto)

M. BIANCHI	<i>Esperienza storica e vita pratica nel pensiero politico di Cicerone</i>	pag.	199
P. CARTA	<i>I fuorusciti italiani e l'antimachiavellismo francese del '500</i>	»	213
S. LAGI	<i>La «democrazia» di Hans Kelsen: tra procedura ed etica</i>	»	239

Testi e documenti

D. CAEDDU	<i>Due articoli inediti di Alessandro Passerin d'Entrèves</i>	»	273
-----------	---	---	-----

Vocabolario politico

G. B. FURIOZZI	<i>Socialismo integrale</i>	»	285
----------------	---------------------------------------	---	-----

Note e discussioni

Impero, stati particolari e identità nazionale in Dante (G. Carletti), p. 293 - *A Literal Revolution: The Historical Event between 'Figure' and 'Letter' in the English Civil War* (G. Iannàccaro), p. 308 - *Un'ultima punizione. Napoli, 1656* (S. D'Alessio), p. 325 - *Libertà, Politica e Storia. A proposito dell'edizione nazionale delle opere di Croce* (M. Griffo), p. 335 - *Maritain l'intransigente: discussioni sulle radici del suo pensiero* (N. Borchì), p. 343.

Rassegna bibliografica

Antichità classica a cura di L. Bertelli e G. Giorgini, p. 355 - *Quattrocento* a cura di D. Quaglioni e C. Vasoli, p. 360 - *Cinquecento* a cura di G. Cadoni, G. Cipriani, A. Falchi Pellegrini, p. 363 - *Seicento* a cura di E. Baldini, V. Conti, D. Taranto, p. 366 - *Settecento* a cura di L. Campos Boralevi, M. Geuna, S. Testoni Binetti, p. 373 - *Ottocento (1800-1850)* a cura di V. Collina, M. Ferrari, M. T. Pichetto, p. 378 - *Ottocento (1850-1900)* a cura di S. Amato, G. B. Furiozzi, E. Guccione, p. 383 - *Novocento (1900-1950)* a cura di C. Carini e C. Malandrino, p. 389 - *Novocento (1950-2000)* a cura di C. Palazzolo e G. Pellegrini, p. 394 - *Opere generali* a cura di F. Bracco ed E. Sciacca, p. 400.

Notiziario, a cura di P. Carta	»	407
--	---	-----

Redazione: DIPARTIMENTO DI SCIENZE STORICHE, Via Pascoli 33, 06123 Perugia; e-mail: penspol@unipg.it
Amministrazione: Casa Ed. LEO S. OLSCHKI, C.C.P. 12707501 - CAS. POSTALE 66 - 50100 Firenze.
Tel. 0556530684 - Fax 0556530214 - E-mail: periodici@olschki.it

PUBBLICAZIONE QUADRIMESTRALE

Abbonamento 2003: ITALIA € 56,00 - ESTERO € 71,00

Pubblicato nel mese di febbraio 2004

LA «DEMOCRAZIA» DI HANS KELSEN: TRA PROCEDURA ED ETICA

1. *L'Essenza della democrazia secondo Kelsen*

Nel 1920, l'editore viennese Franz Deuticke pubblicò *Vom Wesen und Wert der Demokratie (Essenza e valore della democrazia)*, il saggio del giurista austriaco Hans Kelsen dedicato alla teoria e alla difesa della democrazia, ritenuta da lui l'unica forma di governo in grado di garantire una convivenza civile e possibilmente pacifica.¹ Questa convinzione contrastava con l'irrompere a livello europeo di movimenti politici più o meno apertamente antiparlamentari: negli anni '20 si manifestò, infatti, una crescente sfiducia nei confronti del sistema pluripartitico, che si era dimostrato incapace di risolvere i numerosi e gravi problemi sociali, politici ed economici che affliggevano i maggiori paesi europei. Nel primo dopoguerra, le istituzioni parlamentari furono attaccate dalle forze di destra e di sinistra. La polemica antiparlamentare di questi due opposti movimenti si ispirava a pre-

¹ Nel 1925 fu dato alle stampe *Das Problem des Parlamentarismus*, dove Kelsen affrontava un problema che avrebbe riproposto quattro anni più tardi nella seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia*, ossia la contrapposizione tra la democrazia diretta, intesa come perfetta identità tra governati e governanti, e la democrazia indiretta, tipica, secondo Kelsen, della società moderna fondata sulla divisione del lavoro. M. Barberis, *Introduzione a H. Kelsen, Essenza e valore della democrazia*, cit. in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 23. La prima e la seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia* sono apparse, in traduzione italiana, in alcune importanti raccolte:

1. H. Kelsen, *Democrazia e cultura*, con introd. di N. Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, Bologna, Il Mulino, 1955. Contiene: *Essenza e valore della democrazia* [1929]; *Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica*; *Che cos'è la giustizia?*

2. H. Kelsen, *La democrazia*, con introd. di G. Gavazzi, Bologna, Il Mulino, 1981. Contiene: *Essenza e valore della democrazia* [1929]; *Il problema del parlamentarismo; I fondamenti della democrazia; Il concetto di stato e la psicologia sociale, con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud; Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica.*

3. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1920], cit. in H. Kelsen, *Dottrina dello stato*, a cura di A. Carrino, Napoli, E.S.I., 1994.

4. H. Kelsen, *La democrazia*, con introd. di M. Barberis, Bologna, Il Mulino, 1998. Contiene: *Essenza e valore della democrazia* [1929]; *Il problema del parlamentarismo; I fondamenti della democrazia.*

supposti ideologici profondamente diversi: i primi auspicavano la nascita di uno stato autoritario e corporativo, i secondi chiedevano la sostituzione del regime parlamentare *borghese* con una struttura simile a quella dei soviet russi, basata sull'uguaglianza materiale delle persone, ma in entrambi i casi la democrazia parlamentare, così come si era formata e sviluppata negli anni '20 del '900, era ritenuta obsoleta, dannosa e incapace di rappresentare le vere pulsioni della società civile. Nel 1920 era stata adottata ufficialmente in Austria la costituzione democratica federale, alla cui stesura aveva partecipato Hans Kelsen.² Il 10 giugno dello stesso anno, i due maggiori partiti del paese, la CSO e la SDP, sciolsero la loro coalizione, sotto la cui egida l'Austria era stata "traghettata" dalla monarchia alla repubblica.³ Come osserva Owerdieck, l'avvicinamento dei cristiano-sociali e dei socialdemocratici era stato prevalentemente dettato da esigenze del tutto contingenti, ossia la catastrofica situazione alimentare e la delicata posizione politica dell'Austria post-bellica. Nel momento in cui la CSO ritenne di poter avere un margine abbastanza ampio per operare senza l'appoggio della SDP, ruppe un'alleanza che aveva celato, ma non eliminato i contrasti e i rancori fra il fronte socialista e quello cattolico-conservatore.⁴

I cristiano-sociali vedevano nella SDP un partito di classe il cui principale obiettivo era di trasformare lo stato in una «Privatsache»; i socialdemocratici, a loro volta, si sentivano i veri e unici paladini della repubblica austriaca, si dicevano pronti a sacrificarsi per salvarla, accusando i loro avversari di aver aderito al sistema repubblicano-democratico solo perché costretti dagli eventi.⁵ Nelle accuse rivolte dalla SDP alla CSO vi era, come spiega Diamant, un fondo di innegabile verità. In un momento della storia dell'Austria (il biennio 1918-1919) in cui solo la Chiesa aveva difeso a spada tratta l'Impero, e la *vox populi* aveva chiesto minacciosa la cacciata degli Asburgo, i cristiano-sociali erano stati costretti ad accantonare i loro pro-

² Il 7 luglio 1920 fu formato un governo provvisorio, presieduto dal cristiano-sociale Michael Mayr, col compito di redigere il testo definitivo della costituzione. L'impresa fu affidata ad una sottocommissione della commissione costituita dall'Assemblea costituente. I membri della sottocommissione furono: Bauer, Eisler, Eldersch, con Dannberg come supplente, per la SDP; Fink, Seipel, Aigner, con Kunschak quale membro supplente, per i cristiano-sociali; il pangermanista Clessin, col supplente Schoenbauer e Kelsen in qualità di consulente scientifico. G. BONGIOVANNI, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato, Hans Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 174.

³ Sull'argomento rimandiamo a A. AGNELLI, *Questione nazionale e socialismo. Contributo allo studio del pensiero di K. Renner e O. Bauer*, Bologna, Il Mulino, 1969.

⁴ R. OWERDIECK, *Parteien und Verfassungsfrage in Oesterreich, die Entstehung des Verfassungsprovisoriums der ersten Republik 1918-1920*, Muenchen, R. Oldenbourg Verlag 1987, p. 84.

⁵ Ivi, p. 129.

grammi monarchico-costituzionali e ad adattarsi ai tempi, senza particolare slancio.⁶

Nella stessa SDP coesisterono, fino alla nascita nel 1934 della dittatura clericofascista, due atteggiamenti contrastanti, riguardo la tutela delle istituzioni democratiche. Da un lato, si invocava il rispetto della legalità repubblicana e della costituzione, convinti che fosse sufficiente conquistare la maggioranza dei voti per rendere possibili i cambiamenti necessari a invernare il socialismo.⁷ Dall'altro, si sosteneva, più o meno apertamente, che la SDP doveva curare moralmente e fisicamente la classe operaia, in modo tale da prepararla a instaurare la dittatura proletaria, rovesciando così la repubblica sorta nel '20, nel caso in cui la borghesia avesse ordito trame controrivoluzionarie.⁸ Col tempo, secondo Goldinger, il richiamo socialdemocratico alla rivoluzione finì per trasformarsi in un alternarsi di istigazioni e di richieste d'ordine, in una strumentalizzazione delle masse in grado, apparentemente, di soddisfarle, ma che lasciava indirettamente presagire che prima o poi il proletariato socialista avrebbe agito spontaneamente, ignorando le direttive del partito.⁹

Nel periodo compreso fra la prima e la seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia* (1920; 1929),¹⁰ i contrasti fra i due fronti politici austriaci si esacerbarono, soprattutto in merito alla questione della democrazia parlamentare. La costituzione del 1920 poggiava su tre idee cardine: *democrazia, federalismo* e *"legicentrismo"*. Dei tre principi i cristiano-sociali avevano condiviso solo il secondo, poiché questo permetteva loro di mantenere posizioni di preminenza nelle aree del paese, dove il loro partito risultava il più forte. Affinché fosse introdotto nell'ordinamento austriaco il sistema federale, la CSO aveva dovuto però sacrificare due punti del suo programma: l'elezione diretta del Presidente della repubblica e un governo con ampi poteri. A loro volta, approfittando della autorevolezza di cui godevano nel biennio 1918-1920, i socialdemocratici erano riusciti ad imporre ciò che la CSO abborriva: il sistema elettorale di tipo proporzionale e la

⁶ A. DIAMANT, *I cattolici austriaci e la prima repubblica, 1918-1934*, Roma, Cinque Lune, 1964, p. 133.

⁷ G. MARRAMAO, *Austro-marxismo e socialismo di sinistra fra le due guerre*, Milano, La Pietra, 1977, p. 95.

⁸ W. GOLDINGER-D. A. BINDER, *Geschichte der Republik Oesterreich, 1918-1938*, Muenchen, Verlag fuer Geschichte und Politik, Wien, 1992, p. 142.

⁹ W. GOLDINGER, *op. cit.*, pp. 151-152. Secondo Goldinger, ciò avvenne il 15 luglio del 1927, quando una massa di manifestanti sfuggiti del tutto al controllo della SDP reagirono all'assoluzione di due criminali delle Heimwhren, le milizie paramilitari di estrema destra, incendiando il Palazzo di Giustizia. *Ibidem*.

¹⁰ D'ora in poi, la prima edizione del saggio kelseniano verrà indicata con la sigla EVD(1), mentre la seconda edizione con EVD.

supremazia del potere legislativo su quello esecutivo. Il primo avrebbe garantito un'estesa rappresentatività degli interessi politici del paese, il secondo avrebbe permesso la progressiva trasformazione in senso assembleare del parlamento. Dalla fine del 1920, gli attacchi della CSO al regime democratico consistettero proprio in una generale e serrata critica alla rappresentanza proporzionale e al *legicentrismo*, considerati gli strumenti attraverso i quali la SDP perpetuava il suo potere.¹¹ I cristiano-sociali ottennero una prima importante vittoria nel 1929, quando venne adottata una riforma che limitò drasticamente il potere del parlamento, introducendo l'elezione diretta del Presidente federale, al quale veniva inoltre riconosciuta la facoltà di nominare il Cancelliere, di formare il Gabinetto e di sciogliere il parlamento.¹² Nel 1929 in Austria, come nel resto di Europa, la questione della democrazia parlamentare, e del rapporto fra Legislativo ed Esecutivo, rappresentava dunque un problema particolarmente evidente e scottante, col quale Kelsen si confrontò, seppur in termini prettamente speculativi.

Le principali differenze tra le due opere dedicate alla democrazia sono connesse con l'interesse di Kelsen per il sistema democratico-parlamentare, che risulta più esplicito e maturo nella seconda, così come la correlazione fra libertà e democrazia, la dicotomia democrazia e autocrazia e la critica al concetto di sovranità e rappresentanza, che accomunano le due edizioni del saggio, sono sviluppate in modo organico solo in quella del '29.¹³

La versione del 1920 si caratterizza per un afflato fortemente astratto e filosofico e per la spiccata attenzione che Kelsen dimostra verso la democrazia consiliare, condizionato in tal senso sia dall'esperienza sovietica, sia dallo sviluppo, nel biennio 1919-1920, del movimento austriaco e tedesco dei Consigli (*Raete*) degli Operai e dei Soldati. In EVD(1) sono inoltre presenti la critica alla dottrina marxista dello stato e il rifiuto di sottoporre l'apparato amministrativo alla logica democratica, come richiesto al tempo dalla maggioranza della sinistra europea, e in particolare dal partito bolscevico e da Lenin, che viene più volte citato in EVD(1), per la vicinanza cronologica fra la prima edizione del saggio e la Rivoluzione d'Ottobre. Il primo dei due temi non ricompare in EVD, dato che Kelsen aveva avuto modo di approfondirlo in due importanti lavori quali *Sozialismus und Staat* (1920) e *Marx oder Lassalle* (1924);¹⁴ il secondo tema torna nell'edizione

¹¹ A. DIAMANT, *op. cit.*, pp. 133-134.

¹² Ivi, p. 418.

¹³ M. BARBERIS, *op. cit.*, p. 23.

¹⁴ In *Sozialismus und Staat* compaiono due temi fondamentali: la presunta contraddizione fra l'elemento anarchico e statalistico della dottrina marxista dello stato, e il confronto fra democrazia e costituzione consiliare sovietica. In *Marx oder Lassalle*, Kelsen attacca la concezione marxista dello stato, affermando che l'emancipazione politica e sociale della classe operaia è possibile

del 1929, ma non più in stretto e diretto riferimento alla politica rivoluzionaria bolscevica, bensì alla situazione istituzionale austriaca, che nel frattempo si era fatta ancora più critica e instabile. Dopo lo spostamento del baricentro del potere in Austria a favore dell'Esecutivo, lo scontro fra CSO e SDP si era acuito, il crollo dei mercati finanziari nel '29 aveva messo in ginocchio la già debole economia austriaca, mentre nel paese si assisteva al consolidamento dei gruppi paramilitari di estrema destra (le Heimwehren), tollerate sino allora dalla CSO, interessata ad utilizzarle in chiave anti-socialista. Al contempo, sulla scena internazionale, si era affacciato il fascismo, al potere in Italia dal 1922, e il partito nazista stava conquistando sempre più proseliti e simpatizzanti. Dando alle stampe la versione definitiva e ampliata di EVD, sulla quale si basa la nostra analisi, il giurista austriaco prendeva, in modo più sistematico e articolato del 1920, le difese della democrazia parlamentare, considerata l'unico efficace strumento di cui la classe dirigente del tempo disponeva per superare la crisi istituzionale che stava investendo l'Europa e in particolare l'Austria. Secondo Kelsen, i conflitti della società moderna, divisa in classi e sconvolta da profondi dissidi ideologici, potevano essere risolti solo *in e attraverso* il parlamento democraticamente eletto e rafforzato.¹⁵ In tal senso, EVD non fu un mero esercizio di filosofia e teoria politica, quanto un'opera che diede voce ad un intellettuale che continuò a credere nella democrazia parlamentare, quale forma di governo in grado di tutelare il massimo grado di libertà per tutti i cittadini, in un momento storico in cui quella fiducia sembrava destinata a scomparire del tutto.

È opportuno delineare gli aspetti fondamentali della teoria e della "difesa" kelseniana della democrazia, muovendo dalla scomposizione del titolo del saggio nei suoi due elementi basilari: tratteremo sinteticamente l'Essenza (*Wesen*) della democrazia, ossia la definizione che il giurista elabora del sistema democratico e gli strumenti giuridici da lui ritenuti necessari affinché la democrazia non sfoci in un regime dispotico e liberticida; prenderemo poi in considerazione quella parte di EVD nella quale Kelsen sposta la sua attenzione dall'Essenza al Valore (*Wert*) del governo democratico, e quindi il modo in cui la tutela e il senso profondo di questa forma di

anche in un sistema democratico-borghese, poiché lo stato non può essere mai ridotto a mero strumento di oppressione sociale e politica: R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito sulla democrazia e il parlamentarismo negli anni '20 e '30*, Intr. a H. KELSEN, *Socialismo e stato*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. CXXV-CXXVI. L'austro-marxista Otto Bauer affida la sua risposta a *Das Gleichgewicht der Klassenkräfte* (1924), nel quale si oppone alla tesi di Kelsen, ribadendo la necessaria esasperazione del conflitto sociale e quindi l'inevitabilità della rivoluzione socialista. G. MOZETICH, *Kelsen als Kritiker des Austro-marxismus* cit. in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, Humboldt Verlag, 1982, p. 455.

¹⁵ M. BARBERIS, *op. cit.*, p. 24.

governo non possano essere ricondotti a mere procedure giuridiche, bensì debbano essere inquadrati entro gli spazi di una cultura autenticamente aperta, tollerante e relativistica. Nei capitoli con cui si apre EVD («La Libertà» e «Il Popolo»), il giurista austriaco si interroga sulle caratteristiche costitutive e ontologiche della democrazia, che permettono ad essa di distinguersi dal suo esatto opposto: l'autocrazia. Kelsen esordisce affermando che la democrazia ideale poggia su due istinti primordiali costitutivi della natura umana, l'istinto alla libertà assoluta e incondizionata e quello alla completa uguaglianza tra gli individui:

il peso della volontà esterna [...] sembra tanto più opprimente quanto più direttamente nell'uomo, si esprime il sentimento primitivo che egli ha del proprio valore, [...] «è un uomo come me, siamo uguali, che diritto ha di comandarmi?». Così, l'idea assolutamente negativa di uguaglianza [...] si mette al servizio di un'altrettanto negativa esigenza di libertà.¹⁶

Secondo Kelsen, la libertà diviene compatibile con la tutela dell'organizzazione sociale e statale solo «attraverso un cambiamento di significato», per cui riconosciamo che se dobbiamo essere comandati desideriamo che i comandi corrispondano alle nostre aspettative e ai nostri desideri.¹⁷ Dalla libertà negativa (assoluta assenza di coazioni esterne, illimitata capacità di fare ciò che più ci aggrada) si perviene alla libertà positiva; questo passaggio implica la riconquista della libertà e dell'uguaglianza entro un ordinamento sociale consolidato, e per Kelsen la sintesi di questi due principi non è altro che la democrazia.¹⁸

La libertà negativa (anarchica) lascia spazio alla libertà positiva, ossia democratica, che comporta il diritto per tutti i cittadini di partecipare alla creazione della volontà statale attraverso l'esercizio del diritto di voto. Nella democrazia reale esiste, dunque, un ordinamento coattivo al quale il soggetto si sottomette, ma quello stesso ordinamento, complesso di diritti e doveri, non è percepito dall'individuo-cittadino come qualcosa di astratto e lontano, perché egli stesso ha contribuito alla sua formazione. La partecipazione del cittadino al processo di produzione delle decisioni politiche avviene attraverso la consultazione elettorale, ed è regolata in base al principio di maggioranza. Secondo il giurista, tale principio non si basa sull'i-

¹⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 45.

¹⁷ Ivi, p. 46.

¹⁸ Kelsen cita a proposito la celebre frase di Cicerone: «Itaque nulla alia in civitate, nisi in qua populi potestas summa est, ullum domicilium libertas habet: qua quidem certe nihil potest esse dulcius et quae non est, ne libertas quidem est». H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 46.

dea di uguaglianza, perché, se così fosse, i voti dei “più” sarebbero più uguali dei voti dei “meno”:

Se si cerca di dedurre il principio di maggioranza esclusivamente dall'idea di uguaglianza questo principio avrà quel carattere puramente meccanico, anzi, assurdo che gli rimproveravano gli avversari della democrazia. Significherebbe trasformare in massima difettosa un dato dell'esperienza, l'asserire che i più numerosi sono i più forti, e la formula «la forza supera il diritto» sarebbe superata soltanto se elevata allo stato di regola di diritto.¹⁹

Da ciò Kelsen evince che il principio di maggioranza discende dall'idea di libertà, in base alla quale si stabilisce che se non tutti possono essere liberi, almeno la maggior parte di essi dovrà esserlo. Sulla base delle considerazioni finora svolte, la teoria democratica kelseniana appare anzitutto quale *metodo* di creazione e organizzazione del potere:

Anche se l'estensione del potere dello stato sull'individuo fosse illimitata, nel caso, quindi, che la «libertà» individuale fosse completamente annientata e l'ideale liberale negato, la democrazia sarebbe ancora possibile, purché tale potere statale fosse creato dagli individui ad esso sottomessi.²⁰

Nel passo appena riportato, Kelsen delinea la democrazia in termini eminentemente procedurali, ossia secondo i parametri di una teoria politica che, affermatasi nel '900, tende a concepire la democrazia come:

un elenco più o meno ampio, secondo gli autori, delle regole del gioco o, come sono state anche chiamate, «universali procedurali». [...] [Tali procedure] stabiliscono *come* si debba arrivare alla decisione politica non *che cosa* si debba decidere. Dal punto di vista del *che cosa* l'insieme delle regole del gioco democratico non stabiliscono nulla salvo l'esclusione delle decisioni che in qualche modo contribuirebbero a rendere vane una o più regole del gioco.²¹

A considerazioni procedurali sembra essere inizialmente improntato anche il problema del parlamento e del parlamentarismo, considerato da Kelsen conseguenza inevitabile di quella divisione del lavoro che si è imposta in epoca moderna, e che avrebbe reso necessario il ricorso a strumenti quali l'elezione dei deputati e la creazione dei parlamenti, a causa dell'impossibilità per i cittadini-elettori di prendere parte direttamente alle decisioni della vita pubblica. Afferma al riguardo Kelsen:

¹⁹ Ivi, p. 51.

²⁰ Ivi, p. 52.

²¹ *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, UTET, 1990, ad vocem: «democrazia», pp. 294-295.

Il parlamentarismo si presenta dunque come un compromesso fra l'esigenza democratica di libertà e il principio [...] della distribuzione del lavoro. [...] Senza dubbio, da un lato, non si poteva seriamente accettare, per la complessità dei rapporti sociali, la forma primitiva della democrazia diretta, poiché non era possibile rinunciare ai vantaggi della divisione del lavoro. Quanto più grande è la collettività statale, tanto meno il «popolo» sembra in grado di svolgere immediatamente l'attività veramente creatrice della formazione della volontà dello stato, tanto più esso è costretto, sia pur per ragioni tecniche, a limitarsi a creare e a controllare il vero apparecchio della formazione della volontà statale stessa.²²

Dalla lettura delle pagine dedicate alla questione del parlamento e del parlamentarismo si ricava che la democrazia, così come viene interpretata e definita da Kelsen, è una forma di governo che si caratterizza per due aspetti fondamentali: 1) la produzione dell'ordinamento giuridico e statale si muove dal basso verso l'alto, ossia dagli elettori sino alle sfere direttive della macchina statale; 2) tale movimento è mediato da un particolare organo, eletto dai cittadini che godono dei diritti politici, ossia il parlamento.²³ In sintesi, Kelsen reimposta il discorso sulla democrazia, concludendo che la democrazia è anzitutto *metodo e procedura di creazione e organizzazione del potere*, perché essa prescrive *come* le leggi sono create e applicate; più precisamente la democrazia si distingue da altre forme di governo nella misura in cui alla elaborazione e alla applicazione delle leggi partecipano, sulla base del principio di maggioranza, coloro che sono soggetti all'ordinamento giuridico-statale. Ciò, secondo Kelsen, permette di raggiungere un equilibrio tra la libertà politica come autodeterminazione e l'impossibilità fisica di tutti i cittadini a prendere parte alle deliberazioni pubbliche, dato che il sistema democratico è sì creato dai membri della collettività, ma in modo *mediato*, attraverso il principio di maggioranza. Gli aspetti *formalistici e procedurali* del discorso kelseniano sembrano prevalere finora su quelli *contenutistici ed etici* e, rispetto ad essi, sono maggiormente sottolineati.

Resta, però, da chiarire se tutta la sua *Weltanschauung* democratica possa essere considerata tale o se invece esistano "oscillazioni" nel sistema teorico, che aprono la strada ad una riconsiderazione in chiave maggiormente *contenutistica e etica* di EVD. Il *proceduralismo* kelseniano mostra le sue prime e significative aperture quando il giurista comincia ad analizzare il principio di maggioranza, che egli considera il migliore antidoto contro il dominio e la tirannia di una classe a danno di un'altra, poiché esso

²² H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 76.

²³ Ivi, pp. 79-82.

implicherebbe la protezione e la tutela dei diritti della minoranza. In tal senso, Kelsen introduce il tema dei diritti fondamentali e di libertà, distanziandosi così da posizioni eminentemente giuspositivistiche e procedurali:

La maggioranza infatti presuppone, per definizione, l'esistenza di una minoranza e, di conseguenza, il diritto della maggioranza presuppone il diritto all'esistenza di una minoranza. Questa protezione della minoranza è la funzione essenziale dei cosiddetti diritti fondamentali e libertà fondamentali, o diritti dell'uomo e del cittadino, che vengono garantiti da tutte le moderne Costituzioni delle democrazie parlamentari.²⁴

Nel suo lavoro, *La democrazia di Hans Kelsen. Un'analisi critica*, Gaetano Pecora ritiene, però, che il discorso kelseniano sulla presunta correlazione tra protezione della minoranza e tutela dei diritti fondamentali sia tutt'altro che coerente. Egli rileva che il primo punto debole di questo nesso consiste nelle premesse stesse di EVD. Per pagine e pagine Kelsen si è sforzato di elaborare una concezione della democrazia rigorosamente *procedurale*; se avesse voluto attenersi ad essa con scrupolo, avrebbe dovuto affermare che il funzionamento della democrazia e del principio di maggioranza prescinde dall'esistenza o meno dei diritti di libertà. Invece, è lo stesso Kelsen a sostenere nel suo saggio del '29 che la democrazia riposa sul meccanismo maggioritario, la cui validità dipende dalla sua capacità di tutelare la minoranza permettendole un domani di diventare forza di governo.²⁵ Puntualizza a proposito Pecora, con un linguaggio particolarmente incisivo:

Se la democrazia è una procedura, una forma, e una forma è indipendente da qualsivoglia contenuto, ne deriva, a rigore, che essa – la democrazia – dovrebbe poter prescindere anche dai diritti di libertà. Questi, infatti, muovono da una precisa concezione politica, sono il retaggio dell'idea liberale; che per Kelsen è una, ma soltanto una, delle tante ideologie che danno sostanza alle forme democratiche: «Anche nel caso che la libertà individuale fosse completamente annientata e *l'ideale liberale negato*, la democrazia sarebbe ancora possibile». Ma come? Non si è detto che la democrazia riposa sul congegno maggioritario? E che questo conge-

²⁴ Ivi, p. 101.

²⁵ G. PECORA, *La Democrazia di Hans Kelsen. Un'analisi critica*, Napoli, E.S.I., 1992, pp. 25-26. Anche in EVD(1) riscontriamo il tema dei diritti della minoranza e della necessità di garantire ad essa, attraverso il meccanismo maggioritario, la possibilità di diventare forza di governo, ma ciò è sottolineato con minore incisività rispetto all'edizione del 1929. Questa differenza è imputabile alla riforma costituzionale introdotta in Austria nell'inverno del 1929, che consentì un notevole ampliamento dei poteri dell'Esecutivo. Un simile cambiamento contribuì a provocare negli anni successivi l'involuzione in senso autoritario del governo austriaco, rendendo così, agli occhi di Kelsen, particolarmente scottante la questione dei diritti dell'opposizione politica della loro tutela.

gno funziona perché assicura alla minoranza la libertà di diventare maggioranza? E non si è stabilito altresì che la libertà della minoranza viene garantita dai diritti di libertà, ossia da un particolare contenuto delle norme giuridiche?²⁶

Koller avanza una spiegazione interessante di questa presunta «contraddizione». Egli ritiene che Kelsen abbia deciso di introdurre nel capitolo dedicato a «Il principio di maggioranza» la questione della tutela dei diritti della minoranza, venendo così meno al suo *proceduralismo*, perché conscio che il mero principio di maggioranza, legato all'uguaglianza, è teoreticamente insufficiente a giustificare la democrazia *tout court*. Per cui, insieme alla creazione della volontà statale, regolata dal principio di maggioranza, Kelsen sarebbe stato indotto, secondo Koller, a prendere in considerazione la difesa dei diritti di libertà e i diritti fondamentali, come esigenza essenziale di ogni sistema democratico moderno. Secondo Pecora, «il pensiero di Kelsen da piano e lineare si fa incerto e ricco di contraddizioni»,²⁷ quando il giurista austriaco affronta il problema dei diritti di libertà. Diversamente da Pecora, Koller interpreta tali «contraddizioni» come l'inevitabile portato di un'analisi che non si voglia fermare alla superficie delle cose, cercando di dimostrare quanto le aperture *contenutistiche* ed *etiche* insite nella *Weltanschauung* democratica di Kelsen non siano semplici errori logici, ma testimonianze dell'attenzione che per tutta la vita Kelsen, da liberale di sinistra, dedicò alla rilevanza delle libertà fondamentali.²⁸ Evidenziato il nesso tra dialettica maggioranza-minoranza e difesa dei diritti di libertà, Kelsen specifica che la protezione della minoranza si concretizza in sede parlamentare ogni qualvolta, per quanto riguarda particolari materie come gli interessi nazionali, religiosi, economici o spirituali, la maggioranza deve deliberare in accordo con la minoranza. In questo caso si dice che le decisioni sono state prese a maggioranza qualificata, perché, al contrario della maggioranza assoluta, si presuppone una certa omogeneità di vedute nella formazione della volontà generale.²⁹ Secondo la prospettiva kelseniana, nella realtà politica risulta impossibile per la maggioranza esercitare un dominio schiacciante quanto assoluto a danno della minoranza. Kelsen non intende associare il principio maggioritario alla forza bruta del numero, poiché, se così fosse, la minoranza non parteciperebbe più alla creazione della volontà generale, e quindi cesserebbe di esistere, condannando alla stessa fine an-

²⁶ G. PECORA, *op. cit.*, p. 25.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ P. KOLLER, *Zur ewigen Problemen der Rechtfertigung der Demokratie* cit., in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit., p. 323.

²⁹ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 102-103.

che la maggioranza,³⁰ dato che la prima esiste in quanto controparte della seconda e viceversa. Scrive Kelsen:

non esiste, nella realtà sociale, un dominio assoluto della maggioranza sulla minoranza perché la volontà generale, formata secondo il cosiddetto principio di maggioranza, non si manifesta sotto forma di *diktat* imposto dalla maggioranza alla minoranza, ma come il risultato dell'influsso che i due gruppi esercitano l'uno sull'altro, come risultante del cozzo degli orientamenti politici delle loro volontà.³¹

Questo delicato e fondamentale aspetto della teoria democratica di Kelsen è colto da Bobbio, quando egli distingue tra gli autori che hanno giustificato il principio di maggioranza sul piano *tecnico*, e coloro che l'hanno difeso dal punto di vista *assiologico*. I primi scorgono nella regola della maggioranza uno strumento per pervenire ad una decisione sulla quale individui con opinioni diverse possono trovarsi d'accordo, e quindi la migliore alternativa all'unanimità. I secondi invece adottano il principio di maggioranza come mezzo atto a garantire valori, quali la libertà e l'uguaglianza, in aperta polemica con chi vuole negare quegli stessi valori.³² Annotando Kelsen tra coloro che hanno propugnato il principio di maggioranza sulla base di presupposti assiologici, lo stesso Bobbio, che ha più volte sostenuto il carattere eminentemente procedurale della democrazia kelseniana, conduce in questo caso il giurista austriaco fuori dalle maglie del proceduralismo. Dato che la maggioranza e la minoranza appaiono in Kelsen come due realtà intimamente correlate, la natura della politica non sarà

³⁰ Nell'attenzione che Kelsen dedica, in queste pagine di EVD, alla protezione della minoranza contro possibili prevaricazioni da parte della maggioranza si possono scorgere i segni di una sensibilità politica che è già presente in autori quali Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill, che pur muovendo da premesse diverse da quelle del giurista, dimostrarono un forte interesse per i rapporti tra maggioranza e minoranza, come per la possibile involuzione in senso dispotico della maggioranza. Tale involuzione venne assimilata alla repressione di ogni forma di dissenso e al livellamento politico e culturale. E. SCIACCA, *Interpretazioni della democrazia*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 63-64.

³¹ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 104. Il modo in cui Kelsen stabilisce la stretta correlazione fra maggioranza e minoranza sembra richiamarsi, seppur indirettamente, alla celebre figura hegeliana del «servo» e del «padrone», con la quale, nella *Fenomenologia dello Spirito* (1807), il filosofo prussiano aveva voluto esplicitare il rapporto dialettico che si instaura tra le autocoscienze. Come l'autocoscienza vincitrice (il signore) ha bisogno di quella perdente (il servo), poiché trae concreti benefici dal lavoro svolto da quest'ultima, così la maggioranza non può fare a meno della minoranza, se non a rischio del suo annichilimento. Ciò contribuisce a chiarire come e quanto il principio di maggioranza, nell'opera di Kelsen, esorbiti dalla dimensione puramente costituzionale, poiché prevede la capacità della maggioranza di controllarsi e autolimitarsi.

³² N. BOBBIO, *La regola della maggioranza: limiti ed aporie* [1981] cit., in N. BOBBIO, C. OFFE, S. LOMBARDINI, *Democrazia, maggioranze e minoranze*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 39-40.

tanto contrapposizione quanto compromesso, continua e costante mediazione tra maggioranza e minoranza, nella misura in cui solo la pratica compromissoria può assicurare la loro esistenza, salvaguardando così la democrazia:³³

L'importante è che, dalla tendenza a formare una maggioranza, risulta che, in ultima analisi, non sono che due gruppi che essenzialmente si oppongono, che lottano per il potere, in quanto gli innumerevoli fattori di differenziazione e di scissione che agiscono nell'interno della società, vengono neutralizzati fino a non lasciare sussistere che un'unica opposizione fondamentale. La forza numerica di questi due gruppi può essere più o meno diversa, ma non è mai troppo diversa la loro importanza politica e sociale. È questa forza di integrazione sociale che, in primo luogo, caratterizza il principio di maggioranza.³⁴

Il fatto che il principio di maggioranza non significhi affermare la vittoria del più forte è confermato dall'importanza che nella democrazia rivestono il confronto, il dialogo, la partecipazione pacifica ai dibattiti politici:

L'intera procedura parlamentare infatti, con la sua tecnica dialettica contraddittoria, basata su discorsi e repliche, su argomenti e controargomenti, tende a venire ad un compromesso. Questo è il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale.³⁵

Da mero strumento di creazione dell'ordine statale, il principio di maggioranza diviene una delle condizioni indispensabili affinché sia realizzata la pratica compromissoria, che rappresenta, nella prospettiva kelseniana, il senso della democrazia e ciò che la preserva da involuzioni dispotiche. La democrazia non è più tale solo in quanto complesso di particolari procedure, ma anche come terreno di incontro e confronto fra opinioni e interessi diversi che si manifestano nel compromesso. Sartori interpreta l'attenzione riservata da Kelsen alla protezione delle minoranze e il significato *assiologico* attribuito al principio di maggioranza come il sintomo di una mentalità «pragmatica» ed «empirica», che si distanzia dagli estremismi e da atteggiamenti radicali, propensa al compromesso piuttosto che allo scontro di principio, e quindi sostanzialmente riconducibile a quella scuola politica angloamericana che considera il sistema democratico principalmente da due punti di vista: l'interazione fra i partiti e la protezione della minoranza.³⁶

³³ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 104-105.

³⁴ Ivi, p. 104.

³⁵ Ivi, p. 105.

³⁶ G. SARTORI, *Democrazia e Definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957, pp. 143-144; p. 150.

Il concetto di compromesso politico e il rapporto dialettico maggioranza-minoranza sono utilizzati da Kelsen, in questa parte del suo saggio, per introdurre la distinzione tra democrazia e autocrazia. In un regime democratico, precisa l'autore, la pratica ostruzionistica è possibile nella misura in cui esiste una minoranza che si confronta con la maggioranza, condizione preliminare per la garanzia delle libertà e dei diritti fondamentali. Al contrario, nell'autocrazia, non sono possibili né l'ostruzionismo, né la dialettica tra maggioranza e minoranza, poiché «sono [...] impossibili una corrente e una controcorrente politiche».³⁷ E non potrebbe essere altrimenti, dato che nell'autocrazia l'individuo è sottomesso ad un suo simile che gode di autorità assoluta sull'intera comunità. La democrazia perciò non si distingue dall'autocrazia tanto per l'assenza di un capo, quanto per il fatto che al suo interno il cittadino si sottopone a leggi alla cui elaborazione egli stesso, attraverso il sistema partitico-parlamentare e rappresentativo, ha contribuito, laddove nei regimi autocratici i sudditi sottostanno a leggi imposte dal despota senza il loro consenso.³⁸ Come puntualizza Bobbio, con Kelsen si assiste ad una riconsiderazione globale e originale delle forme di governo: alla classificazione aristotelica su base *quantitativa* delle forme di governo e a quella *politico-sociologica* di Montesquieu, Kelsen contrappone, rivoluzionando il panorama della teoria politica, una di tipo essenzialmente *giuridico*. Basandosi sulla considerazione secondo cui il potere o si propaga dal basso verso l'alto o viceversa, Kelsen discerne tra democrazia come sistema, nella quale coloro che fanno le leggi e che le devono poi rispettare sono i medesimi soggetti, e l'autocrazia, dove tale identità non sussiste. Secondo Bobbio, questo rilevante aspetto della teoria politica di Kelsen proverebbe il carattere *procedurale* della concezione democratica kelseniana: la democrazia e l'autocrazia sono ordinamenti antitetici, poiché diverso è il modo in cui, al loro interno, sono prodotte e applicate le leggi. Il filosofo italiano attribuisce infatti alla teoria democratica di Kelsen un carattere *descrittivo*, nella misura in cui essa non sarebbe caratterizzata da considerazioni *etiche* circa la bontà o meno di questa particolare forma di governo, bensì dall'esigenza di definire la democrazia come complesso di procedure atte a creare la volontà statale.³⁹ Come Bobbio, anche Matteucci definisce la contrapposizione fra democrazia e autocrazia «una delle dicotomie classiche della

³⁷ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 112.

³⁸ Ivi, pp. 112-113.

³⁹ N. BOBBIO, *Stato, governo, società, frammenti di un dizionario politico* [1976], Torino, Einaudi, 1985, pp. 129-130. Secondo Bobbio, Kelsen è stato uno degli autori che hanno maggiormente contribuito, nel secolo scorso, a consolidare la distinzione tra autocrazia e democrazia con *The General Theory of Law and State* (1945): cfr. ivi, p. 129. Già in EVD, Kelsen aveva fondato e legittimato con chiarezza e incisività questa dicotomia.

filosofia politica contemporanea» che «nella letteratura anglo-americana spesso è espressa con i termini di *polycracy* e *monocracy*»⁴⁰ e, nella medesima maniera del filosofo torinese, ritiene che la differenza sostanziale tra queste due forme di governo consista in un diverso modo di produrre l'ordine statale; ma, al contrario di Bobbio, afferma che alla contrapposizione democrazia-autocrazia sarebbe sotteso un preciso «motivo ideologico»: la distinzione tra eteronomia e autonomia, che rimanda a sua volta all'idea di libertà politica.⁴¹ Matteucci sostiene che l'alternativa tra autocrazia e democrazia è posta da Kelsen in termini di libertà, per cui questo valore sarebbe meglio garantito nel secondo dei due regimi, dato che nella democrazia i cittadini sono chiamati a rispettare un ordine che essi stessi hanno contribuito a creare. In questa ottica la democrazia non è più concepita solo da un punto di vista *procedurale*, ma anche *etico*, in quanto il particolare tipo di procedura giuridica che essa veicola e rappresenta (la legge è prodotta dal basso verso l'alto) diviene uno strumento per salvaguardare e garantire il maggior grado possibile di libertà:

Ciò induce a ritenere che la vera ragione della preferenza data alla democrazia sia l'ideale di libertà: dopo aver indicato le trasformazioni di significato di questa parola dall'anarchia allo stato civile, si vedrà che l'ordinamento democratico non è tanto il modo migliore per realizzare la pace sociale quanto quello di attuare la libertà del cittadino.⁴²

Il diverso modo con cui nella democrazia e nell'autocrazia si procede alla designazione della *ruling class* implica un'altra importante distinzione tra questi due tipi di governi; nel primo, al contrario del secondo:

l'equilibrio sociale riposa, in effetti, su un accordo reciproco [la cui interpretazione ideologica, secondo Kelsen, sarebbe stato il Contratto sociale] più di quanto non avvenga nell'autocrazia reale della dittatura, ove quello che importa è soltanto di sopportare il peso comune della forza dominatrice.⁴³

L'«accordo reciproco» si esplicita nei termini della dialettica maggioranza-minoranza la cui esistenza, come precisa il giurista austriaco, presuppone che le due parti possano intendersi vicendevolmente. Ma ciò è possibile solo se tra la maggioranza e la sua controparte vi è una certa omogeneità culturale, quindi solo se:

⁴⁰ N. MATTEUCCI, *Filosofi politici contemporanei*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 67.

⁴¹ N. MATTEUCCI, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, intr. a H. KELSEN, *Democrazia e Cultura*, Bologna, Il Mulino, 1955, p. XIX.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 113.

la nazione è, innanzitutto, comunanza di civiltà, lingua, il principio di maggioranza avrà pieno senso soltanto in una società come nazione.⁴⁴

Il principio di maggioranza rinvia alla dialettica maggioranza-minoranza che si richiama alla pratica del compromesso, ma quest'ultima per non essere una formula vuota e retorica deve poggiare su una effettiva comunanza di valori, idee e tradizioni fra maggioranza e opposizione, senza la quale nessun dialogo sarebbe possibile. In tal senso, Kelsen sembra distanziarsi dal *proceduralismo*. Pur non rigettando completamente la concezione *procedurale* della democrazia, nelle ultime pagine del capitolo dedicato al principio di maggioranza egli si sforza di dare un contenuto a quelle procedure e forme. Afferma che i diritti di libertà sono intrinseci al principio di maggioranza e alla dialettica maggioranza-minoranza, ma senza un «comune sentire» quei diritti sarebbero pallide e labili immagini, semplicemente inefficaci.⁴⁵

2. Gli aspetti giuridici dell'ordinamento democratico

In EVD il piano di riflessione filosofico e prettamente speculativo si intreccia ad uno più propriamente giuridico, nel quale Kelsen pone il problema di quali siano le modalità «tecniche» di cui un governo democratico moderno deve dotarsi per salvaguardare la propria esistenza e il suo corretto funzionamento. Tra questi «strumenti» e procedure Kelsen individua il principio della «legalità dell'esecutivo». Nel saggio del '29 il giurista teorizza, infatti, la possibilità di tutelare le decisioni politiche prese in sede parlamentare, ossia il compromesso raggiunto tra maggioranza e minoranza, sottoponendo gli organi esecutivi individuali all'*imperium* della legge, in modo tale da garantire la legalità dell'amministrazione.⁴⁶

In particolare, Kelsen ritiene che la legalità del potere esecutivo possa essere realizzata attraverso: 1) una giurisdizione amministrativa che con-

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Pecora ritiene che il comune sentire di cui parla Kelsen sia fondamentalmente la tolleranza, e utilizza quest'argomentazione per provare che la neutralità della democrazia kelseniana è più apparente che sostanziale, poiché essa sarebbe intrisa di cultura liberale, di cui il valore della tolleranza è stato e continua ad essere, a giudizio di Pecora, uno dei molteplici aspetti e manifestazioni. G. PECORA, *op. cit.*, p. 37.

⁴⁶ Se in EVD(1) Kelsen non aveva attribuito un particolare rilievo all'esatta determinazione della condotta esecutiva, nel 1923, come membro della Corte costituzionale austriaca, sottolineava il significato centrale ricoperto dal legame tra amministrazione e legge. G. WIELINGER, *Demokratisches Prinzip, Parteienstaat und Legalitätsprinzip bei Hans Kelsen*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit., pp. 270-271.

trolli la legalità delle «norme individuali»; 2) l'estensione del «controllo giurisdizionale» alle leggi e alle «norme generali dei regolamenti». In Kelsen l'applicazione del controllo giurisdizionale alle «norme generali» implica vagliare la loro «conformità alla legge», mentre il «controllo giurisdizionale» applicato alle leggi significa stabilire la loro «conformità» o meno al testo costituzionale.⁴⁷ Il principio di legalità esclude qualsiasi condizionamento o interferenza politica da parte dei tribunali e «delle autorità amministrative» sulla legge che deve essere applicata perché, come Kelsen ribadisce più volte, il momento politico si esaurisce nello stabilire il contenuto della legge, quindi nell'atto di rendere esecutiva una legge non saranno ammessi né contrasti né discussioni di tipo politico.⁴⁸ La differenziazione tra fase legislativa e fase esecutiva è considerata da Kelsen uno dei modi più efficaci per permettere il corretto funzionamento dei sistemi democratici, perché consente che la funzione esecutiva, di per sé a-politica, e la struttura burocratico-esecutiva coesistano con i partiti e il parlamento, ossia con la funzione legislativa e quindi politica, senza mettere in pericolo il corretto funzionamento di quest'ultima con il loro carattere autocratico.⁴⁹ La netta distinzione, individuata da Kelsen in EVD tra legislazione ed esecuzione, come osserva Sordi, è volta a negare la discrezionalità dell'amministrazione, postulata invece dalla tradizione giuridica tedesca di fine '800. Secondo quest'ultima, l'amministrazione poteva agire *extra legem*, in quanto «libera in se stessa» (*an sich frei*), e quindi sciolta da qualsiasi controllo da parte della legge e superiore rispetto ai cittadini, ossia ai singoli privati.⁵⁰ Kelsen rigetta tale impostazione da due punti di vista. Anzitutto nella sua dottrina

⁴⁷ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 118, 122.

⁴⁸ Ivi, p. 124. Sintetizza Kelsen: «l'una – la creazione delle norme generali, la legislazione – è formazione (relativamente) libera di volontà, l'altra – l'esecuzione – è formazione (relativamente) vincolata di volontà. L'esecuzione – prosegue Kelsen – è [...] sottomessa all'idea di legalità, e l'idea di legalità in un certo stadio della formazione della volontà dello Stato, entra in conflitto con l'idea di democrazia». Ivi, p. 118.

⁴⁹ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 123-124. Prima ancora che Kelsen difendesse, sulle pagine di EVD, la separazione tra fase legislativa ed esecutiva, i socialdemocratici austriaci avevano ventilato la possibilità di democratizzare l'amministrazione statale del loro paese; più precisamente, avevano richiesto di attribuire ad un organo elettivo la direzione dell'amministrazione distrettuale, liquidando così il *Bezirkshauptmann* (capodistretto), una delle figure più antiche e autorevoli dello stato austriaco, paragonabile al prefetto francese e italiano. Per democratizzazione dell'amministrazione non si intendeva dunque la soppressione della burocrazia, bensì la possibilità di eleggere i funzionari, piuttosto che nominarli dall'alto. R. RACINARO, *op. cit.*, p. xc. Nel capitolo di EVD, dedicato all'amministrazione e ai rapporti tra potere legislativo ed esecutivo, Kelsen ritiene che, nel caso in cui la funzione esecutiva venga democratizzata, l'interesse particolare, democraticamente articolato, entrerebbe a livello esecutivo in contraddizione con l'interesse generale espresso dalla legge e ciò, a giudizio del giurista austriaco, invaliderebbe il corretto funzionamento della democrazia. H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 120-122.

⁵⁰ B. SORDI, *Tra Vienna e Weimar*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 345-348.

giuridica, come sottolinea Carrino, lo stato non possiede nessun *Mehrwert* («plusvalore») rispetto ad altri soggetti perché, una volta identificato col diritto,

perde ogni dimensione sostanzialistica, ogni «plusvalore» [...] rispetto al *Wert* di tutti gli altri soggetti giuridici, fatti [...] norme, centri di imputazione formali di obblighi e autorizzazioni.⁵¹

In conseguenza di ciò, Kelsen vincola l'attività amministrativa al rispetto rigoroso delle norme costituzionali, riducendola ad *Ausfuehrung* (esecuzione) di quelle stesse norme. L'autorità legislativa diventa quindi prerogativa esclusiva del parlamento, laddove, secondo la scuola giuridica tedesca di *fin de siècle*, essa apparteneva al monarca che la esercitava attraverso la cosiddetta «sanzione». L'insistenza con cui in EVD Kelsen ribadisce l'importanza di mantenere separato l'ambito legislativo da quello esecutivo non è solo funzionale alla protezione dello Stato di diritto democratico, ma anche alla critica che il giurista muove alla teoria giuridica classica e alla monarchia costituzionale che essa difendeva.⁵²

Come abbiamo accennato precedentemente, tra i procedimenti previsti per la salvaguardia del principio di legalità dell'esecutivo Kelsen annovera l'estensione del controllo giurisdizionale alle leggi e alle norme generali dei regolamenti. Tale prerogativa appartiene specificamente alla giustizia costituzionale, esercitata dalla Corte costituzionale. Questa era stata introdotta in Austria attraverso la Costituzione democratica varata nel 1920 e alla cui redazione proprio Kelsen aveva dato un contributo determinante, nello specifico alla questione della protezione *ad hoc* della costituzione e dei diritti in essa previsti. Kelsen riteneva che il controllo della legge, delle norme generali e degli atti amministrativi fosse vitale per la democrazia. Egli aveva sottolineato lo stretto legame tra democrazia e giustizia costituzionale al V° Congresso dei giuristi tedeschi, tenutosi a Vienna nel 1928. In quell'occasione, il giurista e studioso dei moderni partiti di massa Triepel aveva negato la possibilità di risolvere le controversie costituzionali tramite un organo giurisdizionale, poiché lo riteneva sostanzialmente politico, e pertanto non idoneo a svolgere la delicata funzione di controllo costituzionale, facendo proprio un pregiudizio profondamente radicato nella cultura politica e giuridica dell'800.⁵³ Kelsen aveva replicato affermando che l'esistenza

⁵¹ A. CARRINO, *Vita e forme in Kelsen*, Intr. a H. Kelsen, *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito* [1916], a cura di A. Carrino, Napoli, E.S.I., 1988, p. 34.

⁵² G. BONGIOVANNI, *op. cit.*, p. 77.

⁵³ P. PETTA, *Schmitt e Kelsen e il «custode della Costituzione»*, «Storia e Politica», III, 1977, p. 537. Come osserva Gozzi, l'800 era stato caratterizzato dal pregiudizio secondo cui un tribu-

di ogni repubblica democratica dipende strettamente dalla presenza di organi di controllo, i quali difendono la legalità dalle eventuali prevaricazioni della maggioranza a danno della minoranza. Il giurista austriaco aveva inoltre sottolineato come la presenza di simili organi imponga necessariamente alla maggioranza di raggiungere un accordo con la minoranza, tramite il principio di maggioranza qualificata, per apportare eventuali modifiche al testo costituzionale.⁵⁴

Richiamandosi in parte a quanto affermato al Congresso dei giuristi tedeschi, Kelsen ribadisce in EVD:

Tale controllo [il controllo giurisdizionale] è compito della giustizia costituzionale. Questa funzione, poi, è importantissima per la democrazia, in quanto il rispetto della Costituzione nella procedura legislativa, rappresenta un eminente interesse della minoranza poiché [...] le disposizioni sul *quorum*, sulla maggioranza qualificata etc. esercitano una funzione protettiva nei confronti della minoranza stessa. La minoranza perciò, – se si vogliono garantire la sua esistenza e la sua azione politica tanto importanti per la democrazia e se la Costituzione non rappresenta una *Lex imperfecta* – deve avere la possibilità di ricorrere, direttamente o indirettamente, alla giurisdizione costituzionale. Il destino della democrazia moderna dipende in sommo grado da un'organizzazione sistematica di tutte queste istituzioni di controllo. La democrazia senza controllo è, a lungo andare, impossibile. Essa infatti, senza quell'autolimitazione che rappresenta il principio di legalità, si autodistrugge.⁵⁵

La lettura che Pecora offre di questi passi è volta a sottolineare quanto in Kelsen il controllo giurisdizionale sia necessario per tutelare la democrazia, dato che esso pone un concreto freno all'attività del legislatore, stabilendo limiti oltre i quali la legge sarebbe invalidata, in quanto «irregolare». In altre parole, sintetizza Pecora, secondo il giurista austriaco la legge è regolare a condizione che essa si conformi alla costituzione e ne applichi le disposizioni; quindi ciò che, in ultima istanza, limita il potere del legislatore

nale non poteva pronunciarsi sulla costituzionalità o meno di una legge. Nello stato di diritto del XIX° secolo la garanzia dei diritti era affidata alla giustizia amministrativa, piuttosto che al controllo giudiziario, per due ragioni fondamentali. Anzitutto nelle grandi monarchie europee il mancato controllo della legge da parte dei giudici dipendeva dal modo in cui era organizzato il potere statale: quest'ultimo era diviso tra il monarca e la rappresentanza popolare, cosicché il controllo giudiziario, qualora fosse stato introdotto, sarebbe apparso come un tentativo di screditare l'autorità regia. Inoltre, la difficoltà del controllo giurisdizionale ad imporsi nell'800 dipese dall'indiscusso primato di cui godeva al tempo la Legge rispetto alla Costituzione, perciò il controllo giurisdizionale poteva riguardare solo gli aspetti *formali* e *procedurali* della legge. G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 59-61.

⁵⁴ P. PETTA, *op. cit.*, pp. 539-540.

⁵⁵ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 123.

è la costituzione medesima.⁵⁶ Ma proprio il fatto che l'azione del legislatore è vincolata al rispetto della costituzione consente la tutela concreta dei diritti fondamentali e di libertà.⁵⁷ Scrive Kelsen:

Ma non appena – nella monarchia costituzionale e nella repubblica democratica – l'amministrazione e la giurisdizione non possono più venir esercitate che in

⁵⁶ G. PECORA, *op. cit.*, p. 118. Una caratteristica rilevante del modello kelseniano di giustizia costituzionale è quella di configurare il controllo di costituzionalità come giurisdizione di annullamento di norme. La *Verfassungsgerichtsbarkeit* (giustizia costituzionale) elaborata da Kelsen si basa infatti sull'idea secondo cui tutte le norme e gli atti emanati all'interno di uno stato sono subordinati alla costituzione. G. BONGIOVANNI, *op. cit.*, p. 237. Attenendoci a questa osservazione, potremmo essere indotti a ritenere che la giurisdizione costituzionale teorizzata da Kelsen non sia altro che una sorta di versione tedesca ed europea della «Supremacy of Constitution», propria del costituzionalismo americano. La Pergola insiste sul parallelismo tra la *judicial review* e la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, affermando che il sistema di giustizia costituzionale, ideato da Kelsen, rappresenta una sorta di perfezionamento tecnico del modello americano: «Di essa [della Corte costituzionale] egli [Kelsen] si limita dunque a ricordare la figura originaria [...] e le annette le stesse funzioni che, negli Stati Uniti, son proprie, in sede di *judicial review*, della Corte suprema. [...] Grazie all'indipendenza e all'autorevolezza dei giudici, alla sua collocazione al vertice di un sistema giudiziario in cui vige il principio dello *stare decisis*, e ad altre ragioni, il supremo collegio statunitense avrebbe, in definitiva, a soddisfare le istanze di un sindacato «accentrato» di costituzionalità. Solo che, [...] nell'ordinamento della *judicial review* si perviene ad un tale risultato con mezzi giuridicamente meno perfetti, rispetto all'organico e avanzato disegno delle garanzie giurisdizionali, a suo tempo consacrato nella Costituzione austriaca». A. LA PERGOLA, *Premessa a H. KELSEN, La garanzia giurisdizionale della costituzione* [1928], cit. in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1988, p. xi. In realtà, secondo Volpe, l'analogia tra *Verfassungsgerichtsbarkeit* e *judicial review* è più apparente che sostanziale: in base alla giurisdizione costituzionale kelseniana i giudici non possono disapplicare direttamente le leggi, essi stessi, in prima persona, devono sottostare alla legge e rispettarla, mentre la *judicial review* prevede che i giudici federali e dei singoli stati possano disapplicare la legge ritenuta incostituzionale. Alla *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana è sottesa dunque una profonda sfiducia nei confronti dei giudici, che non compare nel costituzionalismo americano. Ciò dipende, a giudizio di Volpe, dal fatto che, negli anni '20 del '900, la principale finalità del sistema di giustizia costituzionale kelseniano era difendere il parlamento contro quelle forze politiche anti-parlamentari e anti-democratiche, fra le cui fila spiccavano tanti emeriti magistrati austriaci. G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 159-165.

⁵⁷ Con la *Reine Rechtslehre* (1934), nella quale sono stabilite le caratteristiche e la validità del diritto positivo, Kelsen approfondisce il tema della protezione dei diritti di libertà e dei diritti individuali, affermando che quest'ultimi esistono e sono garantiti in quanto capacità, giuridicamente stabilita, dell'individuo di pretendere l'intervento dello stato a tutela dei propri diritti. Nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960), Kelsen puntualizza ulteriormente quanto scritto ventisei anni prima, affermando che i diritti individuali prevedono la difesa della libertà del cittadino attraverso specifici strumenti e garanzie costituzionali. N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», LVII, 1981, pp. 557-558. Proprio sul termine «costituzionale» verte gran parte della differenza tra la concezione kelseniana dei diritti individuali e quella classica, formulata dalla scienza giuridica tedesca di fine '800. Per Georg Jellinek, che di Kelsen fu maestro, e la cui opera rappresentò uno dei punti più alti della teorizzazione dello «stato di diritto» ottocentesco, esistono diritti individuali, ma la loro tutela è affidata a figure quali il giudice amministrativo indipendente e al diritto amministrativo, mentre Kelsen riconosce tale funzione alla giustizia costituzionale. E non sarebbe potuto essere altrimenti, dato che quest'ultima si afferma solo col primato della Costituzione sulla Legge, quindi nel corso del '900, e in particolare nel secondo dopoguerra.

base alle norme di legge, [...] la proclamazione dei diritti fondamentali ha senso soltanto se ha luogo nella forma costituzionale specifica, vale a dire se solo una legge creata non con procedura normale ma qualificata può costituire il fondamento per un intervento del potere esecutivo nella sfera strutturata dei singoli diritti fondamentali e di libertà.⁵⁸

Osserva a riguardo Matteucci che «una difesa della legalità, senza dubbio, c'è in Kelsen, ma è sempre giustificata nell'ideale della libertà».⁵⁹ Legalità che, secondo lo studioso italiano, non è mai fatta coincidere da Kelsen con la morale perché, nella prospettiva di EVD, la legalità è considerata anzitutto come uno strumento «per realizzare, nella convivenza, la libertà dell'individuo».⁶⁰ Ritengo che ciò contribuisca a evidenziare quanto la concezione democratica kelseniana non sia interamente e coerentemente *procedurale*. Nei passi di EVD caratterizzati da considerazioni strettamente giuridiche, Kelsen lascia infatti intravedere la sua preoccupazione *etica* di teorizzare una democrazia in cui siano previsti tutti i meccanismi possibili per garantire la libertà e una convivenza civile e pacifica. Nonostante molti elementi sembrino giustificare una chiave di lettura di EVD *procedurale*, crediamo ugualmente che la *Weltanschauung* kelseniana denoti la speranza di poter costruire una *civitas* razionale, libera e tollerante.

3. Il Valore della democrazia secondo Kelsen

La difesa kelseniana, a volte in toni apertamente apologetici, della libertà, della tolleranza, di un'attitudine nei confronti dell'Altro e della realtà aperta e improntata al relativismo si manifesta compiutamente nel capitolo «Democrazia e concezioni di vita», con cui Kelsen conclude il suo celebre saggio del '29. Dalla democrazia quale *procedura* si passa alla democrazia come concezione della realtà e questo, a nostro giudizio, costituisce, insieme alla questione dei diritti di libertà, l'altro decisivo passo di EVD, dove Kelsen abbandona il proceduralismo per dedicarsi a considerazioni più propriamente *etiche* e *gnoseologiche*.

Il giurista cerca di giustificare il relativismo insito nella democrazia sostenendo che, se esistesse un Bene comune, «color a cui questo bene porta la salute» non potrebbero altro che ubbidire *ciecamente*, pieni di gratitudine, all'«illuminato» che, in possesso di un dono tanto prezioso, lo dispensa

⁵⁸ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 101-102.

⁵⁹ N. MATTEUCCI, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen* cit., p. XXI.

⁶⁰ *Ibidem*.

agli altri, cosicché verrebbe negato uno dei capisaldi della democrazia: il rapporto fluido e dialettico tra governanti e governati.⁶¹ Kelsen prende spunto da questa riflessione per evidenziare che la fiducia nell'esistenza di verità assolute sarebbe alla base di una concezione mistico-religiosa del mondo, tipica delle autocrazie, mentre la critica alla assolutezza e immutabilità dei valori aprirebbe le porte ad un approccio critico, relativistico e positivistico della realtà (dove per positivismo Kelsen intende quella corrente filosofico-culturale che, partendo dal dato empirico, esclude dal suo campo di indagine l'idea di un assoluto trascendente l'esperienza), proprio di un ordinamento democratico. Il relativismo, considerato la cifra filosofica della democrazia, significa per Kelsen stimare e rispettare la volontà politica altrui, sforzarsi di capire le ragioni dell'Altro, offrire a chiunque la possibilità di esprimersi, implica avere coscienza che

alla conoscenza umana siano accessibili soltanto verità relative, valori relativi, e che, per conseguenza, ogni verità e ogni valore – così come l'individuo che li trova – debbano essere pronti, ad ogni istante, a ritirarsi per fare posto ad altri valori e ad altre verità.⁶²

Anche nella democrazia, ribadisce nuovamente Kelsen, esiste ed è di fatto insopprimibile la distinzione tra governati e governanti; però, al contrario dei regimi dispotici, i governati partecipano alla creazione della volontà statale, scegliendo coloro che li dovranno guidare e dovranno gestire la *res publica*; lo stesso dominio della maggioranza presuppone in un contesto democratico la tutela dei diritti inalienabili dell'opposizione, a testimonianza che

⁶¹ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 145-147.

⁶² H. KELSEN, *op. cit.*, p. 147. Considerazioni analoghe sono riscontrabili in *Sozialismus und Staat*, dove leggiamo: «la decisione in suo favore [in favore della democrazia] può diventare dubbia solo dal punto di vista di un valore assoluto, rispetto a cui non può non passare in secondo piano ogni altra *Weltanschauung*, ogni altra opinione circa ciò che è buono, utile e giusto, e, quindi, la libertà del singolo». E più avanti: «La relatività del valore, che istituisce una determinata professione di fede politica, l'impossibilità, per un programma politico, per un ideale politico [...] di pretendere la verità assoluta, costringe categoricamente anche una negazione dell'assolutismo politico». Per poi affermare, utilizzando espressioni che sarebbero ritornate, senza subire sostanziali modificazioni, in entrambe le edizioni del saggio dedicato alla teoria democratica: «Chi nel suo volere o nel suo agire politico può richiamarsi a una ispirazione divina, a una illuminazione sovraterranea, può avere il diritto di chiudere le sue orecchie alla voce dell'uomo. [...] [Ma] [...] chi si poggia soltanto sulla verità terrena, chi fa sì che sia soltanto la conoscenza umana a dirigere i fini sociali, non può giustificare la costrizione inevitabile per la loro realizzazione altrimenti che attraverso il consenso. [...] È questo – conclude Kelsen – il senso specifico di quel sistema politico che definiamo democrazia e che può essere contrapposto all'assolutismo politico solo perché è l'espressione di un relativismo politico». H. KELSEN, *Socialismo e stato* cit., pp. 174-175.

il senso proprio di quel sistema politico che noi chiamiamo democrazia e che si può opporre all'assolutismo politico è [...] [il] relativismo politico.⁶³

Il relativismo politico teorizzato e formulato da Kelsen comporta la capacità di superare posizioni troppo nette e si esplicita nella pratica del compromesso. Nella concezione democratica kelseniana, il relativismo politico (il compromesso tra maggioranza e minoranza) si salda strettamente alla premessa gnoseologica con cui si apre l'ultimo capitolo di EVD: l'incapacità di determinare il Bene e il Male in termini assoluti, la relatività dei valori.⁶⁴

Per comprendere meglio la portata della *Weltanschauung* relativistica di Kelsen è opportuno ricordare alcune caratteristiche salienti del clima culturale in cui il giurista elaborò il suo saggio sull'essenza e il valore della democrazia. Negli anni '20 in Germania aveva raggiunto un livello di notevole sviluppo la Scuola neo-kantiana di Marburg che, insieme alla Scuola del Baden e alla cosiddetta «Filosofia dei valori» (Windelband e Rickert), incarnò una delle massime espressioni del criticismo tedesco. I neo-kantiani, tra i quali il loro rappresentante più autorevole Hermann Cohen, considerano la *natura* della conoscenza in modo decisamente diverso dal filosofo di Königsberg. Essi ritengono, al contrario di Kant, che la conoscenza non sia *simbolo* di materia e forma, di esperienza e immutabili condizioni epistemiche, bensì un'attività che crea il suo stesso oggetto. Nella sua *Etica della volontà pura* (1904) Cohen teorizza, distanziandosi chiaramente da Kant, che la conoscenza è sempre conoscenza pura, poiché essa prende forma attraverso il pensiero puro che, in quanto tale, non è legato a nessun dato sensibile. In particolare, secondo Cohen e la sua Scuola, il soggetto produce gli oggetti della propria conoscenza, per cui le uniche «verità» alle quali l'uomo può attingere sarebbero quelle prodotte dalla Ragione, poiché essa, operando entro i limiti imposti dalle categorie di spazio e tempo, non trascende il dato empirico.⁶⁵ Quest'ultimo concetto implica 1)

⁶³ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 151.

⁶⁴ Per tradurre in immagine il relativismo etico e gnoseologico, nonché politico, sotteso alla democrazia, Kelsen sceglie l'episodio di Ponzio Pilato, narrato nel Vangelo di S. Giovanni: Gesù sostiene di possedere la verità, mentre lo sconsolato procuratore romano, figlio di una civiltà che sta lentamente e inesorabilmente tramontando, risponde che ignora cosa sia la verità e rimette dunque democraticamente al popolo la decisione se salvare il Nazareno o Barabba. Agli occhi del giurista, Ponzio Pilato diventa il simbolo di quella attitudine relativistica della democrazia che, non credendo nei valori assoluti, può scegliere Gesù come Barabba. Se democrazia, sembra dunque concludere Kelsen, significa libertà e relatività di vedute, è sempre opportuno mettere in conto che i cittadini possano operare la scelta sbagliata. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 151-152.

⁶⁵ R. TREVES, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto* [1933] cit., in H. KELSEN-R. TREVES, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Napoli, E.S.I., 1992, pp. 73-74.

la convinzione che non esista un *quid*, una Verità immutabile, esterna al soggetto e quindi 2) l'impossibilità per l'intelletto umano di raggiungere la *Veritas*, intesa quale realtà metafisica. Questo aspetto della dottrina neo-kantiana è riscontrabile nella stessa concezione che Kelsen formula del rapporto fra democrazia e relativismo. Posto che non possiamo individuare razionalmente l'essenza ultima di ciò che ci circonda, Kelsen conclude che non esistono contenuti di qualità superiore o inferiore, assolutamente giusti o sbagliati, bensì una pluralità di oggetti che aspettano di essere indagati con metri di analisi la cui validità dipende dall'essere determinati razionalmente dal soggetto che conosce. Influenzato in tal senso dalla Scuola di Marburg, Kelsen osserva in EVD che lo stesso Kant, rimandando all'infinito il conseguimento della verità, l'avrebbe dichiarata «in fondo inaccessibile», finendo per sposare una *Weltanschauung relativistica e scettica*.⁶⁶ Kelsen conclude così che in Kant l'attenzione non è più rivolta all'oggetto, ma al *metodo*, perché solo sui mezzi, in quanto prodotto della facoltà intellettuale, possiamo pronunciarci con certezza.⁶⁷

Come sostiene Racinaro, nella critica che Kelsen rivolge all'esistenza di una realtà in sé assolutamente vera e ontologicamente diversa dal soggetto svolse un ruolo fondamentale il progressivo dissolversi, sin dal tardo '800, del concetto di sostanza, delle grandi «sintesi classiche», e quindi della dicotomia «essenza metafisica/realtà».

Uno degli autori che aveva contribuito alla discussione di questi temi, e la cui opera Kelsen lesse con attenzione, fu Ernst Mach. Nella sua *Analyse der Empfindungen* (1900) il filosofo tedesco rifiutava di spiegare i fenomeni riconducendoli ad una presunta sostanza, dato che alla base della sua riflessione vi era, da un lato, la decisa negazione dei concetti di materia e causa, e, dall'altro, la loro sostituzione con quello di funzione.⁶⁸ La dottrina di Cohen e la critica che da più lati fu portata a qualsiasi pretesa metafisica rappresentarono al tempo un deciso attacco all'assolutismo gnoseologico, e sembrarono in grado di affermare una visione del reale più ampia, articolata e relativistica. L'influenza e il condizionamento culturale esercitati da questo complesso di teorie e sollecitazioni su Kelsen furono, in un certo senso, «controbilanciati» dalla vicinanza del giurista austriaco agli esponenti del *Wiener Kreis*. Il Circolo di Vienna raccolse tra il 1924 e il 1938 un folto gruppo di epistemologi e filosofi della scienza essenzialmente orientati ad una riconsiderazione globale e rigorosa della conoscenza scientifica. Come affermato nel «manifesto programmatico», *Die wissenschaftliche*

⁶⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 149.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ R. RACINARO, *op. cit.*, pp. XXXV-XXXVI.

Weltauffassung, del 1929, l'anno al quale risale la seconda edizione di EVD, ciò che premeva a Otto Neurath, Rudolf Carnap, Hans Hahn e ai loro colleghi era provare che l'unico tipo di conoscenza è quella che si fonda sul dato esperienziale, senza mettere in dubbio o in discussione il carattere universale delle proposizioni scientifiche.⁶⁹ Semplificando, nella prospettiva del *Wiener Kreis*, la conoscenza consta di elementi empirici, quindi mutabili e sempre diversi, e di un aspetto "strutturale" o "generale", da non confondersi con le "categorie" kantiane, che permette ai nostri enunciati scientifici di essere universalmente validi e applicabili.⁷⁰ In maniera analoga, il relativismo kelseniano afferma la mutabilità e la diversità di intendimenti e idee, ma anche l'esistenza di regole basilari sulle quali i membri di una società si trovano d'accordo e la cui condivisione è la premessa indispensabile affinché esista il vivere sociale.

Secondo Bobbio, il relativismo kelseniano non sarebbe debitore solo nei confronti del neo-kantismo, ma anche, nella sua parte dedicata alla distinzione fra Scienza e Valori⁷¹ e alla contrapposizione del carattere razionale della prima a quello irrazionale dei secondi, verso gli studi di Pareto e Weber che, alla fine dell'800, impressero una profonda e fondamentale svolta alle scienze sociali. Sia Pareto, sia Weber sottolinearono la necessità di evitare qualsiasi contaminazione della scienza da parte dei giudizi di valore, poiché scorgevano nel sapere scientifico il regno della Razionalità per eccellenza, l'unica realtà in grado di opporsi seriamente al caos di opinioni, idee, valori e passioni contrastanti, imperante nella società. I due sociologi avvertirono dunque, come sottolinea Bobbio, il bisogno di mantenere la Scienza nettamente separata dal mondo dei Valori, e percepirono nella difesa del carattere a-valutativo della scienza la missione etica che attendeva gli uomini di scienza e di ragione nel nuovo secolo.⁷² Secondo Bobbio, sin dagli anni '10 del '900, Kelsen si pose lo stesso ambizioso obiettivo che si erano prefissi prima di lui i due sociologi:

Se vuole riuscire nel suo intento di costruire una teoria valida universalmente, lo scienziato deve tenere a bada quanto più gli è possibile i giudizi di valore, proprio perché i valori rappresentano la sfera dell'irrazionale.⁷³

⁶⁹ P. PARRINI, *Conoscenza e realtà, saggio di filosofia positiva*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 15-16.

⁷⁰ Ivi, p. 16.

⁷¹ Kelsen utilizza il termine *Wert* (Valore) quando, ad esempio in EVD, si riferisce ad un complesso di atti, comportamenti, scelte, ritenuto irrazionale in quanto frutto di posizioni soggettive. Per indicare il concetto di Validità, riferito alle norme giuridiche, Kelsen utilizza il termine *Geltung*.

⁷² N. BOBBIO, *Dalla struttura alla forma, nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977, pp. 194-195.

⁷³ Ivi, p. 196.

Queste parole appaiono particolarmente interessanti e cruciali se rapportate a EVD. Il saggio del 1929 è segnato dall'esigenza di Kelsen di giungere ad una definizione *avalutativa, scientifica e quindi razionale* di democrazia. Se i valori, in quanto determinati dalla volontà, sono soggettivi e scaturiscono da premesse irrazionali, per Kelsen non vi potrà più essere spazio per posizioni etiche assolute e intransigenti.⁷⁴

il relativismo è quella concezione del mondo che l'idea democratica suppone. La democrazia stima allo stesso modo la volontà politica di ognuno, come rispetta ugualmente ogni credo politico, ogni opinione politica, di cui, anzi, la volontà politica è l'espressione. Perciò la democrazia dà ad ogni convinzione politica la stessa possibilità di esprimersi e di cercare di conquistare l'animo degli uomini attraverso una libera concorrenza. Perciò la procedura dialettica adottata dall'Assemblea popolare o dal Parlamento nella creazione delle norme, procedura che si svolge attraverso discorsi e repliche, è stata opportunamente riconosciuta come democratica.⁷⁵

Nel passo appena citato, Kelsen salda in un unico blocco compatto relativismo-tolleranza-democrazia-libertà e proprio su questa stretta correlazione si appunta la critica di Koller.

In EVD, dalla premessa secondo cui non esisterebbe alcuna verità ultima e assoluta da disvelare ai comuni mortali, si desume che tutti i punti di vista abbiano uguale peso: del resto, Kelsen stesso sembra inizialmente giustificare la pratica del dialogo e del compromesso proprio sulla base di questa tesi. Secondo Koller, il passaggio logico tra la molteplicità di valori e la loro presunta uguaglianza sarebbe però molto più debole di quanto Kelsen voglia far credere. Koller ritiene che dalla impossibilità per l'uomo di individuare verità certe e assolute discenda la possibilità della falsità, ossia la erroneità e la fallibilità delle nostre pretese conoscitive, piuttosto che la relatività delle conoscenze e dei valori, così come la intende Kelsen.⁷⁶ Koller osserva inoltre che se si accettasse fino in fondo il relativismo kelseniano la stessa pretesa di validità avanzata dalla teoria democratica formulata in EVD (la democrazia è migliore delle altre forme di governo perché in grado di garantire il maggior grado possibile di libertà ai cittadini) cadrebbe in discredito. Se l'opinione "x" vale quanto il suo opposto "y", dovremmo dedurre che la democrazia valga quanto il suo esatto contrario, la autocrazia, e in tal senso i propugnatori del sistema democratico non potrebbero

⁷⁴ R. GATTI, *Pensare la democrazia, itinerari del pensiero politico contemporaneo*, Roma, A.V.E., 1994, p. 68.

⁷⁵ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 149.

⁷⁶ P. KOLLER, *op. cit.*, p. 325.

accampare molte più pretese di verità dei paladini del dispotismo. Koller non contesta il relativismo come presupposto teorico e conoscitivo di una *Weltanschauung* aperta e tollerante, quanto la particolare interpretazione che di esso Kelsen darebbe in EVD.⁷⁷ In tal senso, Koller sembra però ignorare che nel saggio del '29 è completamente assente qualsiasi tentativo da parte di Kelsen di giustificare la democrazia come la migliore forma di governo in *assoluto*.⁷⁸ In EVD al giurista austriaco interessa piuttosto provare che la democrazia è preferibile ad altri regimi istituzionali e politici, perché più di questi in grado di avvicinarsi alla realizzazione dell'ideale di libertà. Anche Pecora si colloca in una posizione analoga a quella di Koller, contestando la stretta correlazione fra relativismo e società democratica. Per criticare la posizione kelseniana, riguardo il relativismo, Pecora cita Alexis de Toqueville:

non si può far sì che [...] non esistano opinioni che gli uomini accettano sulla fiducia e senza discutere. Se ognuno si mettesse personalmente a costruirsi tutte le proprie opinioni e a ricercare la verità facendosi strada da solo, è probabile che mai nelle persone si sarebbero riunite in una credenza comune. Ebbene [...] è facile accorgersi che non c'è società che possa prosperare o meglio, che possa sussistere senza credenze simili, giacché senza idee comuni non c'è azione comune e, senza azione comune, esistono sì gli uomini, ma non un corpo sociale.⁷⁹

Alla luce di queste considerazioni, Pecora sottolinea che il relativismo e la tolleranza appaiono in EVD incapaci di tutelare in modo coerente ed effettivo la democrazia, della quale sarebbero i presupposti filosofici ed etici fondamentali, proprio perché Kelsen enfatizza eccessivamente il politeismo dei valori, senza rendersi pienamente conto quanto questo possa minacciare la tenuta e la coesione del corpo sociale.⁸⁰ Se la democrazia poggia su un approccio gnoseologico ed etico relativistico, l'assolutismo filosofico, secondo Kelsen, sarebbe costitutivo della autocrazia. Di qui il giurista individua una rigida dicotomia tra verità assolute-autocrazia e relativismo-democrazia.⁸¹ Secondo Possenti, nell'istituire una così netta distinzione tra autocrazia e democrazia e le loro rispettive *Weltanschauungen*, Kelsen perverrebbe alla conclusione che solo i relativisti sono tolleranti, mentre gli assolutisti sono sempre e comunque spregevoli intolleranti. Possenti osser-

⁷⁷ Ivi, p. 326.

⁷⁸ La stessa affermazione è applicabile a EVD(1).

⁷⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, in Id., *Scritti politici*, Torino, UTET, 1968, vol. II, p. 496, cit. in G. PECORA, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁰ G. PECORA, *op. cit.*, pp. 104-105.

⁸¹ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 148-149.

va che il limite del giurista austriaco consiste nel far coincidere la tolleranza teorica con quella pratica, nel ritenere che la saldezza e la fermezza delle proprie idee siano terreno fertile per l'intolleranza, quando si possono nutrire serie convinzioni, pur rispettando chi la pensa diversamente. In sintesi, Possenti obietta a Kelsen di non aver compreso, accecato dall'assolutezza del suo relativismo etico e gnoseologico, che una società può essere libera, pacifica e democratica, pur nutrendo salde convinzioni politiche, morali e religiose.⁸² Altrettanto scettico nei confronti della coerenza e della validità ultima del relativismo propugnato dal giurista austriaco si rivela Gatti. Questi ritiene che nel momento stesso in cui Kelsen rifiuta l'esistenza di valori assoluti, come il "bene comune", e adotta una concezione relativistica, snaturi inevitabilmente la democrazia, trasformandola da *contenuto* in *metodo*. Da qui deriverebbe, secondo Gatti, l'attenzione riservata da Kelsen agli aspetti procedurali dell'ordinamento democratico.⁸³ Anche secondo Possenti, Kelsen *dis-ontologizza* in EVD la democrazia: non potendo definire l'ordinamento democratico sulla base dei contenuti etici, il giurista finisce per postulare l'identità tra metodo democratico e democrazia, concependo quest'ultima da un punto di vista meramente procedurale.⁸⁴

Ma è poi così vero che il giurista austriaco non si renda conto dei pericoli insiti in un approccio etico e gnoseologico eccessivamente relativistico, finendo così per propugnare un relativismo estremo? È certamente condivisibile l'interpretazione di Pecora, Possenti e Koller, che individuano nel relativismo di Kelsen l'eccessiva fiducia nella capacità delle persone di comprendersi a vicenda, l'idea che il compromesso sia una conseguenza quasi inevitabile del pluralismo di opinioni, la convinzione che esso sia il "cuore" della democrazia. Tuttavia, riteniamo opportuno sottolineare come lo stesso Kelsen abbia indicato i precisi limiti entro i quali deve svolgersi la pratica del dialogo, del confronto e del compromesso, ossia l'esistenza di un comunanza culturale tra gli attori della politica, che permetta loro di intendersi e in nome della quale dimostrare un certo rispetto reciproco. In EVD il relativismo è giustificato e applicato come pratica *solo* se i protagonisti della politica condividono determinati valori e tradizioni che costituiscono parte integrante dell'identità del loro paese, ed entro i limiti di un organismo, lo stato, detentore del monopolio legittimo e legale dei mezzi di coercizione. Valori e tradizioni nei quali si riconoscono i cittadini, ma

⁸² V. POSSENTI, *Democrazia e filosofia. Le aporie della fondazione della democrazia in Hans Kelsen*, «Rivista di filosofia neo-scolastica», IV, 1987, p. 545.

⁸³ R. GATTI, *Il filo spezzato. Ragione e democrazia in Hans Kelsen*, in *Democrazia, ragione e verità*, a cura di R. Gatti, Milano, Massimo, 1994, pp. 20-23.

⁸⁴ V. POSSENTI, *op. cit.*, p. 549.

che, nella prospettiva kelseniana, possono variare, modificarsi, evolversi nel tempo, anche se nel periodo nel quale prevalgono costituiscono il “collante” che unisce e mantiene coesa la società.

Alla luce di quanto detto finora, le tesi elaborate in EVD sul relativismo appaiono sicuramente complesse e ricche di sollecitazioni e quindi sottili da decifrare e ricomporre. Kelsen riconduce l'attitudine relativistica entro lo spazio della democrazia moderna e parlamentare, ossia in una forma di governo in cui sono assicurati i diritti fondamentali e di libertà, stabilendo tra il relativismo e questo particolare complesso di diritti e prerogative un rapporto di stretta interdipendenza. Il primo è possibile *in quanto* esistono i secondi e viceversa. A loro volta, la pratica relativistica, i diritti fondamentali e di libertà, nonché la protezione del regime democratico, dipendono da una serie di procedure e strumenti ben definiti, tra i quali, ad esempio, la “a-politicità” dell'Esecutivo e la giurisdizione costituzionale precedentemente descritte. Ciò contribuisce a chiarire che in EVD viene professato un relativismo molto più “equilibrato” di quanto si possa essere inizialmente indotti a ritenere, poiché applicato ad un sistema, quello democratico-parlamentare, dotato di precisi strumenti, quali, ad esempio, la Corte Costituzionale, in grado di garantire il suo corretto funzionamento.

Matteucci scorge nel relativismo kelseniano e nel ruolo da esso svolto in EVD un messaggio profondamente critico nei confronti di ogni forma di pregiudizio ideologico.⁸⁵ Ammesso con EVD che non esistono valori e verità inequivocabilmente giusti e immutabili, nel *mare magnum* dei molteplici ed eterogenei ideali e obiettivi, Kelsen, secondo Matteucci, concepisce la democrazia come quell'ambito entro il quale si verifica il confronto tra posizioni e idee diverse. Ciò presuppone, prosegue Matteucci, che in democrazia viga e sia tutelata la libertà, senza la quale lo stesso confronto e quindi il compromesso politico sarebbero irrealizzabili. Al contempo, Matteucci sottolinea quanto nell'*opus* kelseniano, e soprattutto in EVD, il presupposto teorico fondamentale della tutela della libertà sia la riconsiderazione globale dello stato, che il giurista austriaco operò a partire dai *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre des Rechtssatz* (1911), distaccandosi così dalla tradizione giuridica tedesca dell'800. Secondo Kelsen, lo stato coincide col diritto, e, come puntualizza Matteucci, l'ordinamento giuridico non è inteso quale espressione di una sola volontà che si impone dall'alto a coloro che ad essa sono subordinati (i cittadini), bensì come «ambito normativo entro cui è appunto possibile il libero confronto fra le molte ideologie». ⁸⁶ L'identificazione fra stato e diritto diviene una delle

⁸⁵ N. MATTEUCCI, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen* cit., p. xxv.

⁸⁶ Ivi, p. xxiii.

condizioni principali affinché si realizzi il libero confronto tra i soggetti della politica, ossia affinché la democrazia sia possibile, poiché, negato che lo stato gode di un *plusvalore* rispetto ai cittadini in quanto produttore del diritto, esso viene automaticamente sottratto alla competizione politica, trasformandosi in uno spazio neutrale, entro il quale agiscono i partiti nel rispetto della costituzione.⁸⁷ Nell'interpretazione avanzata da Matteucci, la concezione giuridica di Kelsen finisce per aprire le porte al relativismo e quindi ad una visione più *etica* e *contenutistica* della democrazia, concepita come un sistema che si oppone all'autocrazia nella misura in cui garantisce il libero confronto politico. Matteucci sottolinea quanto il relativismo propugnato dal giurista austriaco sia da considerarsi anzitutto il miglior antidoto contro i mali dell'intolleranza, individuando nella teoria democratica dell'autore di EVD un complesso di considerazioni finalizzate alla difesa della libertà e perciò, sostanzialmente, in chiave *etica*.

Nel corso della sua lunga attività, Matteucci ha offerto alcuni contributi fondamentali allo studio di Kelsen in Italia, che si distinguono da *Democrazia e cultura in Hans Kelsen* (1955). Se nel breve scritto del '55 la concezione formalistica e positivista del diritto (diritto come diritto positivo, identificazione dello stato col diritto, diritto concepito come forma avulsa da riferimenti sociologici e politici) era presentata in un'ottica per così dire *positiva*, non quale espressione di un'arida e asettica dottrina dello stato, bensì come una delle principali condizioni affinché la democrazia, il libero confronto fra opinioni e la dialettica partitica possano inverarsi,⁸⁸ in *Costituzionalismo e positivismo giuridico* (1963) afferma che in Kelsen il diritto è assimilato alla nuda forza. Infine, nel recente *Filosofi politici contemporanei* (2001), lo studioso italiano giunge a sostenere che:

Hans Kelsen, Carl Schmitt, Max Weber [...] *prigionieri della loro specializzazione, portati al formalismo, fiduciosi in una scienza neutrale, nella norma, nella decisione, nel tipo ideale, non davano spazio a quelle convinzioni etiche, nelle quali si sostanzia la politica: la validità di una norma, la legittimità della decisione, il contenuto simbolico del tipo ideale riposano sempre sul valore, sul fondamento.*⁸⁹

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960) è lo stesso Kelsen ad esplicitare la correlazione fra formalismo e relativismo: «L'esigenza, avanzata sul presupposto di una dottrina relativistica dei valori, di separare il diritto dalla morale ed in conseguenza il diritto dalla giustizia, significa soltanto che, valutando un ordinamento giuridico come morale o immorale, giusto o ingiusto, si esprime soltanto il rapporto dell'ordinamento giuridico con uno dei molti possibili sistemi morali (non con "la" morale) e si enuncia un giudizio di valore non già assoluto, bensì relativo». H. KELSEN, *Die Reine Rechtslehre. Einleitung in die wissenschaftliche Problematik*, Wien, Franz Deuticke Verlag, 1960, pp. 12, cit. in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione* cit., pp. 198-199.

⁸⁹ N. MATTEUCCI, *Filosofi politici contemporanei* cit., pp. 131-132.

Nel '55 venivano riconosciute istanze etiche alla teoria politica e giuridica di Kelsen, in quanto caratterizzata da una vena fortemente liberale, e tesa a tutelare e promuovere la libertà come ideale e come diritto; e lo stesso formalismo era strettamente correlato ad una *Weltanschauung* relativistica, democratica, contraria ad ogni dogmatismo e pregiudizio.

Negli studi più recenti, Matteucci affianca invece il nome di Kelsen a quello di un autore teoricamente e politicamente distante dal giurista austriaco, Carl Schmitt, sostenendo che Kelsen ha dimostrato scarsa sensibilità nei confronti della politica intesa quale complesso di principi e valori etici. Se in un primo momento Matteucci aveva colto nella concezione democratica di Kelsen una sistematica difesa della libertà, del libero confronto e un atto di accusa contro l'intolleranza e le ideologie totalizzanti, nel corso del tempo questa visione ha lasciato il posto ad un'altra, volta ad evidenziare quegli aspetti dell'opera kelseniana riconducibili al formalismo e al giuspositivismo.⁹⁰ Barberis spiega questa differenza di posizioni, affermando che alla base della rilettura dell'opera kelseniana in chiave più critica e distaccata, elaborata dal filosofo bolognese nel corso di cinquant'anni di attività, vi sarebbe stata una sempre più aperta e puntuale difesa del costituzionalismo, in opposizione al positivismo giuridico.⁹¹

Come osserva Costanza Margiotta, in un recente contributo, *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci* (2000), nei primi anni '60 Matteucci si avvicina all'opera di Charles McIlwain, dal quale mutua importanti spunti e riflessioni che lo inducono a cogliere nelle grandi costituzioni del '900 l'espressione del costituzionalismo, non più come mera teoria della separazione dei poteri, bensì quale dottrina che postula la limitazione del potere stesso, in virtù della possibilità di invalidare quelle leggi il cui contenuto sia palesemente contrario ai dettami della costituzione.⁹² Secondo Margiotta, la polemica che Matteucci conduce nel suo saggio del '63 contro il giuspositivismo⁹³ ruota essenzialmente attorno al concetto di costituzione. Il filo-

⁹⁰ Sull'argomento rimandiamo al cap. I, par. I, p. 12.

⁹¹ M. BARBERIS, *op. cit.*, p. 17. Leggiamo a proposito nell'*Introduzione* di Barberis a EVD: «Il secondo Kelsen, l'autore della *Teoria generale del Diritto e dello stato* (1945) e della seconda *Dottrina pura* (1960), diverrà così il bersaglio preferito del neogiusnaturalismo postbellico, ma anche del neocostituzionalismo liberale. In Italia, ad esempio, la *Dottrina pura* verrà assimilata a "concezione del diritto come nuda forza" non solo da Giuseppe Capograssi, ma anche da Nicola Matteucci: ovvero da chi aveva proposto per primo la teoria democratica kelseniana nel nostro paese». *Ibidem*.

⁹² C. MARGIOTTA, *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXX, 2000, pp. 389-390

⁹³ Secondo Margiotta, il primo e vero bersaglio di *Costituzionalismo e positivismo giuridico*

sofo italiano accusa i positivisti giuridici di essere rimasti legati ad una visione «formale» della legge, la cui legittimità coinciderebbe dunque con la sua mera validità, senza comprendere che le costituzioni del '900 hanno superato questa concezione, nella misura in cui presentano accanto ad un carattere «descrittivo» (descrizione delle funzioni e delle articolazioni dello stato) un carattere «paradigmatico» volto a stabilire come *debba* essere lo stato. Ciò che interessa principalmente a Matteucci, conclude Margiotta, non è negare *sic et simpliciter* la validità del positivismo giuridico in quanto tale, bensì provare la sua incapacità a cogliere il profondo cambiamento che ha coinvolto le nuove costituzioni del '900, e la dottrina filosofica e giuridica ad esse sottesa.⁹⁴ Questa lettura “attenua” la vena antipositivista di Matteucci, cogliendo in essa anzitutto l'auspicio che il giuspositivismo novecentesco formuli schemi e modelli epistemologici più aderenti alle sollecitazioni che provengono dalla mutata realtà giuridica contemporanea. Ciò contribuisce a sottolineare la complessità dell'atteggiamento di Matteucci nei confronti della cultura positivista, nel cui alveo è ricondotto lo stesso Kelsen, complessità che emerge con altrettanta vividezza da *Filosofi politici contemporanei*. Qui Matteucci sembra riabbracciare le tesi del lontano 1955, poiché legge nella distinzione, posta da Kelsen, tra autocrazia e democrazia una netta contrapposizione tra un regime liberticida (il primo) e un sistema in grado di garantire la libertà e i diritti fondamentali (il secondo). Scrive a riguardo Matteucci:

Ci troviamo di fronte ad una massima e radicale opposizione [quella tra democrazia e autocrazia], che ha il suo fondamento nel valore della libertà politica: infatti l'opposizione è fra l'autonomia e l'eteronomia, fra l'autodeterminazione del cittadino e la soggezione del suddito.⁹⁵

Eppure, proprio nella stessa opera, il filosofo italiano torna ad accusare il giurista austriaco di aver ridotto sbrigativamente il diritto a legge del sovrano, parafrasando la celebre critica di Friederich von Hayek a Kelsen:

In Kelsen, per una voluta o non voluta ignoranza della storia del diritto, c'è una paurosa semplificazione del fenomeno giuridico: da un lato si riduce il diritto, tutto il diritto, al comando del sovrano, cioè alla legge; dall'altro lato si trasforma ogni singolo comando, ogni ordine del sovrano diretto a fini individuali, a legge. [...] Con questa semplificazione si finisce anche per vedere nel legislatore il creatore di giustizia.⁹⁶

co è il positivismo giuridico (di stampo analitico) di Norberto Bobbio. C. MARGIOTTA, *op. cit.*, p. 397.

⁹⁴ C. MARGIOTTA, *op. cit.*, pp. 406-407.

⁹⁵ N. MATTEUCCI, *Filosofi politici contemporanei* cit., p. 67.

⁹⁶ Ivi, p. 175. A proposito del contrasto fra Hayek e Kelsen, Matteucci ricorda: «Hayek e

La presenza di due posizioni così contrastanti in uno stesso testo sembra testimoniare come, nonostante alcune considerazioni aspramente critiche nei confronti del giuspositivismo e del formalismo kelseniani, la attuale linea interpretativa di Matteucci non coincida totalmente con quella prevalente in Italia (e riconducibile a Bobbio) che ha sempre, più o meno apertamente, propugnato il carattere *formalistico* e *giuspositivistico* della riflessione kelseniana, compresa quella sulla democrazia. A prescindere dalla scelta di campo a favore di una delle due interpretazioni, è opportuno osservare, grazie a questo importante cambiamento di visuale, come nel corso della seconda metà del '900 la dottrina giuridica e politica di Kelsen sia rimasta al centro di numerosi dibattiti e discussioni.

4. *Democrazia e relativismo*

Una delle osservazioni che più frequentemente è stata fatta attorno al saggio del giurista austriaco è di presentare un marcato carattere *descrittivo*. Ad una prima e superficiale analisi del testo, il tono e il tipo di argomentazione adottati da Kelsen sembrano confermare questa lettura. Il primo obiettivo che infatti Kelsen si pone in EVD è analizzare la democrazia, chiarire che cosa si intenda correttamente con questo termine in un periodo storico in cui:

si pensa di dover usare la nozione di democrazia [...] per tutti gli scopi possibili e in tutte le possibili occasioni, tanto che essa assume i significati più diversi, spesso tra di loro assai contrastanti, quando la solita improprietà del linguaggio volgare politico non la degrada addirittura ad una frase convenzionale che non esige più un senso determinato.⁹⁷

Eppure, proprio in EVD Kelsen non svolge del tutto coerentemente il ruolo dello scienziato *super partes*, anzi nei passi del saggio dedicati alla contrapposizione fra democrazia e autocrazia, al principio maggioritario e soprattutto alla *Weltanschauung* critico-relativistica intesa come concezione costitutiva della democrazia, la democrazia non coincide più unicamente con un particolare ordinamento giuridico-istituzionale, bensì appare una *scelta etica* a favore della libertà, della tolleranza, di una convivenza pacifica

McIlwain hanno un comune nemico: il positivismo giuridico. Il secondo lo impersona in John Austin (e in Thomas Hobbes); il primo in Francis Bacon, Thomas Hobbes, Jeremy Bentham, John Austin ma soprattutto Hans Kelsen». N. MATTEUCCI, *Filosofi politici contemporanei* cit., pp. 174-175.

⁹⁷ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 43-44.

e rispettosa dei diritti altrui. Non possiamo infatti sottacere la carica *etica molto forte* che caratterizza i passi dedicati alla contrapposizione fra *assolutismo e relativismo*:

La democrazia stima allo stesso modo la volontà politica di ognuno, come rispetta ugualmente ogni credo politico, ogni opinione politica di cui, anzi, la volontà politica è l'espressione. Perciò la democrazia dà ad ogni convinzione politica la stessa possibilità di esprimersi e di cercare di conquistare l'animo degli uomini attraverso una libera concorrenza. [...] Il dominio della maggioranza, caratteristico della democrazia, si distingue da ogni altro tipo di dominio perché, secondo la sua più intima essenza, non soltanto presuppone, per definizione stessa, un'opposizione – la minoranza – ma anche perché riconosce politicamente tale opposizione e la protegge coi diritti fondamentali e con le libertà fondamentali. [...] Per questo motivo, la parola d'ordine della monarchia cristiana per grazia divina poteva essere «autorità» ma non «maggioranza», quella parola d'ordine che è diventata meta di coloro che sono per la libertà intellettuale, per una scienza liberata dalla credenza in dogmi e miracoli, fondata sulla ragione umana e sul dubbio della critica, e politicamente per la democrazia.⁹⁸

Soprattutto da questo ultimo passo del brano appena citato emerge quanto lo studio che Kelsen dedica alla teoria democratica, in EVD, non sia motivato esclusivamente da considerazioni strettamente tecniche e procedurali, in base alle quali la democrazia è preferita all'autocrazia in quanto forma di governo e di produzione giuridica razionale, ma anche dalla personale scelta di Kelsen a favore di un complesso di valori che, a suo modo di vedere, solo la democrazia può garantire.

Accanto ad un livello prettamente *descrittivo*, teso ad analizzare in tutti i suoi aspetti salienti la democrazia, per cercare di cogliere, al di là dei preconcetti e pregiudizi, che cosa essa sia realmente, vi è un altro piano di lettura più propriamente *programmatico* nel quale, pur evitando di scivolare nel *prescrittivo*, Kelsen indica nella democrazia una *scelta* che i sinceri amanti della libertà e i sostenitori del relativismo sono chiamati a compiere. Credo che l'originalità di EVD consista proprio nell'aver trasposto il relativismo, pur con evidenti aporie e problemi, dalla Cultura alla Politica e di averlo trasformato da *Wissenschaftsanschauung* in *Politikanschauung*, modellando su di esso la democrazia quale ordinamento e sistema contrapposto all'autocrazia. Questo sembra essere uno dei punti nodali per tentare di riformulare l'interpretazione "storica" di EVD, che ne ha finora evidenziato soprattutto il proceduralismo, l'astrattezza e la asetticità. Sicuramente, il relativismo scettico di cui Kelsen si fa difensore nelle pagine del suo saggio

⁹⁸ Ivi, pp. 149-150.

è molto più compatibile con l'idea della democrazia come metodo, che non come contenuto.

Ma la questione centrale è che il principio di maggioranza, il compromesso, la dialettica maggioranza-minoranza, il rapporto fluido tra governanti e governati hanno senso sia in quanto *strumenti* di creazione e salvaguardia dell'ordinamento democratico, sia nella misura in cui ad essi è sottesa una *Weltanschauung* relativistica, tollerante, liberale nel senso più nobile del termine. Senza di essa la democrazia, secondo Kelsen, si trasformerebbe in autocrazia, semplicemente crollerebbe. Autori che, da posizioni più o meno analoghe, hanno attaccato Kelsen e la sua concezione democratica hanno colto nel segno individuando un implicito legame tra relativismo e democrazia quale metodo e procedura, ma è altresì opportuno sottolineare quanto l'attitudine relativistica propugnata da Kelsen, con tutti i suoi limiti e contraddizioni, fu non solo uno strumento per giustificare una visione *deontologizzata* del sistema democratico, ma anche, e soprattutto, una scelta personale ed etica che Kelsen compì in anni in cui la democrazia parlamentare era oramai diventata il bersaglio di attacchi e critiche sempre più feroci e destabilizzanti.

SARA LAGI

Caruso); Realtà e utopia della poliarchia: Dahl e la critica dell'elitismo (Brunella Casalini);

– Le teorie delle *élites* tecnocratiche e corporativiste in Francia, Belgio e Italia da De Mann a Ugo Spirito (Michela Nacci); La prospettiva di Burnham da *The Managerial Revolution* (1941) a *The Machiavellians* (Francesco Tuccari).

Tra le altre iniziative internazionali che a vario titolo interessano la Storia delle dottrine politiche si segnala la giornata dedicata a *Le Pensées*, *Laboratorio intellettuale di Montesquieu* (Napoli 28-29 novembre 2003), organizzata dalla Société Montesquieu, Istituto Italiano per gli studi filosofici, l'Università degli Studi di Napoli Orientale (Dipartimento di Filosofia e politica), in collaborazione con la Società Italiana di Studi sul secolo XVIII. Venerdì 28 novembre 2003, alle 14,30, presso il Dipartimento di Filosofia e politica, hanno discusso Catherine Volpilhac-Auger, *Des Notes de lecture aux Pensées*; Carole Dornier, *La Mise en archive de la réflexion dans les Pensées*; Luigi Mascilli Migliorini, *L'Histoire dans les Pensées*; Christophe Martin, *La Querelle des Anciens et des Modernes dans les Pensées*; Michèle Bokobza Kahan, *La Sexualité dans les Pensées*. Presiede Jean Ehrard. Nella sessione del sabato 29 novembre (ore 9,00, Istituto italiano per gli studi filosofici), sono previsti gli interventi di Annie Becq, *Les Pensées et l'Essai sur le goût*; Catherine Larrère, *L'«esprit de commerce» dans les Pensées*; Denis de Casabianca, *La «tentation matérialiste» de Montesquieu dans les Pensées*; Céline Spector, *La Métaphysique dans les Pensées*; Pauline Kra, *La Religion dans les Pensées*. Presidente Alberto Postigliola.

A Lione presso l'ENS-lsh, il 13 dicembre prossimo, ha avuto luogo una «Journée d'étude sur les éloges de D'Alembert», alla quale hanno partecipato Catherine Volpilhac-Auger, *L'esprit malin de D'Alembert*; Laetitia Perret, *L'Eloge de Montesquieu*; Jeanne Peiffer, *L'Eloge de Jean Bernoulli*; Alain Coste, *L'Eloge de Sacy*; Simone Mazauric, *Les Eloges de Fontenelle*; Samy Ben Messaoud, *L'Eloge de Despréaux* (per informazioni: Pierre Crépel, crepel@maply.univ-lyon1.fr). Sempre a Lione, presso l'École Normale Supérieure si sono svolti i seminari dedicati all'*Écriture de l'histoire*. I seminari hanno visto le relazioni di Michel Baridon, *Gibbon: la genèse d'un style* (14 novembre); di Laurence Guellec, *Parole publique et pensées secrètes, les problématiques de l'expression dans les Souvenirs de Tocqueville* (5 dicembre); di Jean-Marie Roulin, *Chateaubriand: genres littéraires et représentation de la parole révolutionnaire* (12 dicembre). Per contatti: Catherine Volpilhac-Auger: c.volpilhac-auger@wanadoo.fr.

Direttore Responsabile

PROF. SALVO MASTELLONE

Autorizzazione del Tribunale di Firenze n. 1950 del 8-10-68

TIBERGRAPH s.r.l. - 06012 Città di Castello (PG)

