

Nel 1920 Hans Kelsen, fino allora conosciuto come studioso ed esperto di diritto pubblico, dava alle stampe un breve saggio, intitolato *Essenza e valore della democrazia*, dedicato al significato e alle caratteristiche della democrazia parlamentare negli stati moderni. A lungo ignorata dalla critica, l'opera kelseniana è stata qui "rivalutata" e "riscoperta" attraverso la ricostruzione del dibattito dottrinario e del contesto storico-politico in cui essa si inserisce: dalla pubblicazione nel 1911 degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* in cui il giovane Kelsen espone, in polemica col maestro Georg Jellinek, la sua concezione dello stato e della rappresentanza politica fino alla nascita della prima Repubblica democratica d'Austria e della Russia sovietica, che portano il giurista a riflettere in maniera critica sul tema della libertà politica e della rappresentanza nella democrazia parlamentare. *Essenza e valore della democrazia* appare così un testo denso di richiami, idee, intuizioni politiche di grande interesse, che ci restituiscono l'immagine di un Kelsen originale pensatore politico, meno ancorato alla fredda *Reine Rechtslehre*.

Sara Lagi (Firenze, 1978), laureata in Storia all'Università di Firenze, ha conseguito il dottorato in Storia del pensiero politico europeo moderno e contemporaneo presso l'Università di Perugia; i suoi interessi vertono sul pensiero politico tedesco e austriaco tra '800 e '900, in particolare sul tema dei diritti delle minoranze e della giustizia costituzionale; i suoi articoli sono stati pubblicati da «Il Pensiero politico», di cui è collaboratrice, «Res Publica» e da «Il Giornale di Storia costituzionale». A Firenze, ha svolto attività didattica presso la cattedra di Storia delle dottrine politiche della Facoltà di Lettere e Filosofia e presso alcune università americane. Attualmente è assegnista di ricerca al Dipartimento di Studi sociali dell'Università di Firenze.

*Dissertazioni*

Sara Lagi

Il pensiero politico di Hans Kelsen

SARA LAGI  
Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920)  
Le origini di *Essenza e valore della democrazia*

€ 28,00

ISBN 978-88-95560-03-6



FONDAZIONE "LUIGI EPO"  
BIBLIOTECA



81.2.42

TORINO

Name

Dissertazioni

Collana diretta da  
*Enzo Baldini*

Nella stessa Collana

1. FURIA ANNALISA, *Il concetto di cittadino nel pensiero politico di Sieyès (1770-1795)*.

2. LAGI SARA, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920). Le origini di Essenza e valore della democrazia*.

3. DE LEONARDIS FRANCA, *I salotti italiani. Conversazione, politica e coscienza nazionale*.

## **IL PENSIERO POLITICO DI HANS KELSEN (1911-1920)**

*Le origini di Essenza e valore della democrazia*

Sara Lagi

Name

**Sara Lagi**

*Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920). Le origini di Essenza e valore della democrazia.*

Genova, Name edizioni, 2008

ISBN 978-88-95960-03 -6

©2007 by Name edizioni

Centro Editoriale Italiano Telematico

Sede legale  
Via Ilva, 4/2  
16128 Genova  
URL: [www.name.it](http://www.name.it)

Redazione  
Piazza Nicola Amore, 6  
80133 Napoli (NA)

Distribuzione Nazionale  
BillBook Distribuzioni  
Piazza Nicola Amore, 6  
80133 Napoli (NA)  
Phone 081-19.56.49.85  
Fax 081-19.56.49.83

[www.billbook.it](http://www.billbook.it)  
[ordini@billbook.it](mailto:ordini@billbook.it)

Distribution abroad by

**Casalini**  
libri

Via Benedetto da Maiano 3  
50014 Fiesole FI (Italy)  
Fax +39-055-5018201  
E-mail: [orders@casalini.it](mailto:orders@casalini.it)  
Web: [www.casalini.it](http://www.casalini.it)

All rights reserved

È vietata ogni forma di riproduzione non autorizzata, anche parziale.

*a Francesco Lagi,  
mio nonno  
e a Martha Kaiser Schneider,  
"meine deutsche Oma"*

## Indice

Prefazione .....	11
<i>Essenza e valore della democrazia: breve storia di un testo "sfortunato"</i>	15
Ringraziamenti .....	21
Capitolo 1	
Hans Kelsen. Il percorso biografico e intellettuale (1881-1973) .....	23
Capitolo 2	
Hans Kelsen e Georg Jellinek: il parlamento .....	61
Capitolo 3	
La nascita della repubblica democratica austro-tedesca: ottobre 1918- marzo 1919 .....	91
Capitolo 4	
Hans Kelsen e Karl Renner. Una scelta a favore della democrazia parlamentare .....	125
Capitolo 5	
Hans Kelsen e la Corte costituzionale .....	161
Capitolo 6	
La prima edizione di <i>Essenza e valore della democrazia</i> .....	191
Bibliografia .....	231

## Prefazione

Sentii nominare Hans Kelsen per la prima volta più di trent'anni fa, quando studiavo Filosofia a Trieste, alle lezioni di Aremmo Agnelli, che era allora il mio professore di Storia delle Dottrine Politiche e che mi avrebbe avviata agli studi con una tesi di laurea su Bentham. Agnelli parlava spesso di Kelsen, così come faceva riferimento al pensiero politico austriaco democratico del primo Novecento, a quegli autori - Bauer, Renner - che in Italia vengono ancora riduttivamente chiamati 'austromarxisti', e dei quali egli è stato, anche a livello internazionale, uno degli interpreti più acuti ed originali. Il riferimento era a quel mondo asburgico-viennese-praghese - per me allora, ed ancora, affascinante - che dagli ultimi sussulti di grandezza dell'Impero morente cercava di cogliere i frutti migliori per costruire nuove prospettive politiche, nelle quali coniugare in modo inedito democrazia e nazionalità.

Kelsen vi apparteneva di diritto, insieme a Max Adler, Karl Krauss, ma anche a Jellinek e a tanti altri, con la peculiarità di aver saputo fondere l'eredità della grande scuola giuridica tedesca insieme alle suggestioni provenienti dalla riflessione filosofica del Circolo di Vienna e della Scuola di Marburgo, in una teoria giuridico-politica che risolveva in chiave positivista la dottrina della sovranità e difesa delle minoranze.

In questa luce lessi allora l'importante Prefazione all'edizione italiana del 1955 di *Essenza e valore della democrazia* di Nicola Matteucci, che partiva da premesse diverse, ma giungeva a conclusioni simili.

Poi, negli anni, seguì altri percorsi, soprattutto intorno al pensiero politico inglese e olandese, anche se talora il mondo asburgico ed il suo pensiero politico mi si riproponevano sotto angolature diverse, senza però poterne trarre una linea interpretativa definita, per i tanti dubbi ed interrogativi che mi si affollavano. Ad esempio non riuscivo a capire i motivi per i quali, a partire dagli anni '80, tanti intellettuali italiani di sinistra subissero il fascino di Carl Schmitt, che fra l'altro proprio a Kelsen si contrappose in un celebre dibattito. Kelsen intanto sembrava aver perso attrattiva 'politica' ed era diventato quasi esclusivamente oggetto dell'attenzione degli studiosi di Diritto, fondamentalmente centrata sul dibattito pro o contro la sua concezione formalistica della dottrina del diritto, che, come nel caso di Bobbio, condizionava anche l'interpretazione del pensiero politico del giurista austriaco. Sicuramente più conosciuto in Italia in quegli anni, anche al di fuori dell'ambiente accademico, era il filosofo della scienza

Karl Popper che aveva cercato di divulgare a livello politico e civile gli ideali del Circolo di Vienna, ma il cui spessore di pensatore politico non è nemmeno paragonabile a quello di un Kelsen.

Non approfondii mai in modo sistematico la questione, ma davvero tutto ciò per me rappresentava un problema. Leggendo tanti lavori di studiosi italiani sembrava quasi che il "perdente" fra Schmitt e Kelsen non fosse stato il tedesco, strettamente legato, culturalmente e storicamente, al nazismo sconfitto, ma l'austriaco, che pure dall'esilio americano aveva dato un contributo cruciale al nuovo ordine mondiale, collaborando nel 1948 alla "Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo" dell'ONU. Soprattutto non mi era — e non mi è — chiaro come fosse possibile che un pensatore considerato tanto estremista nel suo positivismo, da sviluppare una teoria formalista, potesse aver concepito un'opera intitolata *Essenza e valore della democrazia*: un caso di schizofrenia filosofica?

Invece non mi meravigliai affatto che Salvo Mastellone nel 1986 aggiungesse nel titolo della sua *Storia della democrazia in Europa* l'importante specificazione *da Montesquieu a Kelsen*. Mastellone mi raccontò che il suo interesse per il pensiero politico di questo autore risaliva agli anni trascorsi nel dopoguerra a Parigi, dove aveva conosciuto Mirkin Guerzevitch, che ricordava con passione come la teoria democratica di Kelsen avesse costituito un punto di riferimento preciso ed unificante per i fiorusciti, che negli anni Trenta lo consideravano un baluardo della resistenza al nazismo. Né mi sembra strano che Alberto Predieri pubblicasse nel 1997, con piglio da giurista e democratico appassionato, due indignati volumi di scritti, tutti volti a controbattere e a delegittimare, testi alla mano, la simpatia e l'indulgenza con cui Carl Schmitt veniva accolto in quegli anni dalla cultura italiana.

Kelsen rappresentava per me un problema, anche perché il suo positivismo veniva attaccato su tutti i fronti, dai "nemici istituzionali" di stampo giuridico-naturalistico, ma anche dai suoi "difensori", che ne svuotavano il significato in senso formalistico, rendendo vana ed inspiegabile la sua disperata difesa democratica del Parlamento e della Costituzione come *Grundnorm*. Nella sua polemica con Bobbio, perfino Matteucci aveva finito per "sacrificare" Kelsen. Eppure, storicamente, da un punto di vista politico, il positivismo vanta una nobile e importante tradizione nella cultura e nella vita civile italiane degli ultimi due secoli: per quanto crudo e ingenuo, il positivismo in Italia si era coniugato spesso a teorie e a pratiche politiche democratiche, liberaldemocratiche e socialdemocratiche — assai più spesso di qualsiasi altra dottrina, certo assai più dell'idealismo crociano-gentiliano.

Per questi motivi considero importante il volume su *Il pensiero politico di Kelsen dal 1911 al 1920* di Sara Lagi, che si avvicina con uno sguardo fresco a questioni che sembravano ormai assodate, rimettendole in discussione, come già aveva fatto in un articolo, comparso nel 2003 su «Il pensiero politico», nel quale indicava alcune vistose falle nella interpretazione formalista della teoria democratica di Kelsen.

Questo volume ricostruisce la genesi di *Essenza e valore della democrazia*, a partire dall'ambiente culturale viennese in cui si forma il giovane Kelsen, i suoi primi studi sul *De Monarchia* di Dante, ma soprattutto il rapporto con i suoi maestri, Edmund Bernatzik — un nome che oggi non compare mai, e che invece fu un importante giurista, suo professore e relatore di tesi nell'Università di Vienna — e, naturalmente, Georg Jellinek. La formazione del giovane Hans e della sua dottrina giuspolitica viene seguita passo passo dal lavoro della Lagi, che mette bene in luce come, insieme agli infiniti stimoli provenienti dal mondo intellettuale straordinario della Vienna d'inizio secolo, rimanesse ineludibile il confronto con la Scuola tedesca di Diritto pubblico di fine Ottocento: quella Scuola tedesca che oggi si tende a considerare come un insieme compatto, e che invece in questo volume appare nelle sue diverse articolazioni, dalle quali emerge, prepotente, la figura di Jellinek. Proprio al rapporto con Jellinek, e alla sua importanza per la genesi e lo sviluppo dell'*Essenza e valore della democrazia*, sono dedicate alcune delle pagine più belle e originali di questo volume, che rilegge il Jellinek "liberale", il maestro che fece conoscere a Kelsen autori come Tocqueville e Mill; un Jellinek che rispetto alla Scuola tedesca "classica" si staglia qui come critico e, allo stesso tempo, innovatore.

Lo sguardo fresco della Lagi è guidato da un rigoroso metodo storico-politico, che rifiuta di appiattire la riflessione politica dell'*Essenza* del 1920, sulla dottrina dello stato di un'opera prettamente giuridica come la *Reine Rechtslehre* del 1934 — una riconsiderazione "all'indietro", storiograficamente arbitraria, dalla quale ben pochi studiosi di Kelsen possono dirsi immuni. Così, dopo averne seguito la formazione intellettuale e accademica, il volume prosegue "in avanti", individuando l'altro momento fondativo dell'*Essenza* nella partecipazione di Kelsen ai lavori dell'Assemblea nazionale austriaca, ed alla commissione incaricata di redigere la nuova Costituzione.

Grazie ad una ricerca di prima mano, condotta meticolosamente da Sara Lagi sui resoconti stenografici originali dei dibattiti che si svolsero

nell'Assemblea 'costituente', questa ci appare come un vero e proprio laboratorio politico, dal quale si distilla lentamente la teoria politica che Kelsen riversa anche nelle pagine dell'*Essenza*. Qui si staglia nettamente, per importanza politica e spessore dottrinale, la figura di Karl Renner: credo sia a ben pochi noto che fu proprio Renner a chiamare Kelsen nella Commissione, chiedendogli di staccarsi dagli studi e dare un contributo alla vita civile del paese. Il volume illustra il rapporto fra i due sul piano personale, istituzionale e dottrinale, mostrando come il loro continuo dialogo nascesse da una vicinanza di valori e contenuti, documentata da una serie di articoli con i quali il giovane Kelsen rispondeva alle prese di posizione dell'allora ben più famoso Renner: al centro della loro attenzione è la democrazia, considerata come il perno attorno al quale costruire una nuova modulazione dei rapporti, non più fra Impero e nazionalità, ma fra il Governo centrale ed i Länder.

Nell'ultimo capitolo si mostra con l'evidenza testuale come tutti questi fili - la formazione viennese, il rapporto con Jellinek e Renner, le convinzioni dello stesso Kelsen, i dibattiti dell'Assemblea nazionale austriaca - confluiscono a formare lo spessore dottrinale dell'*Essenza*, che risponde però anche alle sfide degli eventi storico-politici del tempo, la Rivoluzione bolscevica innanzitutto.

Il metodo storico utilizzato permette quindi alla Lagi di rivendicare l'importanza dell'*Essenza* del 1920, spesso dimenticata a favore dell'edizione del 1929 (più direttamente rivolta contro il pericolo fascista). Ma soprattutto l'applicazione del metodo storico, seguendo la direzione 'in avanti', permette di mostrare come l'*Essenza*, pur essendo certo un'opera scritta in difesa della democrazia contro l'avanzata dei totalitarismi, non si possa ridurre solo ad un momento di rottura e 'difesa' negativa, bensì sia anche e forse di più il frutto nato dal fervore dei dibattiti austriaci, in un momento di tensione positiva verso la ricostruzione del nuovo ordine democratico.

Firenze, gennaio 2008  
Lea Campos Boralevi

### Essenza e valore della democrazia: breve storia di un testo "sfortunato"

Il nome di Hans Kelsen non ha bisogno di presentazioni: sul giurista austriaco, studioso di dottrina dello stato e padre della *Reine Rechtslehre*, esiste un'ampia e ricca bibliografia.<sup>1</sup> La letteratura internazionale ha sempre dimostrato un profondo interesse per le sue opere di teoria del diritto, tanto da "schiacciare" su di esse anche quelle di pensiero politico e democratico.

A questo destino non è sfuggita neppure la prima edizione di *Essenza e valore della democrazia (Vom Wesen und Wert der Demokratie)*<sup>2</sup> che, rispetto ad altre opere kelseniane dedicate alla teoria democratica, è stata, peraltro, sostanzialmente ignorata, dimenticata, considerata un'anticipazione - di scarso valore e scarso interesse - della edizione definitiva del saggio, apparsa nel 1929.

La prima traduzione italiana di *Essenza e valore della democrazia* comparve nel lontano 1932, nella silloge di scritti kelseniani sulla teoria dello stato, *Lineamenti di una teoria generale dello stato e altri scritti*, a cura del giurista Arnaldo Volpicelli che, l'anno seguente, pubblicò nuovamente il breve saggio sulla rivista «Nuovi studi di diritto, economia e politica».<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Limitandoci ad alcuni dei nomi più importanti, ricordiamo Norberto Bobbio, Renato Treves, Gaetano Pecora, Horst Dreier, Mario G. Losano, Agostino Carrino, Ernst Topitsch, Peter Kolier, Robert Walter, Wilhelm Hebeisen, Stanley L. Paulson.

<sup>2</sup> H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», Bd 47, Heft 1, 1920-1921, pp. 50-85; il saggio apparve nello stesso anno come testo autonomo, pubblicato dall'editore Paul Siebeck di Tubingia; nove anni più tardi, l'editore viennese Franz Deuticke avrebbe pubblicato la seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia*. Nel corso del nostro scritto ci siamo riferiti alle opere di Kelsen in lingua originale e, laddove la qualità della traduzione lo ha permesso, ci siamo avvalsi direttamente delle traduzioni in italiano; lo stesso criterio è stato applicato alle opere di Georg Jellinek e di Karl Renner. Relativamente alla prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* abbiamo utilizzato la ottima traduzione del 2004 a cura di Carrino, che riproduce fedelmente il testo originale in tedesco, tra parentesi abbiamo indicato anche le pagine dell'edizione tedesca pubblicata dalla casa editrice Paul Siebeck.

<sup>3</sup> La scelta di pubblicare la prima *Essenza e valore della democrazia* piuttosto che l'edizione del 1929 dipese, secondo Gavazzi, dal fatto che nel 1932-1933 Kelsen aveva dato il permesso soltanto per la pubblicazione in italiano del primo dei due saggi. G. Gavazzi, *Dalla libertà anarchica alla libertà democratica*, «Il Politico», 3, 1981, p. 340.

Dopodiché trascorsero molti anni prima che *Essenza e valore della democrazia* fosse nuovamente edita nel nostro paese. Nel frattempo venne fatta conoscere in Italia la versione ampliata e definitiva del saggio,<sup>4</sup> sulla quale si concentrò l'interesse della critica. Nella sua *Prefazione* alla traduzione italiana della seconda *Essenza e valore della democrazia*, apparsa nel 1955, Matteucci non faceva alcun cenno al testo del 1920.<sup>5</sup> Questo è stato ignorato anche nelle due successive ristampe della seconda *Essenza e valore della democrazia*, uscite rispettivamente nel 1981 e nel 1992, ed entrambe a cura di Gavazzi.<sup>6</sup>

Dal 1932 trascorsero ben sessanta anni prima che il saggio del 1920 fosse nuovamente edito.

Nel 1994, uno dei massimi studiosi di Kelsen, Agostino Carrino, diede alle stampe una nuova edizione di *Essenza e valore della democrazia* all'interno della silloge intitolata *Dottrina dello stato*, che conteneva scritti del giurista austriaco sulla teoria del diritto e dello stato. La nuova

<sup>4</sup> D'ora in poi la prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* sarà indicata con il titolo per esteso, mentre la seconda edizione verrà indicata con "la seconda *Essenza e valore della democrazia*".

<sup>5</sup> Gavazzi riconosce a Matteucci il merito di aver sottolineato l'importanza teorica della seconda *Essenza e valore della democrazia*, spostando l'attenzione sul "Kelsen politico". G. Gavazzi, *Dalla libertà anarchica alla libertà democratica* cit., p. 340.

<sup>6</sup> Indichiamo le principali edizioni italiane della seconda *Essenza e valore della democrazia*:

1) H. Kelsen, *Democrazia e cultura*, con introduzione e a cura di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1955 contiene: *Essenza e valore della democrazia* (1929); *Absolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica: Che cos'è la giustizia?*.

2) H. Kelsen, *La democrazia*, con introduzione e a cura 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; *Absolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica*.

3) H. Kelsen, *La democrazia*, a cura di M. Barberis cit., contiene: *Essenza e valore della democrazia* (1929); *Il problema del parlamentarismo; I fondamenti della democrazia*. Esiste anche un'edizione della seconda *Essenza e valore della democrazia* risalente al 1956, pubblicata dal Mulino, che aggiunge la traduzione italiana delle *Foundations of Democracy* e di un altro testo "americano" *The Natural Law Doctrine Before the Tribunal of Science*, originariamente pubblicato sulla «Western Political Quarterly» nel 1949. D'ora in poi, quando citeremo la tradizione italiana della seconda *Essenza e valore della democrazia*, faremo riferimento a quella apparsa nel 1998, a cura di M. Barberis.

versione italiana non forniva nessuna indicazione sulla storia, la genesi o le principali caratteristiche di *Essenza e valore della democrazia*.<sup>7</sup>

Quest'ultima è stata nuovamente riedita dallo stesso Carrino nel 2004, insieme alla traduzione di *Soziologie der Demokratie* (*Sociologia della democrazia*) (1926) e *Verteidigung der Demokratie* (*Difesa della democrazia*) (1932).

Ancora una volta, non compare nessuna nota introduttiva al testo ma, rispetto alla edizione del 1994, la versione più recente si caratterizza per una novità importante: *Essenza e valore della democrazia* non è associata a opere di *Rechtslehre* o di *Staatslehre*, non è ricondotta nell'alveo della *dottrina pura del diritto*; essa appare insieme a due brevi ma densi testi dedicati alla democrazia come forma di governo e di convivenza pacifica e razionale. In tal senso, l'edizione italiana del 2004 sembra valorizzare maggiormente il contenuto di *teoria politica* di *Essenza e valore della democrazia*, individuando in essa il punto di inizio di un percorso di pensiero democratico che viene fatto culminare, nel 1955, con le *Foundations of Democracy* (*I fondamenti della democrazia*). A questo proposito è interessante notare che perfino in uno degli studi più recenti pubblicati in Italia sul pensiero politico e costituzionale di Kelsen, *La forma e l'identità. Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt* (2005), il saggio del 1920 venga del tutto ignorato.<sup>8</sup>

*Essenza e valore della democrazia* non ha avuto migliore fortuna all'estero: sia in ambito inglese, sia in quello tedesco, per fare un esempio, non è ancora comparsa un'edizione critica del saggio. Anche in Spagna, dove pure negli ultimi anni l'attenzione per Kelsen pensatore politico è sensibilmente cresciuta,<sup>9</sup> *Essenza e valore della democrazia* continua a passare inosservata. Nella nostra ricerca, abbiamo cercato di dimostrare come il saggio del 1920 sia tutt'altro che insignificante; come esso abbia una sua autonomia e, soprattutto, rifletta il dibattito politico-dottorinale del decennio compreso tra il 1911 e il 1920.

<sup>7</sup> *Dottrina dello stato*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1994 contiene: *Essenza e valore della democrazia* (1920); *Lineamenti di teoria generale dello stato* (1926); *L'idea del diritto naturale* (1928).

<sup>8</sup> M. Caserta, *La forma e l'identità. Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2005. Sulla teoria democratica di Kelsen in particolare cfr. Ivi, pp. 3-35.

<sup>9</sup> Mi sto riferendo a H. Kelsen, *De la esencia y valor de la democracia*, edición y traducción por Juan Luis Pages Roquejo, Oviedo, 2006. Questa è la prima traduzione in spagnolo della seconda *Essenza e valore della democrazia*.

Queste pagine sono nate dal tentativo di rivalutare il breve ma denso scritto sulla democrazia, attraverso la ricostruzione delle tappe teorico-politiche e storico-politiche che portano alla sua formulazione, sottolineando come rispetto ad esse *Essenza e valore della democrazia* rappresenti un compendio in cui "precipitano" sollecitazioni, idee, suggestioni che si sviluppano negli anni precedenti alla sua pubblicazione e, al contempo, costituisca una rottura.

Per ricostruire il contesto in cui inserire il saggio del 1920, sono stati individuati gli elementi biografici di Kelsen, con particolare riferimento ai suoi due maestri, Edmund Bernatzik e Georg Jellinek.

La rottura che, a partire dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico)* (1911), emerge tra la concezione kelseniana e quella jellineckiana di parlamento rappresenta, a nostro giudizio, un momento centrale che innerva lo sviluppo del pensiero politico di Kelsen tra il 1911 e il 1920, e costituisce una delle prospettive da cui Kelsen osserva le grandi trasformazioni storico-politiche che riguardano l'Austria tra il 1918 e il 1919.<sup>10</sup>

La fine dell'Impero asburgico e la nascita al suo posto di una repubblica democratica formano il retroterra storico-politico in cui Kelsen contribuisce alla creazione della costituzione austriaca, promulgata nel 1920.

Nel biennio 1918-1920, Kelsen partecipa al dibattito politico per la stesura della costituzione, occupandosi di temi come la rappresentanza, il rapporto tra sistema elettorale e rappresentanza politica, il parlamento, la democrazia politica, la sovranità. Simili riflessioni si inseriscono in un vivace dibattito politico tra cristiano-sociali, socialdemocratici e nazionalisti, che è stato analizzato a partire dagli *Stenographische Protokolle (Resocanti stenografici)* della Assemblea nazionale provvisoria e costituente austriaca. del dibattito e dei temi politici che esso veicola non c'è alcuna traccia nella letteratura che si è occupata del "Kelsen politico". Dall'analisi dei *Resocanti* non solo risulta l'ampiezza del confronto tra i partiti austriaci, di notevole profondità dottrina, ma emerge anche la figura del leader socialdemocratico Karl Renner.

Il rapporto tra Renner e Kelsen è stato ricostruito sul piano della dottrina democratica, del concetto di rappresentanza politica e del significato di minoranza nell'ordinamento democratico-parlamentare. In tal senso, abbiamo cercato di delineare alcuni degli aspetti salienti dell'"incontro" teorico-politico tra i due personaggi. Rispetto a questo, la letteratura si è

<sup>10</sup> Cfr. Cap. 2; Cap. 3.

sostanzialmente limitata a giustapporre le posizioni dei due pensatori, senza individuarne le radici e i presupposti che, a nostro giudizio, radicano, in parte, nel passaggio dall'Austria imperiale a quella repubblicana.<sup>11</sup>

A nostro giudizio, *Essenza e valore della democrazia* rappresenta, in parte, il punto di arrivo della lunga formazione politica di Kelsen nell'ambito del dibattito politico-costituzionale che prende forma in Austria tra il 1918 e il 1920.<sup>12</sup> Ma, proprio con il saggio del 1920, il Kelsen teorico della democrazia si volge verso un altro "esperimento" politico, la Russia bolscevica, che, ai suoi occhi, rende nuovamente problematica e scottante la riflessione sulla democrazia. Dinanzi alla "sfida" sovietica, Kelsen compie una improvvisa "virata", ignorata dalla critica, che sembra ricondurlo all'opera del contestato maestro Georg Jellinek.<sup>13</sup>

Nella prospettiva che abbiamo delineato nella nostra ricerca, *Essenza e valore della democrazia* non appare, dunque, come la passiva anticipazione di concetti espressi da Kelsen nelle sue opere di teoria pura del diritto, ma il risultato di un tormentato percorso, di cui abbiamo individuato alcuni temi, per noi particolarmente significativi, e che, nel 1920, portano il giurista a schierarsi con la democrazia parlamentare, dinanzi al pericolo che egli intravede nella democrazia dei Soviet.

<sup>11</sup> Cfr. Cap. 4.

<sup>12</sup> Cfr. Cap. 5.

<sup>13</sup> Cfr. Cap. 6.

## Ringraziamenti

Il primo ringraziamento e il più importante va alla Prof.ssa Lea Campos Boralevi, mia tutor negli anni del dottorato, che mi ha seguita e mi ha indirizzata nella mia ricerca sul pensiero politico di Kelsen. Grazie al premio nazionale "Anna Maria Battista" del 2006 che è stato attribuito alla mia tesi di dottorato. Desidero esprimere la mia gratitudine alla Commissione nella persona del suo Presidente Francesco M. De Sanctis e di tutti i suoi componenti.

Nel corso di questa ricerca ringrazio inoltre il coordinatore del corso di dottorato in Storia del pensiero politico europeo moderno e contemporaneo, Prof. Carlo Carini e il corpo docente, il Prof. Giancarlo Pellegrini, il Prof. Vittorio Conti, il Prof. Vittor Ivo Comparato e in particolare il Prof. Sergio Ariato per i suoi utilissimi consigli.

Ringrazio anche il Prof. emerito Salvo Mastellone dalla cui *Storia della democrazia in Europa* è partita l'idea di questa ricerca.

Un pensiero grato alla memoria del Prof. Arduno Agnelli che mi indirizzò allo studio del rapporto tra Kelsen e Renner sul piano della tecnica democratica.

Desidero ringraziare ancora il Prof. Diego Quaglioni, il Prof. Gustavo Gozzi, il Prof. Marco Ferrari e la Prof.ssa Maria Teresa Pichetto.

Per la cortese assistenza, vorrei ricordare in questi ringraziamenti anche il personale della Nationalbibliothek, dell'«Hans Kelsen Institut» e del «Vorwärts Institut» di Vienna, oltre al personale della Biblioteca Nazionale di Firenze, dell'«Istituto Europeo di Fiesole» e dell'«Istituto Feltrinelli» di Milano.

## CAPITOLO 1

### Hans Kelsen. Il percorso biografico e intellettuale (1881-1973)

#### 1.1. Gli inizi della carriera accademica: il distacco dalla «traditionelle Staatslehre» di Gerber, Laband e Jellinek (1905-1911)

Hans Kelsen nacque l'11 ottobre 1881 a Praga, in una famiglia ebrea piccolo borghese, ben integrata nella società del tempo, da Adolf Kelsen e Auguste Loewy.

Primo di quattro fratelli, Hans Kelsen crebbe a Vienna, dove i suoi genitori si erano definitivamente stabiliti dal 1884.<sup>1</sup> Durante gli anni del ginnasio e del liceo il giovane Kelsen si avvicinò all'opera di Arthur Schopenhauer e successivamente a quella di Immanuel Kant, autori che lasciarono una traccia duratura nella sua formazione.

Iscrittosi a giurisprudenza, nel corso del primo anno universitario, strinse amicizia con Otto Weininger, di alcuni anni più vecchio, che stava completando la sua dissertazione di dottorato. Il tragico personaggio e l'acuta intelligenza di Weininger, il successo stesso della sua opera esercitarono su Kelsen una profonda impressione. Anche la figura di Leo Strisower si rivelò fondamentale nella *Bildung* intellettuale dello studente universitario. A causa del diffuso antisemitismo, Strisower continuava ad essere un *Privatdozent* di filosofia del diritto, sebbene avesse conseguito l'abilitazione nel lontano 1881. Nel suo appartamento viennese possedeva una delle più ricche biblioteche di diritto internazionale, diritto publi-

---

<sup>1</sup> R. A. Metall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Wien, Franz Deuticke, 1969, p. 1. L'opera di Metall è l'unica biografia esistente su Kelsen; il saggio risulta, però, eccessivamente apologetico. Per un inquadramento della vita e delle opere di Kelsen cfr. H. Dreier, *Hans Kelsen, in Juristen jüdischer Herkunft*, hrsg. von H. Heinrichs, München, C. H. B. Beck, 1993, p. 705 ss.; R. Walter, *Hans Kelsen, in Neue deutsche Biographie*, Berlin, hrsg. von hist. Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaft, XI, Duncker & Humboldt, 1977, p. 479 ss.; N. Leser, *Hans Kelsen, in Neue deutsche österreichische Biographie*, XIX, Wien, Manz Verlag, 1979, p. 29 ss.; W. Brauneder, *Hans Kelsen, in Juristen in Österreich*, Wien, Orac, 1987, pp. 290-295. Una rassegna completa delle opere di Kelsen è contenuta in R. Walter, *Hans Kelsen. Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*, Wien, Manz Verlag, 1985, pp. 27-51; pp. 53-97; cfr. C. M. Piska, *Nachtrag zur chronologischen Bibliographie der Werke Kelsens*, in *Hans Kelsens Wege zur sozialphilosophischen Forschung*, Wien, hrsg. von R. Walter und C. Jabloner, Manz Verlag, 1997, pp. 143-165.

co e di filosofia del diritto.<sup>2</sup> Insieme a Stasow, l'altra figura che si rivelò fondamentale nella formazione universitaria di Kelsen fu il docente di diritto pubblico Edmund Bernatzik (1848-1919), che si era da sempre interessato ai problemi politici e pratici riguardanti la costituzione austriaca.<sup>3</sup>

Dopo aver superato gli esami di stato e i *Rigorosen* (esame di laurea), Kelsen fu promosso *Doctor juris* il 18 giugno 1905 all'università di Vienna dinanzi ad una commissione presieduta dall'economista Eugen von Philippovich e dallo studioso di diritto internazionale Heinrich Lammasch.<sup>4</sup>

La partecipazione ai seminari di Bernatzik, che decise di pubblicare la tesi dello studente Kelsen sulla prestigiosa rivista «Wiener Studien», il crescente interesse per le questioni fondamentali del diritto indussero Kelsen a prepararsi per la *Habilitationsprüfung* (esame per l'abilitazione alla libera docenza universitaria). Nel frattempo, in qualità di ricercatore, Kelsen ottenne dall'università di Vienna una borsa di studio che gli permise di frequentare tre trimestri ad Heidelberg, dove insegnava il giurista Georg Jellinek (1851-1911), considerato all'epoca la maggiore autorità in diritto pubblico. Kelsen sperava di poter completare sotto la sua supervisione la tesi per l'abilitazione.

La figura di Georg Jellinek fu un punto di riferimento quasi costante negli scritti kelseniani degli esordi, con i quali il giovane giurista cercò di definire il concetto di stato, di diritto, il rapporto tra la scienza del diritto e le scienze non strettamente giuridiche, giungendo a soluzioni che, nelle sue intenzioni, dovevano "rompere" con la cosiddetta «dottrina giuridica tradizionale», rappresentata da Carl Friederich von Gerber (1823-1891), Paul Laband (1838-1918) e, in particolare, da Georg Jellinek.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> R. A. Metall, *op. cit.*, pp. 1-4.

<sup>3</sup> Sulla vita e le opere di Edmund Bernatzik cfr. W. Brauneder, *Juristen in Österreich 1200-1980* cit., pp. 312-313; L. Adamovich, *Edmund Bernatzik*, in *Neue deutsche Biographie* cit., p. 103; F. Czeike, *Edmund Bernatzik*, in *Historische Lexikon*, Wien, Krowitz & Scherhan, 1994, p. 337; il necrologio *Edmund Bernatzik. Worte gesprochen an seinem Grabe*, «Neue Fräule Presse», 03/04/1919, pp. 8-9.

<sup>4</sup> Ivi, p. 10; W. Brauneder, *Hans Kelsen*, in *Juristen in Österreich* cit., pp. 229-231.

<sup>5</sup> L'espressione «dottrina giuridica tradizionale» venne usata proprio da Kelsen nella sua monografia per l'abilitazione alla libera docenza, pubblicata nel 1911, col titolo *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*.

I tre giuristi avevano operato nella Germania della seconda metà dell'800, nei decenni successivi al fallimento della rivoluzione del '48 e del tentativo di riformare in senso compiutamente costituzionale la monarchia prussiana. La fine dell'esperienza riformista aveva segnato un progressivo indebolimento del movimento liberale tedesco e una graduale pacificazione nei rapporti tra la borghesia, che aveva inizialmente appoggiato il programma del '48, e i poteri forti, la monarchia, l'esercito, la burocrazia. Ciò aveva determinato una neutralizzazione dei motivi di conflitto tra la borghesia liberale e la Corona, a favore di «istituzioni politiche salde ed efficienti», che, nell'ottica delle forze conservatrici, dovevano essere in grado di elevarsi al di sopra della «faziosità» dei partiti e del parlamento.<sup>6</sup> A questa «stagione» della storia politica tedesca corrispose lo sviluppo del positivismo giuridico che, in contrasto con la «Scuola storica» di Savigny, si caratterizzò per «un realismo antistorico», per la ferma volontà di «purificare il pensiero giuridico dagli elementi non giuridici». Come sintetizza Stolleis:

Questo programma doveva non solo garantire una difesa contro le pressioni politiche, così come la sicurezza del diritto, ma anche la scientificità e un adeguato status sociale della giurisprudenza.<sup>7</sup>

In questo programma si inserì direttamente «il mutamento di metodo nel diritto pubblico», ad opera di C. F. von Gerber, il cui obiettivo fu applicare il «metodo giuridico» al «diritto dello stato», ossia rimuovere da quest'ultimo gli elementi più prettamente politici, storici, filosofici.<sup>8</sup> A questa operazione metodologica corrispose la elaborazione di una precisa concezione dello stato, illustrata da Gerber nei *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (*Lineamenti di diritto pubblico tedesco*) (1865), in cui lo stato veniva definito «stato persona», «persona giuridica», unico titolare della sovranità, che non solo non era condizionato da nessuna forza ad esso esterna, ma che assorbiva in sé l'intera vita collettiva.<sup>9</sup>

Dopo il 1871 la figura più autorevole nel panorama «del diritto pubblico dello stato» divenne Paul Laband. Mentre Gerber si era sostanzial-

<sup>6</sup> M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 318-319.

<sup>7</sup> M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Zweite Band, 1800-1914*. München, V. C. H. Beck, 1992, p. 331; M. J. Sattler, *Georg Jellinek. Ein Leben für das öffentliche Recht*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* cit., p. 366;

<sup>8</sup> M. Stolleis, *op. cit.*, pp. 331-332.

<sup>9</sup> M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica... cit.*, pp. 264-265. M. Stolleis, *op. cit.*, pp. 335-337.

mente interessato a individuare i «concetti fondamentali del diritto dello stato», Laband analizzò il «diritto positivo dell'Impero», avvalendosi del «metodo giuridico», evitando cioè la commistione dell'elemento giuridico con quello storico-politico.<sup>10</sup> «Figlio» della Germania bismarckiana, unificata dalla potenza autoritaria degli Hohenzollern, Laband ripropose il concetto di stato-persona, quale «unico soggetto del potere», fondante e non fondato, unico titolare della sovranità, figura esclusivamente giuridica che neutralizzava in sé il principio monarchico così come quello della rappresentanza popolare.<sup>11</sup>

Sulla base della definizione di stato come persona giuridica, titolare della sovranità, sia Gerber, sia Laband avevano concluso che gli stessi diritti dei cittadini erano meri «riflessi» del potere dello stato.<sup>12</sup> Alla fine dell'800, al nome di Gerber e di Laband, quali insigni esponenti della scienza giuridica tedesca, si aggiunse quello di Georg Jellinek. Dopo un breve periodo trascorso nella amministrazione austriaca, Jellinek insegnò per alcuni anni nell'Ateneo viennese fino a quando nel 1890 venne chiamato ad Heidelberg dove rimase sino alla morte, sopraggiunta nel 1911.<sup>13</sup>

Giurista e teorico del diritto, Jellinek si trovò alla fine dell'800 tra due

<sup>10</sup> Ivi, pp. 343-346.

<sup>11</sup> S. Amato, *Il problema "partito" negli scrittori politici tedeschi (1851-1914)*, Firenze, CET, 1992, pp. 87-94; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 22-28; Id., *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi della sovranità. Atti del XIX Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica. Trento 29-30 settembre 1994*, a cura di M. Basciu, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 47-51; p. 51 ss. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica ... cit.*, p. 47.

<sup>12</sup> Ivi, p. 264; S. Amato, *Il problema "partito" negli scrittori politici tedeschi (1851-1914) cit.*, pp. 88-89.

<sup>13</sup> Il diffuso pregiudizio antisemita rese particolarmente difficile la carriera di Jellinek a Vienna: alla proposta di nominarlo «professore straordinario» presso l'università della capitale, si scatenò un vero e proprio attacco da parte della stampa clericale contro la cosiddetta «giudeizzazione dell'università di Vienna», cosicché tutti i tentativi fatti tra il 1887 e il 1889 di concedergli una cattedra fallirono miseramente. Jellinek decise allora di accettare nel 1889 un incarico all'università di Basilea, dove rimase fino al 1890, quando succedette a Bluntschli alla cattedra di diritto pubblico, diritto internazionale e politica ad Heidelberg. M. J. Sattler, *op. cit.*, p. 366. Sulla vita di G. Jellinek cfr. il profilo biografico tracciato dalla moglie Camilla, contenuto in G. Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, 1 Bd., Berlin, Verlag von O. Häring, 1911, specie p. 7 ss.

«fuochi» da un lato il cosiddetto «metodo giuridico» e dall'altro una società sempre più moderna e in rapida trasformazione, che a suo giudizio, non poteva più essere a lungo ignorata da coloro che si occupavano di diritto dello stato.<sup>14</sup> Seppur in maniera non ancora del tutto organica, Jellinek cominciò a cercare una «mediazione» tra questi due elementi a partire da *Gesetz und Verordnung (Legge e ordinamento)*, pubblicato nel 1887. Rispetto ai tradizionali trattati di diritto pubblico dell'epoca, l'opera di Jellinek presentava una struttura originale, poiché la prima parte era interamente dedicata «ad una analisi di tipo storico-comparativo» delle diverse soluzioni trovate al «rapporto tra potere legislativo ed esecutivo».<sup>15</sup>

Secondo Fioravanti, l'originalità di questa scelta non consisteva tanto nel tentativo di porsi al di fuori della strada tracciata da Gerber e Laband, quanto nella volontà di misurare la validità del proprio metodo di indagine con la complessa realtà del tempo. Pur condividendo il principio della personalità giuridica dello stato, Jellinek riteneva che non fosse più possibile pensare lo stato quale entità neutrale, impermeabile ai conflitti e ai mutamenti sociali.<sup>16</sup>

In questa ottica, Jellinek stabiliva che lo stato, in quanto persona giuridica, possedeva precisi «scopi» («Zwecke»), il primo dei quali era «la sua autoconservazione, [...] la [sua] autoaffermazione verso l'esterno e verso l'interno». Senza di essa, non avrebbe potuto realizzare i suoi ulteriori obiettivi, tra i quali lo sviluppo e la promozione della civiltà, e la creazione di un ordinamento giuridico entro cui i cittadini potessero essere certi di ciò che era vietato e di ciò che era loro consentito.<sup>17</sup>

la propria esistenza è il primo scopo dello stato, poiché essa è la condizione indispensabile per la realizzazione dei restanti scopi. Ma questi sono determinati dalla protezione delle condizioni di vita della comunità, del diritto e dalla promozione delle medesime condizioni di sviluppo, della civiltà. Esistenza e sviluppo racchiudono così in sé le tre direzioni del potere, del diritto

<sup>14</sup> M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica ... cit.*, p. 391; C. Schönberger, *Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille: Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende*, in G. Jellinek, *Beiträge zu Leben und Werk*, Wien, hrsg. von S. L. Paulson und M. Schulte, Wien, Mohr Siebeck, 2000, pp. 10-11.

<sup>15</sup> M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica ... cit.*, p. 393.

<sup>16</sup> Ivi, p. 397.

<sup>17</sup> G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, J. C. B. Mohr, 1887, p. 191; p. 214.

to e della civiltà.<sup>18</sup>

Il problema di elaborare una teoria dello stato e delle sue funzioni che non dimenticasse l'esistenza di una società sempre più moderna era nuovamente presente nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte* (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*) (1892) in cui, in polemica con l'opera di Gerber e di Laband, Jellinek rielaborava il concetto di diritti soggettivi a partire dall'idea che «qualunque diritto è un rapporto fra soggetti di diritto», e che lo stato poteva avere diritti nella misura in cui esso si rapportava a soggetti dotati anch'essi di diritti.<sup>19</sup> Tali soggetti diventavano portatori di diritti grazie ad un atto di «*Selbstbeschränkung*», di «autolimitazione» che lo stato compiva nei loro confronti.<sup>20</sup>

Come osserva Valera, in Jellinek lo stato appariva sotto una duplice prospettiva: in quanto persona giuridica e titolare di diritti creava il proprio ordinamento, l'ordinamento statale, ma in quanto soggetto che si autolimitava a favore degli individui, esso sottostava alle regole dell'ordinamento giuridico, da esso stesso stabilito.<sup>21</sup> Al contempo, anche il rapporto tra individui e stato appariva duplice: da un lato essi erano oggetti del potere sovrano esercitato dallo stato («sudditi»), ma dall'altro essi erano titolari di diritti («cittadino»), grazie al processo di autolimitazione da parte dello stato.<sup>22</sup> Lo stesso concetto sarebbe ricomparso alcuni anni più tardi nella *Allgemeine Staatslehre* (*Dottrina generale dello stato*), pubblicata per la prima volta nel 1900:

in forza della signoria del potere statale, il popolo è oggetto dell'impe-

<sup>18</sup> Ivi, p. 191.

<sup>19</sup> G. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, (trad. it di Id., *Das System der öffentlichen subjektiven Rechte*), Milano-Napoli, Società Editrice Libreria, Aetna, 1912, pp. 10-11.

<sup>20</sup> Ivi, p. 95.

<sup>21</sup> G. Valera, *Coercizione e potere: storia, diritti pubblici soggettivi e poteri dello stato nel pensiero di Georg Jellinek*, in *Storia dei concetti e saperi della borghesia tra Otto e Novecento*, a cura di G. Gozzi, R. Gherardi, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 61-63; cfr. l'importante G. Gozzi, *Democrazia e diritti, Germania: dallo stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 47. Per un inquadramento generale di questa problematica cfr. Id., *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 260-283.

<sup>22</sup> G. Valera, *op. cit.*, pp. 75-83; cfr. D. Quaglioni, *Sovranità e autolimitazione (Rileggendo la «Dottrina generale dello stato e del diritto» di G. Jellinek)*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità*, cit., p. 273, p. 276 ss.

rum e, sotto questo punto di vista, si compone di puri subordinati, viceversa, in virtù della posizione organica degli individui nella loro qualità di elementi dello stato, invece, sono soggetti di diritto.<sup>23</sup>

Alla natura duplice del rapporto tra stato e individui corrispondeva, secondo Jellinek, anche la natura duplice del sapere che si misurava con i temi dello stato e del diritto: mentre la dottrina giuridica dello stato analizzava il rapporto tra stato e individui dal punto di vista dello stato sovrano, la dottrina sociale dello stato analizzava quel medesimo rapporto dal punto di vista della «autolimitazione»; entrambe costituivano la cosiddetta «dottrina generale dello stato».<sup>24</sup> La distinzione tra dottrina sociale e dottrina giuridica dello stato non corrispondeva solo e soltanto ad una distinzione di contenuto, ma anzitutto ad una distinzione di metodo conoscitivo: la dottrina sociale dello stato era tale poiché analizzava lo stato da un punto di vista «descrittivo-sociologico», laddove la dottrina giuridica analizzava il medesimo oggetto sul piano «prescrittivo-giuridico».<sup>25</sup>

Nelle prime pagine della *Allgemeine Staatslehre*, Jellinek riconduceva così la distinzione tra dottrina giuridica e dottrina sociale dello stato ad una distinzione di tipo metodologico, che peraltro aveva già anticipato nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, quando osservava:

la giurisprudenza non vuole, né può conoscere l'intima essenza dei fenomeni della natura, né constatare le leggi naturali che li governano. Suo compito è di dettare norme, e cioè regole ipotetiche, aventi per contenuto non un dovere assoluto, al quale si debba ineluttabilmente sottostare per legge naturale, ma un dovere, che l'individuo è tenuto ad adempiere volontariamente.<sup>26</sup>

Sin dal 1892 Jellinek aveva distinto tra il metodo delle scienze giuridiche e quello proprio delle scienze naturali, anche se aveva ammesso che «per la qualità e per il buon risultato del lavoro del giurista sarà importan-

<sup>23</sup> G. Jellinek, *La dottrina generale dello stato* (trad. it di Id., *Allgemeine Staatslehre*), a cura di V. E. Orlando, Milano, Giuffrè, 1949, p. 22.

<sup>24</sup> Ivi, p. 12 ss.; cfr. S. Breier, *Georg Jellinek und Max Weber. Von der sozialen zur soziologischen Staatslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 6-8; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica ... cit.*, pp. 413-414.

<sup>25</sup> M. W. Hebeisen, *Souveränität in Frage gestellt. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 134-135; O. Lepsius, *Georg Jellineks Methodenlehre im Spiegel der zeitgenössischen Erkenntnistheorie*, in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk* cit., pp. 329-339.

<sup>26</sup> G. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte* cit., pp. 18-19.

te conoscere e studiare le altre discipline, le quali hanno attinenza con il diritto». <sup>27</sup>

Jellinek non rinunciò mai, in nessuna delle sue opere, ad un'indagine sulla natura umana e quindi storica delle istituzioni, dello stato, della sovranità, del rapporto fra stato e individui. Nella *Allgemeine Staatslehre*, la distinzione tra suddito e cittadino (e quindi tra dottrina giuridica e dottrina sociale dello stato, con le diverse concezioni del rapporto fra stato e individui che esse comportavano), era strettamente correlata ad una precisa definizione di sovranità. Nella prima parte dell'opera Jellinek si occupava delle origini storiche del concetto di sovranità. <sup>28</sup> Sintetizza così Quagliani:

Nel pensiero di Jellinek la «storia dogmatica» della sovranità è respinta ai margini; la sovranità, come aspetto giuridico dell'ordinamento, è il frutto di una lenta e necessaria giuridificazione di un fenomeno eminentemente politico. <sup>29</sup>

Secondo Jellinek, il concetto e la stessa teoria della sovranità si erano inizialmente sviluppati in rapporto alla difficile autoaffermazione dello stato, ma solo successivamente la sovranità era stata identificata col «potere statale», e ad essa erano stati attribuiti quei diritti che di fatto appartenevano ed erano storicamente esercitati dal monarca. <sup>30</sup>

Jellinek riteneva che solo la «dottrina tedesca dello stato», in particolare l'opera di Gerber, avesse chiarito l'esatto rapporto tra monarca e sovranità, ossia tra un «organo» dello stato e la sovranità statale, affermando che la sovranità era «un attributo del potere statale perfetto e non sta affatto in rapporto con quello del diritto del monarca in senso stretto». <sup>31</sup> Sulla base di simili premesse, Jellinek passava all'analisi della «natura della sovranità».

Questa era anzitutto «potere indipendente» e in quanto tale appariva

<sup>27</sup> Ivi, p. 21.

<sup>28</sup> G. Quagliani, *La dottrina generale dello stato* cit., pp. 58-62.

<sup>29</sup> D. Quagliani, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 97; cfr. Id., *Sovranità ed autolimitazione. Rileggendo la «Dottrina generale del diritto e dello stato» di G. Jellinek* cit., p. 273 ss.

<sup>30</sup> Con la *Allgemeine Staatslehre*, Jellinek aveva individuato le origini storiche del concetto di sovranità nella lotta condotta dallo «stato moderno» contro l'universalismo della Chiesa, dell'Impero e contro il particolarismo feudale. Egli riteneva che l'avanguardia del processo di affermazione dello stato moderno fosse stato il Regno di Francia dove, prima che in altre parti d'Europa, il principe era riuscito a concentrare in sé il potere politico. G. Jellinek, *La dottrina generale dello stato* cit., pp. 58-62.

<sup>31</sup> Ivi, p. 70.

illimitata e illimitabile. Ma la sovranità era anche «concetto giuridico», per cui «se lo stato può giuridicamente tutto, esso può [potrebbe] abolire l'ordinamento giuridico [...] rendere se stesso impossibile». Muovendo dal presupposto che lo stato non potesse volere e determinare la propria distruzione, Jellinek deduceva che la «dottrina della illimitatezza assoluta dello stato» non appariva più così fondata, poiché: «tutto il diritto diviene tale semplicemente per questo: che esso vincola non il suddito soltanto ma anche il potere statale», e ciò comportava la capacità dello stato di autolimitarsi. <sup>32</sup>

Nella *Allgemeine Staatslehre*, il concetto di «autolimitazione» appariva perciò strettamente connesso con la natura duplice della sovranità: da un lato, essa implicava l'impossibilità per qualsiasi forza, statale o non statale, di limitare lo stato; <sup>33</sup> dall'altro, la sua natura «giuridica» obbligava lo stato a rispettare il diritto. <sup>34</sup>

Come Gerber e Laband, anche Jellinek riteneva che lo stato fosse una persona giuridica, soggetto titolare di diritti, unico titolare della sovranità e produttore del diritto. In tal senso, la sovranità veniva attribuita ad una «realtà impersonale», che produceva norme giuridiche ed agiva entro i limiti stessi del diritto. <sup>35</sup> Rispetto, però, ai suoi due predecessori, Jellinek aveva formulato un concetto di sovranità che, attraverso il principio dell'«autolimitazione», poneva chiaramente il problema del rapporto tra autorità e libertà, tra stato e individui. <sup>36</sup>

Quando Kelsen si recò ad Heidelberg per seguire i seminari di Jelli-

<sup>32</sup> Ivi, pp. 71-73.

<sup>33</sup> Sotto questo aspetto, sovranità significava: «la esclusiva capacità del potere statale di dare alla sua volontà di signoria un contenuto che lo vincoli sotto tutti i rapporti e di determinare in tutti i sensi il proprio ordinamento giuridico». Ivi, p. 75.

<sup>34</sup> Ivi, pp. 75-76. Secondo Jellinek, la prima caratteristica dello stato sovrano era la sua «autonomia», ossia la capacità di determinare autonomamente la propria organizzazione; la seconda consisteva nella sua capacità di agire entro «i limiti giuridici da esso medesimo fissati o riconosciuti». Terza caratteristica era la indivisibilità: per Jellinek, come per i suoi predecessori Gerber e Laband, lo stato, in quanto persona giuridica, rappresentava un «quid per sua natura indivisibile». Ivi, pp. 83-91.

<sup>35</sup> M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra Ottocento e Novecento*, tomo I, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 59-63; D. Quagliani, *La sovranità* cit., p. 97 ss; N. Matteucci, *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 35; Id., *Sovranità*, in *Dirionario di politica*, a cura di N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, UTET, 2004, p. 910 ss; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento* cit., p. 22 ss.

<sup>36</sup> Questo aspetto è stato sottolineato da G. Gozzi, in Id., *Les limites du pouvoir en Allemagne au dix-neuvième siècle: l'Etat de droit et les droits publics subjectifs*,

nek, questi aveva già pienamente elaborato ed espresso la sua dottrina dello stato e del diritto, qui sintetizzata in alcune delle sue linee principali. Uno dei primi tentativi fatti da Kelsen di confrontarsi con la dottrina jellinekiana risalgono alla sua tesi di laurea su *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (*La teoria dello stato in Dante Alighieri*). Era stato Leo Strisower a far conoscere a Kelsen l'opera di Dante Alighieri, in particolare il *De Monarchia*.

*Die Staatslehre des Dante Alighieri* venne pubblicata nel 1905, sulle «Wiener Staatswissenschaftlichen Studien», rielaborazione della tesi di laurea, una monografia sul pensiero giuridico e politico di Dante, che apparve poi, nello stesso anno, come volume autonomo presso la casa editrice viennese Franz Deuticke.<sup>37</sup>

Kelsen aveva ricostruito il pensiero giuridico e politico di Dante, muovendo dall'analisi del *De Monarchia* e dalle opere poetiche del Fiorentino. Una ricostruzione che appariva fortemente influenzata dalla cultura giuridica tedesca del tempo, in particolare dall'opera di Otto von Gierke (1841-1921)<sup>38</sup> e da quella di Georg Jellinek. Il giovane giurista riteneva che nel *De Monarchia* fosse rintracciabile una vera e propria concezione di stato e di sovranità, proiettando così sull'opera del Fiorentino concetti che, come osserva Quagliani, «nella loro dimensione puramente moderna, fanno pur sempre la loro apparizione a un diverso tornante storico».<sup>39</sup> Kelsen faceva infatti notare che l'espressione «minister omnium», con cui Dante indicava l'imperatore, poteva essere tradotta

«Scienza politica. Per una storia delle dottrine» 10, 1994, pp. 86-92 e nel più recente R. Suppò, *Die Grund- und Menschenrechte in der deutschen Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1999, pp. 294-299.

<sup>37</sup> R. A. Metall, *op. cit.*, p. 10. Entusiasta della lettura danese, Kelsen propose a Strisower di realizzare uno studio monografico sul *De Monarchia*. *Ibidem*, sul tema cfr. M. G. Losano, *Presenze italiane in Kelsen*, in H. Kelsen, H. Capogrossi, *Diritto internazionale e stato sovrano, con un inedito di H. Kelsen e un saggio introduttivo di N. Bobbio*, a cura di M. G. Losano, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 10-16.

<sup>38</sup> Critico del «metodo giuridico» e della concezione labandiana di stato, nel suo *Il diritto delle comunità germaniche*, il cui primo volume venne pubblicato nel 1868 (il secondo sarebbe apparso nel 1878), Gierke rivalutava, in polemica con Laband, il rapporto tra stato e comunità. M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica*, *op. cit.*, pp. 329-330, p. 366.

<sup>39</sup> D. Quagliani, *La sovranità*, cit., p. 19; cfr. F. De Aloysio, *Il Garofano e la Gorgone. Quattro saggi su Kelsen e un'appendice su Hobbes*, Roma, Bulzoni Editrice, 1996, p. 16. La proiezione di una concezione moderna sulla *Staatslehre* danese è stata

(molto sbrigativamente) con il moderno «servitore dello stato».<sup>40</sup>

La proiezione di una concezione moderna, come quella di stato e sovranità, sull'opera politica di Dante era un chiaro lascito dell'opera gierkiana che molto probabilmente Kelsen aveva conosciuto e studiato anche grazie al suo maestro di Vienna,<sup>41</sup> Edmund Bernatzik. Figura alla quale la letteratura (in particolare italiana) ha prestato sinora scarsissima attenzione, il maestro di Kelsen a Vienna era considerato alla fine dell'800 uno dei massimi esperti austriaci di diritto amministrativo e costituzionale, tanto che nel 1890 Jellinek lo aveva voluto come suo sostituto all'Università di Basilea.<sup>42</sup>

Nel panorama giuridico del tempo, Bernatzik si era dimostrato particolarmente interessato proprio all'opera di Gierke, con cui condivideva l'idea dello stato come personalità collettiva che si forma a partire dalle persone e, soprattutto, la critica al «metodo giuridico» labandiano.<sup>43</sup>

Dalla *Staatslehre des Dante Alighieri* emergevano inoltre aspetti più

illustrata da M. Cau in *Hans Kelsen et la théorie de l'Etat chez Dante*, in «Laboratoire Italien. Politique et société. Droit et littérature», 5, Paris, ENS Éditions, 2004, pp. 125-150. L'autore individua inoltre nella *Staatslehre des Dante Alighieri* una delle più chiare testimonianze dell'interesse kelseniano per tematiche legate alla letteratura. Ivi, pp. 125-129. Sull'interesse di Kelsen per la letteratura cfr. R. A. Metall, *op. cit.*, p. 16.

<sup>40</sup> H. Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri* cit., p. 91.

<sup>41</sup> V. Frosini, *Kelsen e Dante*, in Id., *Saggi su Kelsen e Capogrossi. Due interpretazioni del diritto*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 14-16; M. Cau, *op. cit.*, pp. 131-137.

<sup>42</sup> P. Goller, *Georg Jellinek und Edmund Bernatzik. Zwei österreichische Staatsrechtslehrer an der Universität Basel (1889-1893)*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», Wien, Springer Verlag, 1999, pp. 476-477.

<sup>43</sup> G. Winkler, *Geleitwort zu E. Bernatzik, Über den Begriff der juristischen Person. Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere* (1899), Wien New York Springer 1996, pp. X-XII. La traduzione italiana della prefazione di Winkler è inoltre contenuta in un volume dedicato ai principali esponenti del diritto pubblico e amministrativo nella Vienna tra la fine dell'800 e gli inizi del '900: G. Winkler, *La scienza giuridica come scienza sociale empirica. Figure e problemi della dottrina dello stato e del diritto pubblico nella grande Vienna*, Roma, Aracne, 2003, in particolare pp. 97-111. Nella prefazione alla sua *Habilitationsschrift* del 1886, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Bernatzik aveva aderito al progetto gierkiano di realizzare una compiuta trattazione giuridica del diritto pubblico, evitando però la «strada» tracciata da Laband. G. Winkler, *Geleitwort...*, p. VII. In un suo studio, apparso nel 1892, Bernatzik analizzava il significato giuspolitico di monarchia e di repubblica, richiamandosi proprio al «germanesimo» gierkiano. E. Bernatzik, *Republik und Monarchie*, Freiburg, Akademisches Verlagbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1892, in particolare pp. 22-35.

direttamente riconducibili a Jellinek, in particolare per ciò che riguarda l'analisi kelseniana dell'ideale dantesco di Impero universale. Kelsen sottolineava come la finalità principale dell'Impero universale immaginato da Dante fosse la «promozione del genere umano». <sup>44</sup> Jellinek aveva chiaramente affermato in *Gesetz und Verordnung* che lo «scopo» più alto dello stato era il miglioramento delle qualità morali e intellettuali degli uomini. <sup>45</sup>

Il saggio del 1905 denotava così una certa «dipendenza» di Kelsen dall'opera di Jellinek che, proprio come quella di Gierke, veniva utilizzata dal giovane studioso per «leggere» Dante. La vera e propria «rottura» tra Kelsen e Jellinek avvenne solo con gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. L'opera fu conclusa nel 1910 e alcuni mesi più tardi venne discussa con i docenti della facoltà viennese di giurisprudenza. I membri della commissione erano Adolf Menzel, ordinario di diritto costituzionale, da sempre interessato alla filosofia antica, e il professor Bernatzik. Entrambi, per la loro specifica formazione accademica, erano estranei alle problematiche della teoria del diritto, tanto che Bernatzik diede al suo allievo l'impressione di aver appena letto l'opera. La superficialità degli esaminatori e le numerose critiche mosse al saggio da parte di un terzo membro della commissione, il barone Ernst Schwind, non impedirono a Kelsen di ottenere l'abilitazione alla libera docenza di filosofia del diritto e di diritto pubblico: l'*Habilitationsschrift* fu pubblicata nel 1911. <sup>46</sup>

Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen attaccava essen-

<sup>44</sup> H. Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri* cit., pp. 54-55. Nell'analizzare il mito dantesco dell'Impero universale, Kelsen fu condizionato, secondo Frosini, dal fatto di essere «suddito» di un gigantesco impero multinazionale: «il suo autore era allora suddito dell'Impero asburgico, l'impero che raccoglieva il mito, se non proprio l'eredità, di uno stato sovranazionale, posto al centro dell'Europa, fondato ancora sul principio di legittimità d'origine feudale, ossequioso, come forse nessun altro, della religione cattolica: il mito del Sacro Romano Impero. La fine della monarchia absburgica sembrava allora assai meno vicina di quanto in realtà non lo fosse; anzi, proprio in quegli anni, benché pungolata dagli irridentismi, essa sembrava riposare in una condizione di equilibrio internazionale e di armonia spirituale interna» V. Frosini, *Kelsen e Dante* cit., p. 13.

<sup>45</sup> G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung* cit., p. 191, p. 214.

<sup>46</sup> R. A. Metall, op. cit., pp. 10-15. Negli anni immediatamente successivi alla pubblicazione della *Habilitationsschrift*, Kelsen pubblicò *Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft* (La teoria del contratto pubblico) (1913) seguito, nel 1914, da *Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn* (La teoria della legge in senso formale e materiale).

zialmente due aspetti della dottrina jellinekaiana: il metodo e l'idea dello stato come persona giuridica, titolare di diritti e dotata di volontà. <sup>47</sup> Tuttavia, nonostante la critica serrata, Kelsen riconosceva il grande «debito» intellettuale nei confronti del maestro:

Mentre gli ultimi fogli di questo lavoro andavano in stampa, moriva ad Heidelberg Georg Jellinek. Io ebbi la fortuna di poter far parte dei suoi allievi. Ciò che egli rappresenta per la scienza lo sa chiunque stia in qualche rapporto con la moderna dottrina del diritto pubblico. Quasi ogni pagina di questo libro testimonia il potente influsso da lui esercitato sullo sviluppo della dottrina dello stato. Anche là dove sono pervenuto a risultati diversi da quelli propri del suo magistero, ciò è accaduto in gran parte su vie aperte da lui, sulle quali egli ha camminato per primo quale Maestro inespugnabile. <sup>48</sup>

La prefazione agli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* era una vera e propria «dichiarazione di metodo», nella quale l'autore affermava di aver condotto la sua indagine sul diritto pubblico sulla base di una rigorosa distinzione fra «Essere» (Sein) e «Dover essere» (Sollen), tra «diritto naturale» e «diritto positivo», tra «scienza causale» e «scienze normative». <sup>49</sup>

Nell'opera del 1911 Kelsen desiderava approfondire e rafforzare tali distinzioni, separando, all'interno della stessa scienza del diritto, «l'essere e il dover essere, la considerazione esplicativa e quella normativa [...] richiedendo per questa disciplina una considerazione puramente normativa», dove per «normativa» egli intendeva la capacità del sapere giuridico di spiegare le norme di diritto positivo, che costituiscono la sfera del «Dover essere». <sup>50</sup>

Secondo Kelsen, l'identificazione tra scienza del diritto e scienza normativa gli aveva permesso di tracciare una chiara linea di demarcazione tra questa, da un lato, e la psicologia, il giusnaturalismo, la sociologia e la sociologia del diritto dall'altro. <sup>51</sup> L'attacco di Kelsen alle teorie sociologiche del diritto si inseriva all'epoca in un dibattito più ampio. Sociolo-

<sup>47</sup> Sulla critica di Kelsen all'idea dello stato come soggetto dotato di volontà cfr. Cap. 2.

<sup>48</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* (trad. it. di Id., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre der Rechtssätze*), a cura di A. Carrino, Napoli, E.S.I., 1997, p. 14.

<sup>49</sup> Ivi, p. 8.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Ivi, p. 9.

gi e studiosi del diritto come Kantorowicz ed Ehrlich avevano infatti promosso una riforma generale del diritto, per avvicinare il diritto alla sociologia, e per trasformare la scienza giuridica da studio delle parole a sapere dei fatti.<sup>52</sup>

Muovendo dal presupposto che il giusnaturalismo e la sociologia del diritto afferissero alla sfera dell'«Essere» e non a quella del «Dover essere», oggetto specifico della «giurisprudenza», Kelsen osservava che la *Rechtslehre* doveva occuparsi esclusivamente delle «norme di diritto positive», della loro *forma*:

La peculiarità del fine conoscitivo del mio lavoro consiste nel fatto che esso non vuole travalicare un modo di considerazione puramente formale delle norme giuridiche perché, secondo la mia opinione, è in questa limitazione che risiede l'essenza del modo di considerazione formale-normativo della giurisprudenza. [...] Bisogna che io rinunci a capire quelle obiezioni che non avvertono l'esigenza formale-teoretica di concetti giuridici fondamentali stabili: il mio lavoro serve solo a bisogni teoretici, non pratici, e solo attraverso la speculazione formale questo fine può essere raggiunto.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> R. Treves, *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Kelsen*, in H. Kelsen-R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, a cura di S. L. Paulson, Napoli, ESI, 1992, pp. 164-165. Kelsen fu coinvolto in una lunga polemica con Ehrlich sul significato e sullo status epistemologico della sociologia del diritto. Tra il 1913 e il 1914, la rivista «Die Geisteswissenschaften» pubblicò la *Soziologie des Rechtes (Sociologia del diritto)*, con cui Ehrlich proponeva di trasformare la scienza del diritto in una branca della scienza della società. Kelsen rispose con *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie (Una fondazione della sociologia del diritto)* (1915), dove accusava la sociologia del diritto di travisare totalmente il senso e il significato del sapere giuridico e del diritto. Ehrlich affidò la sua «replica» a un breve scritto, *Entgegnung*, apparso sull'«Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik» nel 1916, al quale Kelsen si oppose nuovamente con una serie di *Repliken*, anch'esse pubblicate per l'«Archiv», che ribadivano, in toni particolarmente aspri, le precedenti critiche alla sociologia del diritto. G. Ehrlich, *Sociologia del diritto*; H. Kelsen, *Una fondazione della sociologia del diritto*; G. Ehrlich, *Replica* (1916); H. Kelsen, *Replica* (1916); Id., *Conclusioni* (1916-1917), tutte in G. Ehrlich-H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1992. Sulla diatriba tra Kelsen, da un lato, e Ehrlich e Kaufmann, dall'altro cfr. A. Carrino, *Stato, società e ragione*, intr. a G. Ehrlich-H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 15-32; Id., *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, ESI, 1992, pp. 243-269; pp. 315-329. R. Treves, *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Kelsen cit.*, p. 165.

<sup>53</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico cit.*, p. 11.

La distinzione posta negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* tra «Essere» e «Dover essere», tra «Fatto» e «Norma», tra scienze causali e scienze normative rappresentava una parte essenziale della critica di Kelsen a Jellinek. Il giovane studioso criticava il maestro per non essersi attenuto con rigore a queste differenziazioni, e quindi per aver concepito lo stato come persona dotata di diritti, con una propria volontà e produttrice del diritto; gli rimproverava di aver attribuito allo stato caratteristiche e funzioni che appartenevano alla sfera dell'«Essere», alla realtà empirica, piuttosto che a quella normativa e ideale del «Dover essere». <sup>54</sup> Nell'analisi di Kelsen, l'«errore» di Jellinek, e della tradizione di pensiero da lui incarnata, consisteva nel non aver compreso l'essenza dello stato che, secondo gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, era quella di un «ordinamento giuridico-normativo», e in quanto tale era oggetto di analisi per la «giurisprudenza». <sup>55</sup>

Con la identificazione tra stato e ordinamento giuridico-normativo veniva a cadere anche il concetto di «autolimitazione» che, secondo Kelsen, scaturiva dall'aver attribuito alla volontà dello stato un carattere «psichico ed umano» che essa non possedeva. <sup>56</sup> Gli «errori» del maestro Jellinek derivavano essenzialmente da una impostazione metodologica che, secondo Kelsen, era sbagliata.

L'aspetto metodologico risultava dunque centrale nell'opera del 1911 e a tale esigenza Kelsen sacrificava una definizione maggiormente esauritiva e sistematica dello stato come ordinamento giuridico-normativo. <sup>57</sup>

## 1.2. Dalla dottrina giuridica al pensiero democratico (1911-1920)

Nei primi anni '20 Kelsen si dedicò prevalentemente all'attività didattica, riunendo attorno a sé un circolo di brillanti studenti, tra i quali spiccavano i nomi di Walter Heinrich, Fritz Sander, Adolf Merkl e Felix Kaufmann. <sup>58</sup>

Alla fine della prima guerra mondiale, l'amico e Cancelliere social-

<sup>54</sup> Ivi, p. 375 ss.

<sup>55</sup> Ivi, p. 378.

<sup>56</sup> Ivi, p. 448-449.

<sup>57</sup> M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Comunità, 1981, pp. 28-30. Il saggio di Losano individua con grande puntualità le aporie concettuali degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* dal punto di vista della filosofia del diritto.

<sup>58</sup> Su Kelsen giurista negli anni della prima guerra mondiale cfr. E. Rabofsky, *Hans Kelsen im Kriegseinsatz der k.u.k. Wehrmacht*, Wien, Sahrkamp, 1989.

democratico del primo governo provvisorio d'Austria, Karl Renner, lo convocò nella «Sottocommissione per gli affari costituzionali» come consulente per la preparazione della nuova costituzione promulgata nel 1920.<sup>59</sup> Proprio in quello stesso anno, veniva pubblicato *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre* (Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo ad una dottrina pura del diritto);<sup>60</sup> nel sottotitolo dell'opera compariva per la prima volta il termine «reinen Rechtslehre».<sup>61</sup> Dopo aver ribadito che la dottrina del diritto doveva essere rigorosamente normativa, Kelsen approfondiva il problema della sovranità, definendo quest'ultima «la qualità di un particolare ordinamento giuridico», lo stato.<sup>62</sup> Tale «qualità» consisteva nella relazione che all'interno dell'ordinamento-stato si instaurava tra «norme superiori» e «norme inferiori», dove le seconde discendevano dalle prime.<sup>63</sup>

Come puntualizza Riccobono, la sovranità diventava in Kelsen una «relazione normologica tra inferiore e superiore».<sup>64</sup> Tale «relazione» si fondava poi su una Norma fondamentale la *Grundnorm*, che afferiva alla sfera del «Dover essere». Essa era una sorta di suprema regola logico-formale che, non posta dalle altre norme, determinava il rapporto tra queste.<sup>65</sup>

<sup>59</sup> Sul rapporto tra Karl Renner e Hans Kelsen cfr. Cap. 4; sul contributo di Kelsen al processo costituente austriaco cfr. Cap. 5.

<sup>60</sup> R. A. Metall, *op. cit.*, pp. 29-30. La mancanza in tutta l'Austria tedesca di una rivista scientifica di diritto pubblico convinse Kelsen a fondare nel 1914, con la collaborazione di alcuni colleghi, la «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht». Studioso dai molteplici incarichi e contatti, Kelsen era inoltre legato al Museo del Commercio di Vienna dove, nel 1913, divenne professore aggiunto di diritto commerciale e di diritto costituzionale e amministrativo. Ivi, pp. 18-19.

<sup>61</sup> R. A. Metall, *op. cit.*, p. 71.

<sup>62</sup> H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo ad una teoria pura del diritto* (trad. it di Id., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*), a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 17 ss.

<sup>63</sup> Ivi, pp. 155 ss.

<sup>64</sup> F. Riccobono, *Le due nature del concetto kelseniano di sovranità*, in *Kelsen e il problema della sovranità*, a cura di A. Carrino, Napoli, E.S.I., 1990, pp. 131-132; V. Frosini, *Kelsen e le interpretazioni della sovranità*, in *Kelsen e il problema della sovranità* cit., pp. 25-27; E. Bulygin, *Norme, validità sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 190-192.

<sup>65</sup> H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo ad una teoria pura del diritto* cit., pp. 155-176.

In altri termini, la sovranità appariva «ideale» perché consisteva in una relazione tra norme di grado diverso e «relativa» perché quella stessa relazione normologica si basava su una Norma fondamentale, presupposta come valida dal soggetto che conosce.<sup>65</sup> L'opera del 1920 completava così la «rottura» teorica tra Kelsen e Jellinek, iniziata con gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*: come sintetizza Quagliani, all'idea di sovranità quale «soggettività di comando» veniva a sostituirsi una «norma di carattere obiettivo».<sup>67</sup>

All'anno di pubblicazione di *Das Problem der Souveränität* risaliva anche la prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* (*Vom Wesen und Wert der Demokratie*), il saggio dedicato alla definizione e alla tutela della democrazia parlamentare, che sarebbe stato nuovamente edito in versione ampliata nel 1929.<sup>68</sup> Passato alla storia del pensiero giuridico come uno studioso tutto dedito a separare il diritto, lo stato e il concetto di sovranità dalla politica, dalla storia e dalle concrete problematiche sociali, Kelsen fu, in realtà, un attento osservatore della realtà del suo tempo, dei pericoli e delle sfide che essa poneva, e il breve scritto del 1920 ne è una chiara testimonianza. In poco meno di quaranta pagine Kelsen esaminava le componenti essenziali della democrazia-parlamentare: il ruolo del parlamento, il principio rappresentativo, la differenza tra la democrazia rappresentativa e i regimi liberali, la difesa dei diritti di libertà.<sup>69</sup>

<sup>66</sup> F. Riccobono, *Le due nature del concetto kelseniano di sovranità* cit., pp. 131-136; cfr. W. Hebeisen, *op. cit.*, p. 178; H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1986, pp. 42-43; A. Carrino, *Presentazione a H. Kelsen, Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo ad una teoria pura del diritto* cit., pp. XIII-XX; Id., *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen* cit., p. 96 ss. Sulla Norma fondamentale e sul suo carattere ideale e relativo cfr. l'acuto intervento di G. Stella, *Ernst Mach, Hans Kelsen, Edmund Husserl*, in *Kelsen e il problema della sovranità* cit., in particolare pp. 144-147; Id., *Stato e scienza. I fondamenti epistemologici della dottrina pura del diritto*, Napoli, E.S.I., 1997, pp. 22-29 e la sintetica ma efficace spiegazione contenuta in C. M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 24 ss.

<sup>67</sup> D. Quagliani, *La sovranità* cit., p. 101; cfr. A. Carrino, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen* cit., p. 281; pp. 286-287.

<sup>68</sup> Nel 1925 Kelsen avrebbe dato alle stampe un'altra breve opera dedicata al problema del parlamentarismo (*Das Problem des Parlamentarismus*), ora contenuta in H. Kelsen, *La democrazia* cit.

<sup>69</sup> H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J. B. C. Mohr, Paul Siebeck, 1920 pp. 3-38.

Nei semestri estivi del 1922 e del 1924 Kelsen ribadì le idee espresse in *Essenza e valore della democrazia* con una serie di lezioni dedicate a questo tema.<sup>70</sup> Nell'Europa del primo dopoguerra, l'instabilità sociale e politica, la crisi economica provocata dal conflitto mondiale si erano trasformati in un brodo di coltura per movimenti antisistema,<sup>71</sup> contro i quali Kelsen prese le difese della democrazia, poiché caratterizzata, a suo giudizio, da una *Weltanschauung* critico-relativistica, propensa ad offrire a chiunque la possibilità di esprimere il proprio pensiero e convinzioni.<sup>72</sup>

Il profondo interesse di Kelsen per la democrazia è inoltre efficacemente testimoniato da due brevi interventi *Zur Soziologie der Demokratie* (*Sociologia della democrazia*) e *Demokratie* (*Democrazia*) pubblicati, rispettivamente, nel 1926 e nel 1927. In entrambi i contributi, Kelsen individuava la discrepanza tra l'ideale (anarchico) della libertà e la realtà, caratterizzata dalla insuperabile dicotomia tra governanti e governati. Kelsen riteneva, però, che lo iato tra piano ideale e piano reale della democrazia potesse essere risolto nella pratica della elezione democratica, grazie alla quale i cittadini sceglievano i propri governanti ed esercitavano una forma di controllo sul loro operato.<sup>73</sup> Entrambi questi temi sarebbero ricomparsi nella seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia* (1929), con cui Kelsen avrebbe sottolineato in maniera particolarmente forte il tema della libertà politica e civile, la necessità di garantire i diritti e le libertà individuali quali presupposti della democrazia e delle sue stesse procedure di creazione della volontà statale.<sup>74</sup>

<sup>70</sup> R. A. Metall, *op. cit.*, pp. 38-39.

<sup>71</sup> S. Mastellone, *Storia del pensiero politico europeo, secoli XIX-XX*, Torino, UTET, 2002, p. 124 ss.; G. Bedeschi, *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, Laterza, 1993, pp. 255-256; B. Sordi, *Tra Vienna e Weimar*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 320-344.

<sup>72</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929) cit., pp. 43-45; cfr. S. Goyard-Fabre, *La pensée politique de Hans Kelsen*, Centes de Publications de l'Université de Caen, Caen, 1990, pp. 175-178.

<sup>73</sup> H. Kelsen, *Sociologia della democrazia* (trad. it. di Id., *Zur Soziologie der Demokratie*), in Id., *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 67 ss (la versione tedesca di questo saggio, originariamente apparso sulle pagine di «Der österreichische Volkswirt», è ora contenuta in *Die Wiener Rechts-theoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 Bd., Wien, Europa Verlag, 1968, in particolare pp. 1735-1757); H. Kelsen, *Demokratie Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29. September 1926*, pubblicato come volume autonomo nel 1927 da Paul Siebeck, ora in *Die Wiener Rechts-theoretische Schule...*, 2 Bd cit., pp. 1754-1761.

<sup>74</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929) cit., pp. 105-109; pp. 146-152.

L'idea della democrazia come mezzo per formare la volontà dello stato e, in particolare, per selezionare la classe dirigente sarebbe stata ampliata da Kelsen nelle *Foundations of Democracy*, pubblicate nel 1955, quando il giurista viveva negli U.S.A. da quasi quindici anni.<sup>75</sup>

Il saggio "americano" rappresentava anzitutto una critica serrata a quelle concezioni che avevano preteso di spiegare e legittimare la democrazia sulla base di contenuti valoriali. Kelsen attaccava i tentativi della teologia cattolica, protestante e del giusnaturalismo di giustificare la democrazia sulla base di valori morali, ritenuti universalmente validi. Contro coloro, in particolare l'economista Friedrich von Hayek, che difendevano il necessario collegamento tra democrazia e capitalismo, Kelsen osservava che la democrazia, quale «procedura politica», non aveva connessioni specifiche né con l'economia pianificata di matrice sovietica, né con quella liberista.<sup>76</sup>

La letteratura critica che si è occupata del "Kelsen politico" ha particolarmente sottolineato il carattere *procedurale* del pensiero kelseniano sulla democrazia; essa, però, non ha sempre evidenziato, con altrettanta forza, come quelle procedure venissero determinati costrutti, in particolare il valore della libertà. E questo, a nostro giudizio, rappresenta uno dei collegamenti concettuali più forti tra le due edizioni di *Essenza e valore della democrazia* e le *Foundations of Democracy*.

Parallelamente alle opere dedicate alla democrazia, Kelsen si cimentava con la teoria marxista dello stato.<sup>77</sup> Nel 1920 veniva pubblicato

<sup>75</sup> H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia* cit. Si veda a proposito l'intero capitolo iniziale "Democrazia e filosofia". Per un parere differente sul rapporto tra le prime opere kelseniane dedicate alla democrazia e il saggio del 1955 cfr. M. Barberis, *Introduzione* cit., p. 28.

<sup>76</sup> H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia* cit., pp. 276-333; pp. 335-391.

<sup>77</sup> Sulle carenze del Kelsen "critico del marxismo" esistono contributi puntuali ed esaurienti, tra i quali ricordiamo R. Quastini, *Kelsen critico del marxismo*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. Roehrsen, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 1983, p. 141 ss.; Id., *Introduzione a H. Kelsen, La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, Milano, Il Saggiatore, 1981, pp. 7-36; F. Raccobono, *Kelsen e la teoria politica del marxismo*, «Rivista di storia contemporanea», 1, 1980, pp. 66-72; F. Russo, *Kelsen e il marxismo. Democrazia politica e socialismo*, Firenze, La Nuova Italia, 1976, p. 179 ss. Per un inquadramento generale della critica kelseniana al pensiero marxista cfr. N. Leser, *Sozialismus zwischen Relativismus und Dogmatismus. Aufsätze im Spannungsfeld von Marx und Kelsen*, Freiburg, Rombach Hochschut, Paperbach, 1974.

*Sozialismus und Staat* (*Socialismo e Stato*), con cui Kelsen attaccava l'idea marxista dello stato come dominio di classe, che, a suo giudizio, travisava l'essenza giuridico-normativa dello stato.<sup>78</sup>

Nei primi anni '20, Kelsen intrecciò l'interesse per la dottrina democratica e marxista con lo studio della psicoanalisi. Il 30 novembre 1921 Freud invitò Kelsen a tenere una relazione sul «concetto dello stato e della psicologia della massa» alla Wiener Psychoanalytischen Gesellschaft. Alcuni mesi più tardi la relazione fu pubblicata sulle pagine della rivista «Imago», col titolo di *Der Begriff des Staates und die Soziopsychologie mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse* (*Il concetto di stato e la sociopsicologia con particolare attenzione alla teoria delle masse di Freud*).

Nel testo del 1921 Kelsen studiava il rapporto tra massa e stato da un punto di vista psicoanalitico,<sup>79</sup> gran parte delle riflessioni proposte nell'articolo sarebbero ricomparse un anno dopo in *Der juristische und soziologische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht* (*Il concetto di stato giuridico e sociologico. Analisi critica del rapporto tra stato e diritto*), in cui Kelsen sosteneva che la comunità (*Gemeinschaft*) si trasformava in stato, nel momento in cui essa si riferiva ad un ordinamento giuridico.<sup>80</sup>

Gavazzi ritiene che esista un parallelo tra le posizioni kelseniane circa lo stato e quelle freudiane sulla massa. Freud aveva affermato che lo stato nasceva quando la massa informe si sottometteva ad un «capo» che, in Kelsen, secondo Gavazzi, veniva sostanzialmente identificato con l'ordinamento giuridico.<sup>81</sup> L'influenza esercitata da Freud su Kelsen, sottoli-

<sup>78</sup> H. Kelsen, *Sozialismus e stato* (trad. it di Id., *Sozialismus und Staat*), a cura di R. Racinaro, Bari, De Donato, 1978, p. 51 ss, p. 170 ss.

<sup>79</sup> R. A. Metall, *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>80</sup> R. Racinaro, *Hans Kelsen e il dibattito sulla democrazia e sul parlamentarismo negli anni 20 e 30*, in: H. Kelsen, *Sozialismus e stato* cit., p. XL.

<sup>81</sup> G. Gavazzi, *Introduzione* cit., pp. 29-31. Una testimonianza meno conosciuta della collaborazione tra Kelsen e Freud è il breve saggio *Die platonische Liebe* (*L'amore platonico*) apparso nel 1933 sulla rivista «Imago». L'articolo era suddiviso in due parti, la prima dedicata alla descrizione del dissidio interiore provocato in Platone dalla propria omosessualità; la seconda parte analizzava il concetto platonico di potere come amoroso dominio che, secondo Kelsen, era strettamente collegato all'«eros platonico». V. Frosini, *Kelsen e Platone*, in Id., *Saggi su Kelsen e Capograssi, due interpretazioni del diritto* cit., pp. 70-72.

neata dallo studioso italiano, emerge anche dal saggio kelseniano *Gott und Staat* (*Dio e stato*), pubblicato nel 1923, in cui, richiamandosi a *Totem und Tabu* di Freud (1920), il giurista precisava che in democrazia il «rapporto di subordinazione» era «sublimato» dall'investitura popolare del «capo». In *Gott und Staat* compariva nuovamente un riferimento alla democrazia e a quello che Kelsen riteneva fosse uno dei suoi aspetti più importanti e problematici, il rapporto tra governati e governanti.

Ma proprio questo riferimento, nel contesto di un'opera fortemente influenzata dalla lezione freudiana, testimonia come e quanto gli interessi di Kelsen non coincidessero e non si limitassero soltanto alla dottrina giuridica e alle problematiche di teoria del diritto.

### 1.3. Dalla seconda edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* alla querelle con Carl Schmitt (1923-1934)

Dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* sino a *Das Problem der Souveränität*, Kelsen aveva dunque teorizzato una dottrina del diritto che mantenesse separato l'ambito dell'«Essere» da quello del «Dover essere» e che analizzasse le norme di diritto positivo. È necessario attendere la Prefazione alla seconda edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* del 1923, affinché il giurista esplicitasse i modelli teorici cui si era riferito nella elaborazione della sua *Rechtslehre*.<sup>82</sup> Nella nuova Prefazione, Kelsen ribadiva che:

il fine cui sono rivolti i *Problemi fondamentali* e che da allora ha determinato anche tutti gli altri miei lavori è una *dottrina pura del diritto* come teoria del *diritto positivo*. Già nella mia prima opera ho cercato di assicurare in un duplice senso la purezza della dottrina ovvero [...] l'autonomia del diritto come oggetto di conoscenza scientifica.<sup>84</sup>

La rivendicazione della «autonomia del diritto come oggetto di conoscenza scientifica» implicava rinnovare, a distanza di dodici anni dalla

<sup>82</sup> H. Kelsen, *Dio e stato* (trad. it di Id., *Gott und Staat*), in Id., *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1988, pp. 137-144. Questo stesso concetto sarebbe ricomparso, ad esempio, nella seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia*. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929) cit., pp. 134-135.

<sup>83</sup> La seconda edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* è identica alla prima; l'unica novità è costituita dalla Prefazione.

<sup>84</sup> H. Kelsen, Prefazione alla seconda edizione di Id., *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 18.

prima edizione dell'opera, la critica alla corrente sociologica e a quella giusnaturalistica, accomunate, secondo Kelsen, dalla incapacità di distinguere il piano dell'«Essere» da quello del «Dover essere», «per cui ciò che nei *Problemi fondamentali* innanzi tutto conta è di determinare l'autonomia del diritto rispetto alla natura o ad una realtà sociale determinata a mo' di natura». <sup>85</sup> In altri termini, nella introduzione alla edizione del '23 Kelsen sottolineava che:

la norma, come giudizio di dovere, si contrappone alla legge naturale, e la proposizione giuridica qualificata come norma si contrappone alla speciale legge causale della sociologia. <sup>86</sup>

Nelle pagine introduttive alla seconda edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen citava le "fonti" della sua dottrina del diritto e dello stato. Egli affermava di essersi in parte ispirato al neocriticismo di Windelband per quanto riguardava la distinzione tra «Essere» e «Dover essere». Ma riconosceva che il suo maggiore debito intellettuale era verso il neokantismo di Hermann Cohen. <sup>87</sup> Alla base dell'opera del filosofo neokantiano vi era l'idea che il metodo della conoscenza fosse in grado di determinare il proprio oggetto, idea che ricompariva nella *Prefazione* alla seconda edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, in cui Kelsen sosteneva che, grazie alla *Ethik des reinen Willens* (*Etica della volontà pura*) di Cohen, aveva compreso come lo stato fosse solo ed esclusivamente diritto, poiché esso veniva studiato dalla scienza del diritto. <sup>88</sup>

È stato grazie alla interpretazione che di Kant ha dato Cohen, particolarmente nella sua *Etica della volontà pura*, che ho potuto raggiungere il decisivo punto di vista epistemologico a partire dal quale soltanto era possibile considerare in maniera corretta i concetti di stato e di diritto. Una recensione dei miei *Problemi fondamentali* sulle "Kant studien" e nella quale si riconosceva quest'opera come un tentativo di applicare il metodo trascendentale alla scienza

<sup>85</sup> Ivi, pp. 17-18.

<sup>86</sup> Ivi, p. 18.

<sup>87</sup> Nel 1912 Kelsen aveva letto sulle «Kant Studien» una recensione nella quale gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* erano ritenuti fortemente influenzati dal neocriticismo di Hermann Cohen. Solo nel 1923, Kelsen avrebbe precisato la portata "reale" del suo rapporto col neocriticismo di Cohen. M. G. Losano, *Introduzione a H. Kelsen, La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990, p. 14.

<sup>88</sup> H. Kelsen, *Prefazione cit.*, p. 30.

giuridica, aveva attirato la mia attenzione sui forti paralleli esistenti tra il mio concetto di volontà giuridica e le tesi, fino allora a me ancora ignote, di Cohen. Da allora in poi mi apparve, come sicura conseguenza della posizione epistemologica fondamentale di Cohen [...] che lo stato, in quanto è oggetto di conoscenza giuridica, può essere solo diritto. <sup>89</sup>

Richiamandosi all'opera di Cohen, Kelsen concludeva che l'oggetto della conoscenza mutava in base al metodo di indagine adottato:

Solo a partire dalla posizione epistemologica che porta alla comprensione della unità di stato e diritto si arriva anche al più completo superamento della così detta *teoria dei due lati*, secondo la quale lo stato sarebbe da un lato una realtà sociale naturale, esistente nel mondo dell'essere causalmente determinato, e dall'altro un'entità giuridica, una persona giuridica, oggetto quindi di due modi di considerazione metodologicamente completamente diversi, di una dottrina sociale scientifico-causale e di una dottrina del diritto normativa. La tesi sostenuta, già nei *Problemi fondamentali*, della «natura totalmente giuridica dello stato» si consolida logicamente solo nel principio secondo il quale uno stesso oggetto di conoscenza non può essere determinato attraverso due metodi conoscitivi quali sono la considerazione causale dell'essere e la considerazione normativa del dovere, conformemente ai presupposti completamente diversi l'uno dell'altro. <sup>90</sup>

In tal senso, Kelsen rigettava l'idea che esistesse «la cosa in sé», una realtà ontologicamente indipendente dal soggetto che conosce e dotata di qualità e caratteristiche proprie. <sup>91</sup> La maggior parte della letteratura criti-

<sup>89</sup> *Ibidem*

<sup>90</sup> Ivi, p. 33.

<sup>91</sup> O. Lepsius, *op. cit.*, p. 342; A. Carrino, *Vita e forma in Kelsen*, intr. a H. Kelsen, *Dio e stato... cit.*, pp. 22-23; F. Todescan, *Diritto e realtà. Storia e teoria della Fictio iuris*, Padova, Cedam, 1979, pp. 370-386. Nella negazione della «cosa in sé» Kelsen non sarebbe stato «debitore» solo nei confronti di Cohen ma anche, come egli stesso ricordava nella *Prefazione*, verso l'opera di Ernst Mach e Otto Vaihinger. Il primo aveva decisamente negato la possibilità per l'uomo di apprendere e indagare la realtà in sé, attribuendo alla scienza il mero compito di estendere l'ambito delle esperienze umane. In *Die Philosophie des Als-Ob* (*La filosofia del come se*) (1911), Vaihinger, che sembrava essersi ispirato alle tesi di Mach, negava perfino per la scienza la possibilità di conoscere l'essenza del reale. R. Treves, *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto*, in H. Kelsen-R. Treves, *op. cit.*, pp. 82-83.

ca<sup>92</sup> ritiene che la stessa concezione politica kelseniana sia stata influenzata dalla lezione neokantiana. Il carattere procedurale della *Demokratielehre* kelseniana è stato così ricondotto a quella negazione della «cosa in sé», di cui Kelsen stesso si sentiva «debitore» nei confronti di Cohen. L'identificazione della democrazia con una serie di procedure è stata infatti attribuita a quello spostamento di attenzione dal *che cosa* noi conosciamo al *come* conosciamo, dal *contenuto* alla *forma* che, per sua stessa ammissione, sarebbe derivato a Kelsen dal neokantismo.<sup>93</sup> Negli ultimi

<sup>92</sup> Sul rapporto tra Kelsen e la scuola neokantiana esiste un'ampia letteratura critica. Riferimenti e cenni alla «filiazione neokantiana» possono essere trovati in: N. Bobbio, *Studi generali sulla teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, 1932; Id., *Dalla struttura alla forma: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977; Id., *Kelsen e il problema del potere*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LVII, 1981, pp. 549-570; Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, ESI, 1992; A. Carrino, *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen* cit. Id., *Vita e forme in Kelsen* cit. Id., *Sistemi normativi statici e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, a cura di L. Gianformaggio, Torino, Giappichelli editore, 1990; E. Bulygin, *op. cit.*, H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit. V. Frosini, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto* cit.; P. Giordano, *Profili della sovranità. Il dibattito giurifilosofico degli anni Venti*, Napoli, Editoriale scientifica, 1996; S. Goyard-Fabre, *Kelsen e Kaut, saggi sulla dottrina pura del diritto* cit.; Id., *La pensée politique de Hans Kelsen* cit.; M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen* cit.; Id., *Introduzione* cit.; H. L. Ollig, *Der Neokantianismus*, Stuttgart, J. B. Metzlersche Verlagbuchhandlung, 1979; M. Paschet, *Einführung in den Neokantianismus, Kantest Grundpositionen. Praktische Philosophie*, München, Wilhelm Fink Verlag, 1997; S. L. Paulson, *Toward a Periodization of the Pure Theory of Law*, in *H. Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, a cura di L. Gianformaggio, Torino, Giappichelli editore, 1992; Id., *Kelsen and the Neo-kantian problematic*, in *Neokantismo, diritto e sociologia*, a cura di A. Catania, M. Fimiani, Napoli, ESI, 1995; G. Perchold, *Hans Kelsen und die Krise der Staatslehre. Eine rechtsphilosophische Untersuchung*, Doktorat Dissertation, National Bibliothek, 1991; P. importante silloge, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento* cit.; R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXIX, 1952, pp. 177-197; Id., *Prefazione a H. Kelsen, La dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, Einaudi, 1952; Id., *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto* cit.; D. Weinberger, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1981.

<sup>93</sup> Per una lettura essenzialmente proceduralista della concezione democratica kelseniana ricordiamo: P. importante silloge *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, hrsg. von E. Topitsch und P. Köller, Berlin, Duncker & Humboldt,

anni, una parte della letteratura sul «Kelsen politico» ha, però, sottolineato con maggiore forza i contenuti di libertà politica e civile che le procedure democratiche teorizzate da Kelsen veicolano, e senza i quali, per l'autore di *Essenza e valore della democrazia*, la democrazia politica sarebbe di fatto irrealizzabile.<sup>94</sup>

La dichiarazione dei «debiti» intellettuali nei confronti del neokantismo costituiva la principale novità della seconda edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Ciò che non era mutato dal 1911 era l'idea di

1982; N. Bobbio, *Stato, governo, società, frammenti di un dizionario politico*, Torino, Einaudi, 1985; Id., *Teoria generale della politica* cit.; H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit.; G. Gavazzi, *Introduzione* cit.; R. Gatti, *Pensare la democrazia, itinerari del pensiero politico contemporaneo*, Roma, A.V.E., 1994; Id., *Il filo spezzato. Ragione e democrazia in Hans Kelsen*, in *Democrazia, ragione, verità*, a cura di R. Gatti, Milano, Massimo, 1994; V. Possenti, *Democrazia e filosofia. Le aporie della fondazione della democrazia in Hans Kelsen*, «Rivista di filosofia neo-scolastica», IV, 1987, pp. 536-557; G. Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957.

<sup>94</sup> Tra i contributi che hanno tentato di proporre un Kelsen non solo e strettamente proceduralista cfr. M. Barberis, *Introduzione* cit.; R. De Capua, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, Roma, Carocci, 2003; C. M. Herrera, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Édition Kimé, 1995; G. Pecora, *La democrazia di Hans Kelsen. Un'analisi critica*, Napoli, ESI, 1992; S. Mastellone, *Storia della democrazia in Europa dal XVIII al XIX secolo*, con intr. di N. Bobbio, Torino, UTET, 2004; N. Matteucci, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, introduzione a H. Kelsen, *Democrazia e cultura*, Bologna, Il Mulino, 1955; Id., *Filosofi politici contemporanei*, Bologna, Il Mulino, 2001. Un discorso a parte merita N. Matteucci: nel 1955, lo studioso italiano pubblicò in edizione critica la seconda *Essenza e valore della democrazia*; in una lucida ed efficace introduzione che, ancora oggi, rappresenta una delle riflessioni migliori e più chiare sul testo kelseniano del 1929, Matteucci coglieva il carattere fortemente liberale della concezione democratica kelseniana. In *Costituzionalismo e positivismo giuridico* del 1963, egli prendeva, però, drasticamente le distanze da quanto affermato nel 1955, identificando Kelsen con un arido positivista disinteressato alla politica. Questo brusco cambiamento è forse riconducibile alla polemica che Matteucci stava conducendo all'epoca contro il positivismo giuridico, e che, molto probabilmente, condizionò la sua stessa percezione del «Kelsen politico». Nel recente *Filosofi politici contemporanei*, Matteucci ha riproposto alcune delle idee esposte nel lontano '55 e, al contempo, alcune delle accuse mosse a Kelsen nel saggio del 1963, come se la sua riflessione sul giurista austriaco fosse «sospesa» tra le due opposte prospettive. Su Matteucci critico del positivismo giuridico cfr. l'articolo di 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», 2, 2000, pp. 387-426.

una scienza del diritto che fosse «positiva», ossia che si occupasse delle norme del diritto positivo, e che mantenesse separato l'ambito dell'«Essere» da quello del «Dove essere».<sup>95</sup>

I concetti esposti in entrambe le edizioni degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* vennero riproposti da Kelsen nella *Allgemeine Staatslehre (Dottrina generale dello stato)* (1925), dove, come ricorda Losano, la concezione dello stato quale realtà giuridico-normativa trovava la sua definitiva esplicitazione.<sup>96</sup> Nel costante tentativo di affrancare lo stato, quale ordinamento giuridico, da riferimenti e connessioni con il mondo empirico dell'«Essere», Kelsen finiva per identificare il concetto di persona con un ordinamento giuridico parziale che apparteneva ad un ordinamento giuridico più ampio, lo stato.<sup>97</sup>

Nel frattempo, gli impegni di Kelsen continuavano ad essere innumerevoli: saggi, conferenze, viaggi, consulenze, il tutto sullo sfondo di un'Europa che nel 1922 aveva assistito all'ascesa del fascismo in Italia e, dopo la crisi economica del 1929, avrebbe spalancato le porte al nazismo. Gli anni compresi tra il 1925 e il 1930 furono ricchi di cambiamenti e difficoltà per Kelsen. La prima riforma costituzionale del '29, che spostava in Austria il baricentro del potere dal parlamento al governo, aveva contribuito ad una involuzione in senso sempre più conservatore del mondo politico e ad un progressivo rafforzamento dell'autorità del partito cristiano-sociale a danno del pluralismo politico. Il clima di ostilità per i docenti non allineati con le posizioni conservatrici era uno degli effetti del lento ma progressivo svuotamento dei contenuti democratici e legalitari della costituzione del 1920.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit., p. 39.

<sup>96</sup> M. G. Losano, *Introduzione* cit., p. XLIV.

<sup>97</sup> H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1997, pp. 158-160. Parallelamente a questioni teoriche, nella *Allgemeine Staatslehre* comparivano riferimenti alla pubblica amministrazione, ai suoi poteri, al fisco, al sistema giudiziario, a testimonianza dell'iniziale intenzione di Kelsen di utilizzare il saggio come manuale per i suoi studenti di legge cfr. M. G. Losano, *Forma e realtà di Kelsen* cit., pp. 45-46. Kelsen ampliò la sua *Rechtslehre* in numerosi scritti, nei saggi quali *Staat als Übermensch (Lo stato come superuomo)* (1926) e *Rechtsgeschichte oder Rechtsphilosophie? (Storia del diritto o filosofia del diritto?)* (1928) a singole analisi quali *Die Bundesexekution (Il potere esecutivo federale)* (1927) e *Die Theorie der Interpretation (La teoria della interpretazione)* (1934).

<sup>98</sup> R. A. Metall, *op. cit.*, pp. 47-50. Sull'involuzione conservatrice della politica austriaca cfr. G. Botz, *Fascismo e autoritarismo, in Il caso Austria, dall'Anschluss*

Isolato dai suoi stessi colleghi a causa delle amicizie che lo legavano all'ambiente socialdemocratico, Kelsen lasciò Vienna nel 1930 per accettare la cattedra di diritto internazionale a Cokoma.<sup>99</sup> Nel triennio trascorso nella città tedesca, Kelsen compendì le principali tesi della sua dottrina del diritto in un breve saggio, pubblicato per la prima volta nel 1934, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Dottrina pura del diritto. Introduzione alla problematica giuridico-scientifica)*, dove lo stato veniva nuovamente identificato col diritto.<sup>100</sup> Il diritto analizzato da Kelsen nel saggio del '34 era il diritto positivo, di cui il giurista voleva individuare la «possibilità» di esistenza e la sua «validità».<sup>101</sup> La *Reine Rechtslehre* si articolava in due parti: «statica» e «dinamica». Nella prima delle due parti venivano ribaditi e approfonditi affermazioni e principi che erano già apparsi negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e nella *Allgemeine Staatslehre*: le norme di diritto positivo erano assimilate completamente alla sfera del «Dover essere», affinché queste fossero distinte dall'«Essere», dalla realtà concreta ed empirica. Tale dicotomia corrispondeva a quella tra «validità» ed «efficacia», nella misura in cui la prima era propria del diritto, mentre la seconda concerneva l'effettivo comportamento dell'uomo.<sup>102</sup> Nella seconda parte dell'opera, Kelsen riproponeva il concetto di Norma fondamentale, definendola come la «categoria logico-trascendentale» su cui poggiava l'intero ordinamento giuridico.<sup>103</sup>

all'era Waldheim, a cura di R. Cazzola e G. E. Rusconi, Torino, Einaudi, 1988; E. Colli, *Fascismo, fascismi*, Firenze, Sansoni, 2000.

<sup>99</sup> R. A. Metall, *op. cit.*, pp. 55-57.

<sup>100</sup> M. G. Losano, *Introduzione* cit., p. XLV.

<sup>101</sup> S. Goyard-Fabre, *Kelsen e Kant...* cit., p. 11.

<sup>102</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (trad. it. di Id., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*), con prefazione di R. Treves, Torino, Einaudi, 2000, pp. 101-103; la recente ristampa italiana della prima dottrina pura del diritto ripropone la prefazione di R. Treves, originariamente scritta nel 1952, in cui lo studioso ripercorreva le tappe salienti della diffusione in Italia della *Reine Rechtslehre*. R. Treves, *Prefazione a H. Kelsen, Lineamenti di dottrina pura del diritto* cit., p. 12 ss. La ristampa contiene in appendice la traduzione in italiano di due saggi kelseniani: *Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, pubblicato nel 1941 per la «Harvard Law Review», e *Causality and Imputation*, apparso nel 1950 per la rivista «Ethics».

<sup>103</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* cit., pp. 98-100.

L'identificazione dello stato in un complesso di relazioni tra norme superiori e inferiori, il rifiuto di immettere nella scienza del diritto elementi naturalistici e psicologici, la separazione del concetto di efficacia da quello di validità erano elementi che avevano caratterizzato la riflessione giuridica di Kelsen sin dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e che, negli anni in cui presero forma e furono esposti, divennero il bersaglio di numerose critiche; tra le più sistematiche, lucide e interessanti furono quelle di Hermann Heller (1891-1933).<sup>104</sup> Nel 1926, il giurista e pensatore politico pubblicava *Die Krise der Staatslehre (La crisi della dottrina dello stato)*, in cui, in aperta polemica con Kelsen, proponeva una dottrina dello stato che riscoprisse il rapporto «fecondo» tra «Fatto» e «Norma», che tornasse ad essere una «scienza sociale empirica», poiché, per Heller, stato e diritto erano «formazioni sociali esistenti che producono effetti psico-sociali» e lo stato non era «un sistema ideale di norme, ma un'associazione fondata sulla autorità».<sup>105</sup> In *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrecht (La sovranità. Un contributo alla teoria dello stato e del diritto internazionale)* del 1927, Heller accusava Kelsen di aver distrutto il concetto stesso di sovranità, identificando quest'ultima con una Norma di carattere ideale, e trasformando così lo stato in un complesso di norme. Secondo Heller, l'errore di Kelsen consisteva nell'aver voluto occultare il problema fondamentale alla base della sovranità: *chi decide che cosa*.<sup>106</sup>

<sup>104</sup> D. Quagliani, *La sovranità* cit., p. 101.

<sup>105</sup> H. Heller, *La crisi della dottrina dello stato* (trad. it. di Id., *Die Krise der Staatslehre*), in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 53-57.

<sup>106</sup> H. Heller, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello stato e del diritto internazionale*, (trad. it. di Id., *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrecht*), in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato* cit., pp. 126-128; 140-143. Sulla concezione helleriana di stato e di diritto (in opposizione a quella kelseniana) cfr. P. Pasquino, *Alcune osservazioni su Hermann Heller*, in: H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato* cit. R. Treves, *La dottrina dello stato in Hermann Heller*, in Id., *Libertà, politica e verità. Saggi vari*, Milano, Comunità, 1962; P. Giordano, *op. cit.* Per una analisi della concezione politica e democratica di Heller cfr. P. Pasquino, *Alcune osservazioni su Hermann Heller*, in Id., *Stato e democrazia in Hermann Heller*, «Transizione», 3, 1985, pp. 123-142; Id., *Democrazia politica ed omogeneità sociale*, «Quaderni piacentini», 10, 1983, pp. 123-137; U. Pomarici, *Postfazione a H. Heller, Stato di diritto o dittatura? E altri scritti*, a cura di U. Pomarici, Napoli, Editoriale scientifica, 1998.

Le critiche di Heller non furono le uniche: negli anni '20 la dottrina kelseniana fu oggetto di numerosi attacchi che ribadivano la connessione tra la sfera dell'«Essere» e le norme di diritto positivo, e la necessità per la scienza del diritto di considerare il loro contenuto storico-politico. Contro la *Reine Rechtslehre*, i critici di Kelsen sostenevano che gli stessi concetti giuridici non erano generalizzazioni logico-formali, bensì elementi connessi con l'idea di scopo, idea rifiutata da Kelsen sin dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* del 1911, nell'ottica di una netta distinzione tra «Norma» e «Fatto».<sup>107</sup>

Lo scontro tra Kelsen e coloro che si opponevano alla sua *Staats- und Rechtslehre* era lo scontro tra due concezioni del diritto completamente differenti, tra le quali non poteva esistere nessuna mediazione. Alle accuse che gli furono rivolte Kelsen si limitò a ribadire, in *Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre (Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto)*, pubblicato nel 1929 per la rivista «Juristische Wochenschrift», che la sua dottrina del diritto voleva analizzare le norme di diritto positivo, comprenderne le caratteristiche, la *forma*, le relazioni che si instauravano tra loro, indipendentemente da fattori storici, politici, etici.<sup>108</sup> Il fine della sua *Rechtslehre* era dunque elaborare una teoria del diritto che:

intende solo rispondere alla domanda: com'è realmente prodotto il diritto, sia esso buono o cattivo, giusto o ingiusto [...] [una] teoria generale del diritto che si occupa del problema di come il diritto può essere in generale prodotto, che è dunque una dottrina del diritto *possibile*. La dottrina pura del diritto è una *teoria del diritto positivo* e non vuole essere altro che questo.<sup>109</sup>

La *Reine Rechtslehre* fu concepita e scritta nelle sue linee essenziali durante il periodo trascorso a Colonia, durante il quale Kelsen fu coinvolto in una aspra polemica con Carl Schmitt sul ruolo e il significato di costituzione.<sup>110</sup> Sullo sfondo della grave crisi politica che da tempo attan-

<sup>107</sup> N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* cit., p. 16 ss. R. Treves, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XIII, 1933, pp. 547-548; Id., *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen* cit., p. 183.

<sup>108</sup> H. Kelsen, *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, in H. Kelsen-R. Treves, *op. cit.*, p. 40.

<sup>109</sup> *Ibidem*

<sup>110</sup> Il primo ciclo di lezioni tenuto nell'ateneo tedesco fu dedicato da Kelsen all'idea di giustizia nella Grecia classica; nel semestre estivo del 1931 il giurista curò un corso sull'«introduzione alla filosofia del diritto» e un secondo sulla «filosofia sociale di Pla-

nagliava la repubblica di Weimar. Schmitt aveva pubblicato nel 1931 *Der Hüter der Verfassung* (Il custode della costituzione), in cui affidava alla figura del presidente della repubblica in quanto rappresentante massimo dall'unità del popolo, il compito di difendere la costituzione e i suoi contenuti democratici.<sup>111</sup> Alcuni mesi più tardi, Kelsen rispondeva con *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Chi dovrebbe essere il custode della costituzione?) (1931), col quale replicava a Schmitt che solo la giustizia costituzionale aveva il diritto di tutelare la costituzione, poiché quest'ultima non era il prodotto della decisione di un soggetto specifico, come il popolo o il presidente della repubblica, bensì di un complesso processo di confronto e compromesso tra le forze politiche.<sup>112</sup>

tona», da cui trasse nel 1933 un breve saggio, pubblicato sulle «Kant Studien» e intitolato *Die platonische Gerechtigkeit*. In seguito ad un invito rivologli dal professor William Rappard, Kelsen tenne una serie di lezioni nel semestre estivo del 1932 presso l'Istituto di Studi superiori internazionali di Ginevra. Nello stesso anno presentò una nuova scrittura, intitolata *Theorie generale du droit international public. Problems choisis*. R. Monaco, *Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento* cit., p. 40.

<sup>111</sup> C. Schmitt, *Il custode della costituzione* (trad. it di Id., *Der Hüter der Verfassung*), a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 215-236. Il custode della costituzione era stato concepito da Schmitt come risposta a *La garantie jurisdictionelle de la constitution* del 1928, con cui Kelsen aveva già chiaramente proposto di affidare la protezione della costituzione alla giurisdizione costituzionale. P. Petta, *Schmitt, Kelsen e il Custode della costituzione*, «Storia e politica», I, 1977, pp. 540-541.

<sup>112</sup> H. Kelsen, *Il custode della costituzione* (trad. it di Id., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*), in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, con premissa di A. La Pergola, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 217-244. Un'altra importante testimonianza della polemica tra i due giuristi sul «Custode della costituzione» fu l'intervento *Verteidigung der Demokratie* (Difesa della democrazia) del 1932, con cui Kelsen difendeva l'eramai debole Repubblica di Weimar, criticando chi (come Schmitt) voleva paragonare l'ordinamento democratico ricorrendo a metodi non democratici. L'impossibilità di rinunciare ai metodi democratici era ribadita da Kelsen in *Staatsform und Weltanschauungen* (Forma dello stato e concezioni del mondo) del 1933, che riproponeva un tema già affrontato in entrambe le edizioni di *Essenza e valore della democrazia*: la contrapposizione fra democrazia come spazio di libertà e tolleranza e l'autocrazia come negazione di quegli stessi principi. La traduzione italiana di *Verteidigung der Demokratie* è contenuta in H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., si vedano in particolare pp. 86-89; la traduzione italiana di *Staatsform und Weltanschauungen* è presente in *La giustizia costituzionale* cit., cfr. p. 47 ss. Sul rapporto tra Kelsen e Schmitt cfr. M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in *Crisi costituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*

Un tema apparentemente giuridico, come la protezione *ad hoc* dell'ordinamento democratico, diveniva nel saggio del 1931 il pretesto per affermare una visione costituzionale della democrazia, a testimonianza dell'interesse di Kelsen per tematiche più propriamente politiche e di pensiero politico.<sup>113</sup> A poche settimane di distanza dall'insediamento del governo nazionalsocialista, Kelsen ricevette la notizia di essere stato sospeso dall'insegnamento a causa della sua presunta vicinanza agli ambienti marxisti.

Nella tarda primavera dello stesso anno Kelsen fu costretto ad abbandonare la Germania per Ginevra, dove ottenne un incarico presso l'Istitu-

to di S. Baume, *Pensée de l'Etat in Carl Schmitt. La Valeur de l'Etat et la Signification de l'Individu*, introduction n. C. Schmitt, *La valeur de l'Etat et la signification de l'individu* (1913), introduction et traduction per S. Baume, Genève, Librairie Droz, 2003; S. L. Paulson, *The Schmitt-Kelsen Dispute on the «Guardian of the Constitution»: the Issue of Subsumption*, «Diritto e cultura», 1995, pp. 169-188; e i più recenti D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, New York, Oxford University Press, 1997; A. Predieri, *Carl Schmitt, un nazista senza coraggio*, 2 voll., Firenze, La Nuova Italia, 1999; M. Caserta, *op. cit.*

<sup>113</sup> Nella polemica con Schmitt, Kelsen riproponeva considerazioni che egli aveva già maturato da tempo. Negli anni successivi alla creazione della Corte costituzionale austriaca (1920), cui Kelsen aveva dato un contributo teorico e teorico molto importante, il giurista aveva pubblicato una serie di interventi sulla protezione per via giurisdizionale della costituzione: *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, «Zeitschrift für schweizerisches Recht» (1923-1924); *Die Bundesreaktion. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung*, in *Festschrift für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag*, Tübingen, Verlag von J. C. Mohr (Paul Siebeck), 1927; *Der Drang zur Verfassungsreform*, «Neue Freie Presse», 6. Oktober 1929; *Die Grundzüge der Verfassungsfrage I, II*, «Neue Freie Presse», 20. Oktober 1929, 30. Oktober 1929; *La garantie jurisdictionelle de la Constitution*, «Revue de droit public et de science politique», XXXV, 1928; *Discussion du rapport de M. Kelsen sur «La garantie jurisdictionelle de la Constitution»*, «Annuaire de l'Institut international de droit public», 1929; *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, «Journal of Politics», 1942. Tutti i saggi qui elencati sono ora presenti in traduzione in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale* cit. La raccolta curata da Geraci non contiene, però, un altro fondamentale testo kelseniano sulla giustizia costituzionale, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, originariamente apparso sulle «Verhandlungen der Deutschen Staatsrechtslehren» nel 1929, ora presente in *Die Wiener rechtstheoretische Schule...*, I Bd cit.

to di studi internazionali.<sup>114</sup> Nel semestre invernale 1933-1934 il giurista si occupò delle fonti del diritto internazionale e nel semestre estivo continuò con un corso sulla «teoria generale dei popoli: problematiche e scelte». Nel 1932 aveva già pubblicato *Theorie des Völkerrechts (Teoria del diritto internazionale)*, nel '34 diede alle stampe *Fragen des völkerrechtlichen Vertragsrechts (Questioni di diritto internazionale)* che precedette di due anni *Das Primat des Völkerrechts (Il primato del diritto internazionale)*.<sup>115</sup> Nel 1933 Kelsen accettò la cattedra di diritto internazionale a Praga e vi rimase fino al 1939; nel '40 egli decise infine di abbandonare definitivamente l'Europa per l'America.<sup>116</sup>

#### 1.4 L'esilio in America e gli studi internazionalistici (1940-1973)

Nel biennio 1940-1942 l'oramai anziano giurista insegnò presso vari istituti universitari per poi trasferirsi definitivamente a Berkeley nel '42. Dopo la fine del secondo conflitto mondiale, Kelsen fu consultato, in qualità di esperto di diritto internazionale, per la preparazione del processo di Norimberga contro i crimini nazisti<sup>117</sup> e, anche se non ufficialmente, per la creazione della Charta dell'ONU.<sup>118</sup> Contemporaneamente all'insegnamento a Berkeley, egli proseguiva l'attività di ricerca: nel 1943 fu dato alle stampe uno studio sociologico *Society and Nature (Società e natura)*,<sup>119</sup> in cui Kelsen ampliava un tema che aveva già analizzato in

<sup>114</sup> Nei primi anni '30 gli interessi scientifici di Kelsen spaziavano dal pensiero dei classici greci (in particolare Platone e Aristotele), come testimonia *Die platonische Gerechtigkeit (La giustizia platonica)* alla teoria politica con *Die Allgemeine Staatslehre im Lichte der materialistischen Geschichtsauffassung (La dottrina generale dello stato alla luce della concezione materialistica della storia)*.

<sup>115</sup> R. A. Metall, *op. cit.*, pp. 60-65.

<sup>116</sup> Ivi, 75-76.

<sup>117</sup> Sul tema cfr. G. Ginsburg-V. N. Kudriavtsev, *The Nuremberg Trial and the International Law*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1990.

<sup>118</sup> Alla notizia che la sede dell'ONU sarebbe stata in America, Kelsen scrisse un "memorandum" per il Dipartimento di Stato americano, in cui proponeva di istituire un United States Institute of International Studies che avrebbe dovuto formare personale qualificato per l'ONU, attraverso l'insegnamento della politica internazionale, della macroeconomia, del diritto internazionale. R. A. Metall, *op. cit.*, pp. 77-81.

<sup>119</sup> L'interesse di Kelsen per il rapporto tra natura e società era già apparso in *Gott und Staat* del 1923. Nel 1936, all'Istituto di filosofia del diritto e di sociologia di Ginevra, Kelsen aveva letto un intervento, intitolato *L'âme et le droit. Morale et moeurs*, in cui erano stati anticipati temi che sarebbero ricomparsi proprio in *Society and Nature*.

numerosi contributi: il concetto di causalità e la contrapposizione tra diritto naturale e diritto positivo.<sup>120</sup> In *Society and Nature*, Kelsen ribadiva che l'errore dei teorici del diritto naturale era di attribuire ai propri giudizi e opinioni un carattere di assolutezza che essi non possedevano.<sup>121</sup> Il saggio pubblicato in America fu oggetto di numerose critiche, perché ritenuto superficiale e approssimativo,<sup>122</sup> ma, al di là dei cattivi giudizi, esso proponeva una serie di considerazioni che sarebbero state in parte riutilizzate da Kelsen per analizzare la teoria bolscevica del diritto e dello stato in due opere fondamentali come *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis (La teoria politica del bolscevismo. Una analisi critica)* (1948) e *The Communist Theory of Law and State (La teoria comunista di diritto e stato)* (1955). Il saggio del 1948 conteneva anzitutto una esposizione critica della dottrina marxista dello stato; riallacciandosi alle tesi esposte vent'anni prima in *Sozialismus und Staat*, Kelsen si proponeva di "smontare" dal suo interno il sistema marxista, cercando di dimostrare come esso non fosse un sapere avalutativo e scientifico bensì una ideologia, anche se molto ben mascherata.<sup>123</sup> Come sottolinea Guastini, ciò che

re. R. Treves, *Society and Nature nell'opera di Kelsen*, intr. a H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica* (trad. it. di Id., *Society and Nature*), con prefazione di R. Treves, Milano, Bollati Boringhieri, 1992, p. 3.

<sup>120</sup> H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica cit.*, p. 84 ss; pp. 379-398. Questo tema era già comparso nella prima edizione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, nella *Reine Rechtslehre* e in contributi "minori" come *Die Idee des Naturrechts (L'idea del diritto naturale)*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», 7 Bd, 1927-1928, e in *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Philosophische Vorträge (I fondamenti filosofici del diritto naturale e del positivismo giuridico)*, Charlottenbourg, Paul Verlag Ralf Heise, 1928; questi ultimi due scritti sono ora contenuti in *Die Wiener rechtstheoretische Schule...* 1 Bd cit.

<sup>121</sup> H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica cit.*, pp. 17-28; pp. 379-398; p. 399 ss. Sulla critica alla "ideologia" del diritto naturale in *Society and Nature* cfr. S. L. Paulson, *Kelsen teorico politico*, «Diritto e cultura», 2, 1994, p. 132 ss.

<sup>122</sup> Sulla ricezione di *Society and Nature* in America cfr. S. L. Paulson, *Die Rezeption Kelsens in Amerika*, in *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, a cura di O. Neinberger, W. Krawietz, Wien, New York, Springer Verlag, 1988, p. 179 ss.

<sup>123</sup> H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato cit.*, p. 132. Questo aspetto è sottolineato efficacemente da R. Guastini, *Introduzione a H. Kelsen, La teoria politica del bolscevismo e altri saggi del diritto e dello stato cit.*, p. 7 ss; cfr. G. Crinella, *Norme e valori in Kelsen*, Urbino, Quattroventi, 1997, p. 17ss.

accominava i saggi del 1948 e del 1955 era l'idea che il marxismo avesse rivendicato un carattere di scientificità e obiettività che esso non possedeva, dato che, secondo Kelsen, tale dottrina scaturiva sostanzialmente dal bisogno di contrapporre alla deprecata società borghese il fine nobile e positivo di una società di uomini liberi e uguali.<sup>124</sup>

La critica al presunto carattere «etico» del pensiero marxista si inseriva in una riflessione più generale che recuperava temi già sviluppati in *Socialismus und Staat*, contro la dottrina politica bolscevica, Kelsen riaffermava con forza l'impossibilità di superare il carattere inevitabilmente costrittivo dello stato.<sup>125</sup>

Neppure la dottrina giuridica sovietica sfuggì agli attacchi di Kelsen.<sup>126</sup> In risposta ai giuristi sovietici che identificavano il diritto con gli interessi della classe egemone, Kelsen osservava in *The Communist Theory of Law and State* che, nel corso della storia, il diritto non aveva tutelato solo le posizioni di potere della *riding class*, ma che era stato più volte utilizzato come strumento di emancipazione sociale e politica delle classi meno abbienti.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> R. Guastini, *Kelsen critico del marxismo* cit., pp. 137-138.

<sup>125</sup> H. Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato* cit., p. 53 ss; Id., *Il diritto è una speciale tecnica sociale* (trad. it di Id., *The Law as a Special Social Technique*), in *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato* cit., pp. 99-104; Id., *Diritto, stato e giustizia nella teoria pura del diritto* (trad. it di Id., *Law State and Justice in the Pure Theory of Law*), in Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato* cit., pp. 148 ss. Gli ultimi due apparvero in lingua inglese, rispettivamente, sulla «University of Chicago Law Review» nel 1941 e sullo «Yale Law Journal» nel 1948. Sul carattere «costrittivo» dello stato nel pensiero di Kelsen cfr. l'efficace B. Celano, *La teoria del diritto in Hans Kelsen*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 112-117.

<sup>126</sup> H. Kelsen, *La teoria comunista del diritto* (trad. it di Id., *The Communist Theory of Law*), con nota introduttiva di G. Treves, Torino, Edizioni di Comunità, 1956, pp. 95-119, p. 119-139; pp. 181-207.

<sup>127</sup> Ivi, p. 71 ss cfr. R. Guastini, *Kelsen critico del marxismo* cit., pp. 145-147. Alle critiche di Kelsen contro la dottrina sovietica del diritto, rispose il giurista Vyshinsky che vedeva nella dottrina pura del diritto l'espressione del dominio borghese. L'ostilità fu pienamente reciproca: Kelsen definì le opere di Vyshinsky pseudo-scientifiche, prodotto di una scuola giuridica che accusava quelle occidentali di essere la cassa di risonanza degli interessi dei capitalisti, quando essa lo era, nei fatti, del regime sovietico. N. Bobbio, *Studi generali sulla teoria del diritto* cit., p. 101.

Le critiche di Kelsen avevano un duplice scopo: da un lato, delegittimare la scuola giuridica sovietica in quanto frutto della dottrina giuridica marxista e, dall'altro, ribadire, contro di essa, la *dottrina pura del diritto*. I saggi dedicati alla teoria politica del bolscevismo apparvero in un periodo particolarmente fecondo per l'attività scientifica di Kelsen: dopo innumerevoli modifiche contenutistiche e formali, nel 1945 vide per la prima volta la luce la *General Theory of Law and State* (*Teoria generale del diritto e dello stato*), che nel «periodo americano» fu tanto importante quanto lo era stata la *Reine Rechtslehre* per quello europeo. Nella *General Theory of Law and State* il rapporto tra stato e diritto veniva analizzato sulla base dei risultati raggiunti nella prima edizione della *Reine Rechtslehre*.<sup>128</sup> Treves ritiene, però, che sarebbe riduttivo concepire l'opera del 1945 come una mera riproposizione di quella apparsa nel 1934.<sup>129</sup> La maggiore differenza tra le due emerge, a suo giudizio, dalla nuova prospettiva con cui Kelsen definiva il rapporto tra sociologia del diritto e scienza del diritto. Diversamente dalla *Reine Rechtslehre*, Kelsen ammetteva l'esistenza di una pluralità di scienze del diritto, nella quale faceva rientrare anche la sociologia del diritto.<sup>130</sup> Treves riconduce questo cambiamento al fatto che la *Reine Rechtslehre* venne concepita e scritta in America, il cui pubblico, educato in un sistema di «common law», era particolarmente sensibile alla sociologia del diritto.<sup>131</sup>

Nelle opere del periodo americano non mutavano così, secondo Treves, i fondamenti del pensiero di Kelsen, le linee generali della sua dottrina: queste ultime sembravano piuttosto maggiormente ricettive verso posizioni alternative, verso l'idea del diritto «come fenomeno sociale».<sup>132</sup>

A testimonianza di questa «apertura», nella *General Theory of Law and State* Kelsen distingueva tra la produzione decentrata del diritto, tipica dei sistemi democratico-liberali, e quella accentrata, tipica dei sistemi

<sup>128</sup> R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen* cit., p. 190.

<sup>129</sup> R. Treves, *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di H. Kelsen* cit., pp. 167-168.

<sup>130</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* (trad. it di Id., *General Theory of Law and State*), con prefazione di E. Gallo e con introduzione di G. Pecora, Milano, ETAS libri, 1994, pp. 177-181; Kelsen si ricollegava a tesi in parte già espresse nell'articolo *Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence*, apparso sulla «Harvard Law Review» nel 1941.

<sup>131</sup> R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen* cit., p. 193 cfr. G. Pecora, *Introduzione a H. Kelsen, Teoria generale del diritto e dello stato* cit., p. XXX.

<sup>132</sup> R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen* cit., p. 196.

autocratici.<sup>133</sup> Nello studio del 1945, veniva così riproposto, seppur in un diverso contesto, la dicotomia democrazia-autocrazia che Kelsen aveva teorizzato nei suoi saggi sull'Essenza e il Valore della democrazia. Al contempo, diversamente dalla *Reine Rechtslehre*, veniva meno la netta separazione tra validità ed efficacia.<sup>134</sup> Ma la differenza più sorprendente che distingueva la *General Theory of Law and State* dalla *Reine Rechtslehre* era il legame che Kelsen poneva tra pace e diritto internazionale.<sup>135</sup> nel saggio del 1945 la pace veniva considerata la finalità principale del diritto.<sup>136</sup> Kelsen sembrava richiamarsi al Progetto kantiano per una pace perpetua, proponendo la completa «giuridicizzazione» dei rapporti tra le nazioni come soluzione all'instabilità mondiale.<sup>137</sup>

Riflessioni che contribuiscono non poco a smitizzare e ridimensionare l'immagine di Kelsen teorico di un diritto ridotto ad un insieme di astratte e asettiche norme giuridiche.<sup>138</sup> D'altra parte, Kelsen non intese

<sup>133</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* cit., pp. 315-321; cfr. N. Bobbio, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* cit., p. 96.

<sup>134</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* cit., pp. 42-44.

<sup>135</sup> Ivi, p. 21 ss. L'anno precedente alla *Teoria generale del diritto e dello stato* Kelsen aveva pubblicato un breve saggio, *Peace through Law*, in cui la pace era considerata la finalità ultima del diritto.

<sup>136</sup> L. Ciaurro, *Premessa*, a H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto* (trad. it. di Id., *Peace through Law*), con premessa di L. Ciaurro, Torino, Giappichelli editore, 1994, pp. 1-6. Un riferimento a questa problematica era comparso anche in un articolo del 1932, *La Theorie du droit devant le probleme du desarmement*, pubblicato sul «Journal des Nations». Ivi, p. 2.

<sup>137</sup> H. Kelsen, *La pace attraverso il diritto* cit., p. 41 ss. Sul concetto di pace nell'opera internazionalistica di Kelsen, cfr. L. Ciaurro, *op. cit.*, e G. Gozzi, *Diritto e sovranità dallo jus gentium al diritto internazionale*, Bologna, Balesi, 2002. Per una analisi della concezione kelseniana di diritto internazionale cfr. A. Rüß, *Hans Kelsens Völkerrechtslehre. Versuch einer Würdigung*, Zürich-Wien, Verlag Österreich, 1995.

<sup>138</sup> Nel 1946, il giurista austriaco condusse alcuni seminari al Dartmouth College, nei quali si occupò della politica estera degli U.S.A. e del ruolo dell'ONU. In quello stesso periodo, egli pubblicò una serie di interventi specialistici sul Consiglio di sicurezza, sulle sanzioni, sull'appartenenza all'organizzazione, sulla limitazione della sua funzione, che avrebbero poi costituito il saggio sul diritto delle Nazioni Unite, *The Law of United Nations. A critical Analysis of Its Fundamental Problems* del 1950. Nello stesso anno l'anziano giurista portava a termine i *Principles of International Law*, una rappresentazione sistematica dei caratteri del diritto internazionale. R. A. Mehl, *op. cit.*, pp. 31-36; R. Monaco, *op. cit.*, p. 41. Sulla «accoglienza» riservata dall'ambiente accademico statunitense all'opera internazionalistica di Kelsen cfr. D. Kennedy, *Il Kelsen delle "Oliver Wendell Holmes Lectures"*, «Diritto e cultura», 2, 1994, pp. 13-47.

mai il suo impegno negli studi internazionalistici come qualcosa di completamente scisso dalla sua dottrina pura del diritto, poiché proprio da essa trasse gli strumenti per porre in discussione i tre concetti portanti della concezione tradizionale del diritto internazionale: il popolo, il territorio e la sovranità. Con *Das Problem der Souveränität e la Reine Rechtslehre*, Kelsen aveva de-territorializzato i concetti di stato, popolo, territorio e sovranità, trasformando questi ultimi in sistemi articolati di norme giuridiche.<sup>139</sup> Muovendo da questa premessa, aveva successivamente equiparato il diritto internazionale a quello statale, per affermare infine, nella *General Theory of Law and State*, il primato del diritto internazionale.<sup>140</sup>

Un anno particolarmente importante per il Kelsen giurista e teorico del diritto fu il 1960, anno al quale risale la seconda edizione della *Reine Rechtslehre*. La nuova versione affrontava i problemi della scienza giuridica, tracciando il confine tra questa e le altre discipline nei termini di minore e maggiore «purezza». Diversamente, però, dal 1934 Kelsen ammetteva un diretto collegamento tra efficacia e validità. Dalla seconda edizione (americana) della *Reine Rechtslehre* emergeva così una maggiore attenzione per le connessioni tra sfera del diritto e la sfera dell'«essere».<sup>141</sup> Come puntualizza Bulygin, durante il periodo americano Kelsen si era gradualmente allontanato dall'impianto concettuale del periodo europeo, tutto orientato a identificare le norme di diritto positivo con la sfera del «Dover essere», dimostrando una maggiore sensibilità per il legame fra

<sup>139</sup> Cfr. H. Kelsen, *Il problema della sovranità* cit., p. 327 ss; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* cit., p. 163 ss.

<sup>140</sup> H. Kelsen, *Il problema della sovranità* cit., p. 327-334; Id., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* cit., p. 163 ss; Id., *Teoria generale del diritto e dello stato* cit., p. 163 ss. Sul tema cfr. M. G. Losano, *Introduzione* cit., pp. XIII-XX. Il primato del diritto internazionale venne ribadito in *Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht (L'unità del diritto internazionale e del diritto statale)*, apparso nel 1958 sulla «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht». Kelsen negava che tra diritto internazionale e diritto statale esistessero differenze sostanziali, poiché entrambi erano da intendersi come ordinamenti «giuridico-normativi». Sul piano più propriamente politico, Kelsen riteneva che il primato del diritto internazionale avrebbe assicurato una pace durevole, al contrario del diritto statale che, a suo giudizio, aveva sempre legittimato imprese imperialistiche. H. Kelsen, *Die Einheit der Völkerrecht und staatlichem Recht*, ora in *Die Wiener rechtstheoretische Schule...*, 2. Bd. cit., p. 2213, p. 2218; pp. 2224-2225.

<sup>141</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* cit., p. 112; pp. 155 ss; pp. 163-168. Sul tema cfr. N. Bobbio, *Kelsen e il problema del potere* cit., pp. 557-558; A. Carrino, *Presentazione* cit., p. XLI ss.

norme e fatti concreti.<sup>142</sup> Questa particolare attenzione veniva confermata nei primi anni '60 da due diversi interventi: in *Die Funktion der Verfassung* (La funzione della costituzione) del 1964, Kelsen definiva la Norma fondamentale una mera «finzione» e in *Recht und Logik* (Diritto e logica), pubblicato nel 1965,<sup>143</sup> affermava che le norme di diritto positivo non erano esclusivamente logiche, completando, come osserva Bulygin, quella correlazione tra fatto e norma che aveva cominciato a delineare dalla seconda *Reine Rechtslehre*.<sup>144</sup>

Kelsen trascorse gli ultimi anni della sua vita dedicandosi alla teoria generale delle norme, pubblicata postuma nel 1979 col titolo *Allgemeine Theorie der Normen* (Teoria generale delle norme). L'oramai anziano giurista si spense a Berkeley il 19 aprile del 1973.

<sup>142</sup> E. Bulygin, *op. cit.*, p. 195.

<sup>143</sup> H. Kelsen, *Die Funktion der Verfassung. Verhandlungen des Zweiten Osterreichischen Juristentages*, ora in *Die Wiener Rechtslehre*, 2 Bd cit., p. 1975 ss; cfr. V. Frosini, *Kelsen e il problema della sovranità*, cit., p. 34.

<sup>144</sup> E. Bulygin, *op. cit.*, pp. 195-197.

## CAPITOLO 2

### Hans Kelsen e Georg Jellinek: il parlamento

#### 2.1. Il parlamento nella dottrina giuridica: dal *System der öffentlichen subjektiven Rechte* alla *Allgemeine Staatslehre*.

Nel capitolo precedente abbiamo sinteticamente esposto il rapporto tra Georg Jellinek e l'allievo Hans Kelsen dal punto di vista della "rottura" che, a partire dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen operò nei confronti della «tradizionale Rechtslehre», incarnata dal maestro. Tale "rottura" non riguardò unicamente un differente modo di considerare la natura del diritto e dello stato ma anche, come vedremo, il significato e il ruolo stesso del parlamento. Diventa così necessario comprendere in quali termini Kelsen si discostasse da Jellinek in merito al tema del parlamento.

Le prime testimonianze dell'interesse di Jellinek per il parlamento e i primi tentativi di elaborare una visione complessiva risalgono agli anni '80 dell'800; già in *Gesetz und Verordnung* (1887) compariva l'idea del parlamento come «organo dello stato». Ma la prima grande opera di teoria del diritto in cui Jellinek approfondiva sistematicamente questo concetto fu il *System der öffentlichen subjektiven Rechte* (1892) in cui, come abbiamo osservato nel capitolo precedente, lo stato veniva inteso quale soggetto dotato di volontà e produttore del diritto. Uno dei capitoli centrali dell'opera era dedicato ai «diritti degli organi dello stato», ossia ai diritti di quelle persone giuridiche la cui volontà «entro i limiti ad essa assegnati dalle norme costituzionali o legislative è da riguardarsi come volontà dello stato».<sup>2</sup>

Tale definizione di «diritti degli organi» diventava in Jellinek il pretesto, fra l'altro, per attaccare e rigettare la teoria organica del diritto, esposta da Otto von Gierke,<sup>3</sup> secondo cui gli organi dello stato godevano di diritti propri.<sup>4</sup> Al contrario, Jellinek affermava che gli organi costitut-

<sup>1</sup> Ci stiamo riferendo al capitolo XIII della traduzione italiana del 1912, intitolato «Gli organi dello stato».

<sup>2</sup> G. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte* cit., p. 246.

<sup>3</sup> Cfr. Cap. I.

<sup>4</sup> G. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte* cit., p. 247. In realtà, Jellinek polemizzava anche con Edmund Bernstein, attento lettore di Otto von Gierke. A giudizio di Jellinek, anche il costituzionalista viennese aveva commesso l'errore di pensare che «l'organo dello stato» esercitasse diritti propri. Ivi, p. 247-248. Sulla con-

vano lo stato, e che, sebbene svolgessero compiti diversi gli uni dagli altri, erano investiti di tali funzioni dallo stato stesso, per cui, secondo il giurista, «la competenza [...] non è mai un diritto soggettivo ma costituisce sempre un diritto obiettivo».<sup>5</sup> La volontà dello stato prendeva forma e si manifestava negli e attraverso gli organi, fra i quali Jellinek indicava appunto l'organo legislativo come «organo partecipante alla formazione della volontà dello stato», la cui volontà valeva come volontà statale.<sup>6</sup> Jellinek insisteva sulla natura «umana» degli organi statali, in particolare su quella del parlamento, sul fatto che esso era costituito da persone fisiche, dagli «eletti», perciò uno dei problemi centrali posti nella monografia del 1892 sui «diritti pubblici soggettivi» era comprendere il ruolo e il significato «giuridico» sia del deputato, sia dell'elettore.<sup>7</sup> Quest'ultimo era definito da Jellinek «organo dello stato»:

l'elettore partecipando come membro del collegio elettorale alla funzione statale della formazione della Camera elettiva non agisce come un individuo a se stante, ma come organo dello stato [...] lo stato attribuisce all'individuo una capacità connessa con la di lui persona di agire come organo dello stato.<sup>8</sup>

Ma se l'elettore era «organo dello stato», lo stesso diritto elettorale finiva per consistere nella «nomina» di un «organo dello stato». Il diritto ad eleggere veniva così trasformato in una «funzione dello stato», ed era proprio a partire da questa premessa che Jellinek negava qualsiasi sostanziale differenza tra nomina ed elezione:<sup>9</sup>

nominare un organo dello stato, in un senso più generale, nominare un organo di qualunque comunità, mediante un certo numero di volontà fisicamente individuali, delle quali, in forza delle prescrizioni della legge, si forma una volontà unica.<sup>10</sup>

cezione di «organo dello stato» nell'opera di Bernatzik cfr. E. Bernatzik, *Über den Begriff der juristischen Person. Kritische Studien über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere* cit., p. 95 ss.

<sup>5</sup> G. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte* cit., pp. 248-249. In un breve scritto del 1883, Jellinek aveva anticipato questa considerazione, affermando che Montesquieu, con la sua teoria della separazione dei poteri, non aveva compreso l'«unità organica di tutte le funzioni statali». G. Jellinek, *Die Entwicklung des Ministeriums in der konstitutionellen Monarchie (Lo sviluppo del ministero nella monarchia costituzionale)*, «Grünhuts Zeitschrift», 1883, in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2. Bd., Berlin, Verlag von O. Harring, 1911, p. 130; p. 132.

<sup>6</sup> G. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte* cit., p. 259.

<sup>7</sup> Ivi, p. 262.

<sup>8</sup> Ivi, p. 154.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> Ivi, p. 175.

Nella prospettiva di Jellinek, anche il deputato che sedeva in parlamento era da intendersi come «funzionario dello stato»:<sup>11</sup>

gli eletti prendono parte perciò alle funzioni del collegio non come esercizio di un loro diritto, ma come attività di un organo dello stato [...] Questo diritto si presenta altresì giuridicamente come una pretesa di riconoscimento della loro individualità, come investita delle qualità di organo dello stato, pretesa che deriva ad essi dalla qualificazione attiva, acquisita mediante l'elezione.<sup>12</sup>

La «riduzione» dell'eletto e dell'elettore a «funzionari dello stato» e del diritto elettorale stesso a «funzione dello stato» finiva con il *de-politicizzare* radicalmente sia la figura dell'eletto e dell'elettore, sia la pratica elettorale, e in ultima analisi il parlamento stesso. Tra il *System der öffentlichen subjektiven Rechte* e la *Allgemeine Staatslehre* intercorsero molti anni, durante i quali Jellinek non apportò sostanziali modifiche alla sua concezione del parlamento come «organo dello stato».<sup>13</sup> Tuttavia, proprio la *Allgemeine Staatslehre* costituisce un interessante approfondimento del concetto di rappresentanza e del significato dell'organo rappresentativo. Come in tutte le sue opere, Jellinek non si limitava a esporre la sua concezione della rappresentanza; egli tracciava una «storia» dei sistemi (e delle teorie) della rappresentanza che si erano avvicinati dal medioevo sino all'età moderna.<sup>14</sup>

Egli si interrogava su quale fosse il rapporto «obiettivo» che, nella rappresentanza moderna, basata sul «mandato libero», intercorreva tra parlamento ed elettori, i quali, nella *Allgemeine Staatslehre*, venivano sostanzialmente identificati con il concetto di popolo: tra parlamento e popolo esisteva «un rapporto di organo», con il quale Jellinek intendeva:

<sup>11</sup> Ivi, p. 176.

<sup>12</sup> Ivi, p. 184.

<sup>13</sup> Analogamente al *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, anche nella *Allgemeine Staatslehre* cit. p. 122, Jellinek affermava che la natura dello stato inteso come gruppo organizzato in maniera unitaria presupponeva l'esistenza di organi statali.

<sup>14</sup> Secondo Jellinek, nel medioevo la concezione e la pratica della rappresentanza si erano contraddistinte per la presenza del «mandato vincolato», per cui, in paesi come l'Inghilterra, dove il parlamento per sé «diviene una istituzione che funziona normalmente, inserita nella organizzazione statale», l'eletto «riceve le sue istruzioni dagli elettori ed è obbligato a rendere conto circa l'esecuzione di esse». Jellinek riteneva che dal XVII la sempre maggiore complessità dei compiti legislativi avesse contribuito a diffondere l'idea che «i membri del Parlamento rappresentano la totalità del popolo». Ma solo con la Rivoluzione francese il «mandato libero» aveva sostituito definitivamente quello «vincolato», poiché, secondo il giurista, si era ormai affermata «l'idea della indipendenza dei deputati dagli elettori». G. Jellinek, *Dottrina generale del diritto e dello stato* cit., pp. 143-145.

il rapporto di un organo con i membri di una corporazione, in virtù del quale quest'organo rappresenta nell'interno della corporazione la volontà di questi membri. Gli organi rappresentativi [...] sono in questo senso organi secondari, organi di un altro organo, primario. Quest'organo primario ha la sua volontà nella volontà di quello, e nessuna volontà al di fuori di esso.<sup>15</sup>

Il parlamento era dunque «organo secondario», ossia organo di un altro organo dello stato, che era il popolo.<sup>16</sup> Solamente in questo senso, secondo Jellinek, diventava comprensibile «il pieno senso giuridico del principio che il membro di una Camera è rappresentante del popolo».

egli è membro di un'assemblea, la cui volontà è volontà del popolo, e, quindi, la sua volontà è da considerarsi esclusivamente come concorrente a formare la volontà del popolo, e non già come volontà di un gruppo del popolo.<sup>17</sup>

Nella *Allgemeine Staatslehre*, Jellinek sviluppava un concetto di rappresentanza che prevedeva la perfetta coincidenza tra rappresentanza e il suo rapporto di organo, ma ciò comportava che il concetto di rappresentanza finisse per essere «assorbito» nella distinzione fra «organo primario», il popolo, ed «organo secondario», il parlamento. La volontà del popolo si esprimeva così esclusivamente in quella del parlamento e al popolo, «organo primario», restava quale unica manifestazione di volontà l'elezione del parlamento.<sup>18</sup>

La definizione del parlamento come «organo secondario» costituiva una novità rispetto al *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, in cui, peraltro, Jellinek non aveva approfondito in maniera sistematica il rapporto tra parlamento e popolo relativamente alla questione della rappresentanza.

Tuttavia, il significato della riflessione jellinekiana non mutava: il parlamento e con esso il popolo non erano altro che «funzioni», «organi» dello stato. È all'interno di questa, e soltanto di questa «logica», che nella *Allgemeine Staatslehre* si collocava il discorso del giurista sulle caratteristiche e il senso della rappresentanza. Jellinek che, da giurista e teorico del diritto, si misurava con la questione del parlamento e della rappresentanza conduceva il parlamento, e con esso il momento dell'elezione e della rappresentanza, esclusivamente entro le maglie dello stato.

<sup>15</sup> G. Jellinek, *Dottrina generale del diritto e dello stato* cit., p. 139.

<sup>16</sup> Jellinek precisava come il popolo è «organo dello stato» sia in un ordinamento democratico diretto, sia in una democrazia indiretta. Ivi, p. 151.

<sup>17</sup> Ivi, p. 151.

<sup>18</sup> F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 78-79.

## 2.2 Il parlamento nelle opere di pensiero politico: *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* e *Das Recht der Minoritäten*

Parallelamente alle opere di teoria del diritto e dello stato, Jellinek pubblicava una serie di interventi dai quali emergeva la sua attitudine più propriamente politica nei confronti del parlamento, una attitudine improntata ad una profonda diffidenza verso l'«organo legislativo»: il parlamento veniva concepito come quel luogo in cui poteva prendere forma la «tirannia della maggioranza», e in cui i legislatori potevano minacciare i diritti di libertà e delle minoranze. Proprio come per il parlamento, anche la problematica dei diritti e della libertà era affrontata da Jellinek sia sul piano della dottrina giuridica, sia su quello del pensiero politico. Il rapporto tra stato e cittadini si basava, secondo Jellinek, sul concetto di «autolimitazione». Nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, l'«autolimitazione» dello stato a favore degli individui si articolava in tre precise fasi, ciascuna delle quali corrispondeva ad un diverso grado di libertà: «stato negativo», «stato positivo», «stato attivo». Al primo «stato» appartenevano «le azioni dei cittadini giuridicamente irrilevanti», ossia quelle libertà individuali che lo stato si impegna a non condizionare, né limitare, se non «mediante ordini e costrizioni [...] fondati sulla legge».

L'individuo aveva inoltre il diritto di esigere la tutela del suo «stato negativo» e, in virtù di questa pretesa giuridicamente fondata, lo stato di libertà «negativo» si trasformava in «stato positivo di libertà».<sup>20</sup>

Con questa espressione Jellinek indicava la capacità dell'individuo «di pretendere prestazioni positive dallo stato, e per lo stato l'obbligo giuridico di esercitare la sua attività nell'interesse individuale», per cui il secondo livello di libertà degli individui corrispondeva essenzialmente ad una «pretesa verso lo stato».<sup>21</sup> Se lo «stato negativo» e lo «stato positivo di libertà» indicavano il rapporto che, attraverso l'«autolimitazione», si instaurava tra stato e soggetti dal punto di vista dell'interesse dell'individuo, lo «stato attivo di libertà» si riferiva alla realizzazione effettiva della volontà statale, ossia alla inclusione dell'individuo nella creazione della volontà statale, in qualità di «elettore» e di «deputato».<sup>22</sup> Come teorico del diritto e dello stato, Jellinek fondava le libertà e i diritti nello stato, ma come pensatore politico sembrava essere consapevole che ciò non poteva esaurire, né risolvere in maniera definitiva il problema.

<sup>19</sup> Cfr. Cap. I.

<sup>20</sup> G. Jellinek, *System der öffentlichen subjektiven Rechte* cit., pp. 116-117.

<sup>21</sup> Ivi, p. 134.

<sup>22</sup> Ivi, pp. 153-155; p. 175.

Sul piano del pensiero politico, la questione dei diritti di libertà emergeva chiaramente da un intervento del 1891, dedicato alla concezione politica di Rousseau e Hobbes, *Die Politik des Absolutismus und Radikalismus* (*La politica dell'assolutismo e del radicalismo*), in cui Jellinek attaccava la *Demokratielehre* di Rousseau perché ritenuta illiberale.

Il «difensore della monarchia assoluta» e «l'entusiasta difensore della repubblica radicale» erano posti da Jellinek sullo stesso piano, poiché, a suo giudizio, il «Leviatano» di Hobbes e il «Popolo» di Rousseau erano parimenti due «sovranî assoluti», privi di limiti e quindi «tirannici». <sup>23</sup> L'accostamento del nome di Rousseau a quello di Hobbes era finalizzato a delegittimare la dottrina democratica del Ginevrino, in cui, secondo Jellinek, «il sovrano ha semplicemente cambiato nome, esso ha infatti ottenuto un potere illimitabile». <sup>24</sup> Nella prospettiva jellinekiana, l'assolutezza del potere sovrano concepito da Rousseau era testimoniata dal fatto che:

Il nuovo sovrano è [...] irarrepresentabile. La costituzione rappresentativa è considerata illegittima come dagli assolutisti. Rousseau è l'oppositore più strenuo dell'idea costituzionale. Il sovrano non può trasferire il suo potere al rappresentante senza abdicare a se stesso. <sup>25</sup>

Jellinek non contestava tanto la democrazia come forma di governo, quanto la dottrina politica rousseoiana poiché, a suo giudizio, profondamente illiberale. Al tema della libertà, Jellinek dedicava nel 1895 *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (*La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*), con cui esponeva alcuni dei presupposti teorico-politici alla base della sua diffidenza verso il parlamento. <sup>26</sup> L'intero saggio si basava su una comparazione tra la Dichiarazione dei diritti francese e quella americana. Jellinek polemizzava con coloro che avevano individuato nel *Contratto sociale* il testo cui si sarebbero ispirati i rivoluzionari francesi per la *Déclaration*. La teoria rousseoiana del contratto prevedeva, secondo il giurista, la completa cessione alla comunità politica di tutti i diritti dei singoli, la cui libertà consisteva nella partecipazione diret-

<sup>23</sup> G. Jellinek, *Die Politik des Absolutismus und Radikalismus. Hobbes und Rousseau. Vortrag gehalten in der Aula des Museums zu Basel am 10. Februar 1891*, in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2. Bd. cit., pp. 11-14.

<sup>24</sup> Ivi, p. 15.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> Come osserva Bongiovanni nella sua recente edizione del testo di Jellinek, l'opera del 1895 presentava una prospettiva parzialmente differente da quella del *System der öffentlichen subjektiven Rechte*. Nell'imponente monografia del 1892, la libertà dei cittadini era frutto di una autolimitazione dello stato, nella *Erklärung der Menschen und*

ta alla vita politica, piuttosto che nel riconoscimento di una sfera di libertà intangibile da parte dello stato: <sup>27</sup>

la libertà, in senso rousseoiano [...] è *liberté civile*, che conferisce un potere irrinunciabile [il potere del cittadino di esercitare direttamente il potere legislativo], ma non assicura alcun irrinunciabile diritto naturale. In breve, è libertà in senso democratico, non in senso liberale. <sup>28</sup>

In aperta opposizione al *Contratto*, la Dichiarazione francese del 1789 era invece finalizzata a garantire un nucleo forte di diritti, indisponibili da parte del legislatore. <sup>29</sup>

Nell'interpretazione di Jellinek, questa caratteristica derivava alla *Déclaration* dal modello delle dichiarazioni degli stati confederali americani, <sup>30</sup> ai quali il giurista riconosceva il grande merito di aver elaborato per primi una costituzione ed una dichiarazione dei diritti scritte. <sup>31</sup>

Con il saggio sulla *Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, Jellinek proponeva dunque l'immagine del parlamento come potenziale minaccia alla libertà e ai diritti individuali. Problematiche analoghe vennero riproposte e approfondite da Jellinek nel saggio del 1898 *Das Recht der Minoritäten* (*Il diritto delle minoranze*), con cui il giurista esplicitava in maniera sistematica le ragioni della sua diffidenza verso il parlamento.

*Bürgerrechte* esse apparivano, piuttosto, come il prodotto di una conquista storica e politica. Ma, come puntualizza Bongiovanni, proprio nell'opera del 1895, ricompariva l'idea che le libertà storicamente determinate diventavano diritti in senso giuridico a condizione che venissero riconosciute come tali dallo stato. G. Bongiovanni, *Spirito protestante, libertà religiosa e Dichiarazioni americana e francese. I diritti dell'uomo tra storicità e positivizzazione nella riflessione di Georg Jellinek*, intr. a G. Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale* (trad. it. di Id., *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*), a cura di G. Bongiovanni, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. X ss.

<sup>27</sup> G. Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale* cit., pp. 3-4. Su questo aspetto, il lucido commento di F. Battaglia in *Classici del liberalismo e del socialismo. Le carte dei diritti*, a cura di F. Battaglia, Firenze, Sansoni, 1946, pp. 40-41.

<sup>28</sup> G. Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale* cit., p. 8.

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

<sup>30</sup> Ivi, pp. 29-32. Sebbene Jellinek insistesse fortemente sul «debito» intellettuale dei rivoluzionari francesi nei confronti di quelli americani, egli non riteneva, però, che la Dichiarazione francese fosse una «pedissequa imitazione di quelle americane». Ivi, p. 29.

<sup>31</sup> Denotando una spiccata attenzione per l'analisi e la ricostruzione storiche, qualità che emerge chiaramente anche dalle opere di dottrina del diritto e dello stato, Jellinek spiegava il «primato» americano in base alle particolari condizioni storiche e politiche che avevano caratterizzato la vita nel «Nuovo Mondo»: i coloni avevano fatto esperienza diretta e concreta dei diritti inseriti poi nelle Dichiarazioni dei diritti confe-

Nel contributo sul diritto delle minoranze, Jellinek identificava i diritti di libertà con i diritti delle minoranze e muovendo da tale premessa si chiedeva se la volontà della maggioranza avesse realmente un potere decisionale illimitato nell'«organo legislativo», in grado di schiacciare i diritti, le ragioni e gli interessi delle minoranze.<sup>32</sup>

Secondo Jellinek, erano numerosi gli strumenti sviluppati nella storia per affermare i diritti delle minoranze.<sup>33</sup> Tra le modalità adatte a evitare la «tirannia della maggioranza», Jellinek individuava anzitutto quella serie di disposizioni o leggi che non potevano essere modificate a mera discrezione delle assemblee legislative. Egli riteneva che le più importanti disposizioni in questo senso fossero state realizzate proprio in America, dove i rappresentanti delle colonie avevano affermato il principio secondo cui la minoranza aveva il diritto di opporsi ad eventuali modifiche costituzionali lesive dei suoi diritti.<sup>34</sup>

La tradizione politica e costituzionale americana si caratterizzava dunque per la garanzia dei diritti delle minoranze, istanza che, per Jellinek, era completamente assente nell'opera di Rousseau. Secondo Jellinek, il Ginevrino aveva tentato di risolvere il problema del rapporto tra maggioranza e minoranza in un modo assolutamente insufficiente e teoricamente debole, ossia affermando che la volontà generale non poteva mai recare alcun danno al singolo. Muovendo da una simile considerazione, Rousseau non aveva né posto, né pensato un diritto delle minoranze, che appariva altresì centrale in Jellinek, quale freno alla «tirannia della maggioranza».<sup>35</sup> Proprio come nell'intervento su *Die Politik des Absolutismus und Radikalismus* e nella stessa *Erklärung*, Rousseau finiva così per rappresentare un modello «negativo».

Secondo Jellinek, la necessità di tutelare i diritti delle minoranze contro le prevaricazioni da parte della maggioranza parlamentare non esauriva

derali. Secondo Jellinek, il fatto che il parlamento inglese avesse negato ai cittadini delle colonie una serie di diritti, riconosciuti invece ai cittadini britannici, e il crescente conflitto economico tra le due sponde dell'Atlantico avevano spinto gli americani a rivendicare e a fissare le libertà in speciali dichiarazioni scritte. *Ibidem*

<sup>32</sup> G. Jellinek, *Das Recht der Minoritäten*, Berlin, Humboldt Verlag, 1893, pp. 2-7.

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 7.

<sup>34</sup> *Ivi*, pp. 13-15. Secondo Jellinek, questa particolare caratteristica del sistema politico americano scaturiva dalla tradizione delle ex-colonie: esse erano state fondate sulla base di «contratti», i quali potevano essere modificati solo a condizione che tutti i cittadini lo volessero. Con lo sviluppo delle relazioni sociali ed economiche, ora diventato poi impossibile modificare la costituzione sulla base del principio di unanimità, ad esso si era sostituito il principio che consentiva alla minoranza di esprimere la propria posizione riguardo eventuali cambiamenti da apportare alla costituzione. *Ivi*, pp. 13-14.

<sup>35</sup> *Ivi*, pp. 12-13.

va, però, il problema di quale fossero le condizioni affinché le minoranze venissero efficacemente tutelate. Tra queste Jellinek individuava la necessaria esistenza di una certa «omogeneità» culturale tra minoranza e maggioranza, poiché, laddove il popolo era lacerato da conflitti religiosi ed etnici, non solo il principio di maggioranza veniva percepito dalla minoranza come la imposizione della forza bruta, ma la stessa maggioranza avrebbe tentato di soffocare qualsiasi opposizione.<sup>36</sup>

Tali considerazioni non erano puramente teoriche: ricordiamo che *Das Recht der Minoritäten* riproduceva il testo di un discorso tenuto da Jellinek nel 1898 dinanzi alla «Juristische Gesellschaft» di Vienna, ossia nella capitale di un Impero multinazionale che a Jellinek appariva un riuscito esempio di convivenza tra diverse nazionalità.<sup>37</sup> Ulteriori garanzie contro la «tirannia della maggioranza» erano inoltre rappresentate dal cosiddetto «diritto di replica», dall'«astensionismo», e in particolare dalla pratica dell'«ostruzionismo».<sup>38</sup>

In *Das Recht der Minoritäten*, Jellinek ricordava come il tema della protezione delle minoranze, la difesa dei diritti e delle libertà e la denuncia della «tirannia della maggioranza» appartenessero alla grande tradizione liberale,<sup>39</sup> incarnata da autori come Constant, Mill, Tocqueville, Calhoun.

Da Constant, Jellinek sembrava aver mutuato la critica alla concezione rousseoiana della sovranità: sia in *Die Politik des Absolutismus und Radikalismus*, sia in *Das Recht der Minoritäten*, Jellinek riteneva, esattamente come Constant, che il *Contratto sociale* rappresentasse una sorta di mostruosità politica perché istituiva un potere sovrano senza freni, in grado di intramettersi nella sfera individuale, di schiacciare qualsiasi minoranza.<sup>40</sup>

<sup>36</sup> *Ivi*, pp. 27-29.

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 43. Con le sue parole di elogio per il «modello austriaco», Jellinek idealizzava una situazione che, alla fine dell'800, appariva tutt'altro che pacifica: i rapporti reali tra le nazionalità dell'Impero si caratterizzavano infatti per un antagonismo che si sarebbe intensificato sempre più sino allo scoppio della prima guerra mondiale. Sul tema torneremo nel Cap. 4, in rapporto all'opera di Karl Renner.

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 38. Secondo Jellinek, le minoranze potevano esercitare l'ostruzionismo per proteggere i propri diritti o per opporsi alla maggioranza quando questa operava nel proprio esclusivo interesse. *Ivi*, pp. 39-40. Jellinek avrebbe riproposto le stesse considerazioni nel 1903 con un breve articolo, intitolato *Die parlamentarische Obstruktion (L'ostruzionismo parlamentare)*, «Neue Freie Presse», 26. Juli 1903, in *Id.*, *Ausgewählte Schriften*, 2. Bd. cit. in particolare, pp. 422-425.

<sup>39</sup> G. Jellinek, *Das Recht der Minoritäten* cit. p. 24. La tradizione liberale costituì un punto di riferimento essenziale per tutte le opere del giurista, comprese quelle di teoria del diritto e dello stato. In una nota a *Das Recht der Minoritäten*, Jellinek ricordava anche Herbert Spencer quale critico del puro principio di maggioranza. *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 13. Per Constant come per Jellinek, Rousseau aveva commesso il grave errore di ritenere che l'alienazione di tutti i diritti originari alla comunità attraverso il con-

Le opere di Mill, come *On Liberty (Sulla libertà)* e le *Considerations on Representative Government (Considerazioni sul governo rappresentativo)* apparivano a Jellinek esemplificative della attitudine liberale che riteneva fondamentale il rispetto delle minoranze.<sup>41</sup>

Tuttavia, la tutela delle minoranze si collocava in Mill e in Jellinek su due piani non perfettamente coincidenti. Nel suo celebre saggio, *Considerations on Representative Government* (1861), il liberale inglese aveva inserito la riflessione sulle minoranze all'interno di un progetto politico di democrazia rappresentativa, in cui il rispetto e la protezione delle minoranze passavano attraverso, ad esempio, l'introduzione del sistema proporzionale, ritenuto in grado di garantire una ampia rappresentanza degli interessi.<sup>42</sup> Questo aspetto era assente in Jellinek, tutto teso a sottolineare il pericolo della «tirannia della maggioranza», termine e concetto presente in Tocqueville, in Mill e, in parte, in Calhoun, definito da Jellinek uno dei sostenitori più convinti del «diritto di replica» delle minoranze.<sup>43</sup>

Il pensatore politico americano aveva anticipato la riflessione tocquevilliana sulla «tirannia della maggioranza», affermando nella sua *Disquisition on Government (Disquisizione sul governo)* (1828) la necessità di contenere il potere della maggioranza per difendere la libertà e i diritti delle minoranze.<sup>44</sup>

Nell'analisi e nella denuncia della maggioranza dispotica, Jellinek fu debitore soprattutto nei confronti di Tocqueville. Nell'ultima parte di *Das Recht der Minoritäten*, Jellinek esplicitava la sua avversione per la società moderna sempre più «democratizzata» e «livellata» e quindi, a suo giudizio, sempre più esposta alla «tirannia della maggioranza».<sup>45</sup>

tratto sociale impedisse al potere sovrano di nuocere ai cittadini. B. Constant, *Principi di politica*, a cura di U. Cerroni, Roma, Sansoni e Savelli, 1965, p. 67. Riteniamo che l'influenza di Constant emerga anche dall'articolo su *Die Politik des Absolutismus und Radikalismus*, dove compariva la definizione di Hobbes e Rousseau quali pensatori liberali, già presente nell'opera dello scrittore francese. Cfr. B. Constant, *La sovranità del popolo e i suoi limiti*, in Id., *Antologia degli scritti politici*, a cura di A. Zanfano, Bologna, Il Mulino, 1962, pp. 59-72.

<sup>41</sup> G. Jellinek, *Das Recht der Minoritäten* cit., p. 24.

<sup>42</sup> M. T. Pichetto, *Mill*, Roma, Angeli, 1985, pp. 37-39; Id., *Verso un nuovo liberalismo. Le proposte politiche e sociali di J. S. Mill*, Roma, Franco Angeli, 1996, p. 50; G. Bedeschi, *op. cit.*, pp. 235-240.

<sup>43</sup> G. Jellinek, *Das Recht der Minoritäten* cit., p. 34.

<sup>44</sup> J. C. Calhoun, *Disquisition on Government*, in M. L. Salvadori, *Potere e libertà nel mondo moderno. J. C. Calhoun, un genio imbarazzato*, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. 130. Calhoun riteneva che «nessun governo basato sul mero principio che la maggioranza deve governare [...] ha mai conservato la sua libertà sia pure nel corso di una sola generazione». J. C. Calhoun, *op. cit.*, p. 132. Espressioni analoghe sarebbero ricomparse in *Das Recht der Minoritäten*.

<sup>45</sup> Ivi, pp. 39-40.

con il progredire della democratizzazione della società, si sviluppa il dominio della maggioranza [Herrschaft des Majoritätsprinzips]. Più l'individuo è schiacciato sotto il peso della solidarietà umana, meno limiti sono posti alla volontà dominante nei confronti del singolo.<sup>46</sup>

La correlazione posta da Jellinek tra la nascita di una maggioranza parlamentare dispotica e il processo di «democratizzazione della società» sembrava richiamarsi a quel passo della *Démocratie en Amérique (Democrazia in America)* (1835-1840), in cui Tocqueville affermava che «per conoscere la legislazione e i costumi di un popolo occorre [...] cominciare con lo studiare il suo stato sociale».<sup>47</sup>

È impossibile pensare che l'eguaglianza non riesca prima o poi a penetrare anche nel campo politico come altrove, non si possono, infatti, concepire gli uomini eternamente ineguali tra loro in un punto ed eguali nell'altro. [...] ma quando i cittadini sono tutti quasi eguali, diviene loro assai difficile difendere l'indipendenza contro gli attentati del potere. Poiché nessuno di loro è abbastanza forte per ottenere da solo un qualche vantaggio.<sup>48</sup>

Nella *Démocratie en Amérique* Tocqueville puntualizzava che la «tirannia della maggioranza» non era solo materiale ma anche morale e intellettuale, e si esplicitava nella sistematica repressione dell'indipendenza di spirito e di critica dei cittadini.<sup>49</sup> In *Das Recht der Minoritäten* leggiamo:

nella società democratica regna incontrastata [...] l'opinione pubblica, che non è altro che la maggioranza, il potere sociale che agisce accanto a quello politico. Tocqueville, sostenitore della teoria democratica, ci ha insegnato [...] che in democrazia l'opinione pubblica impone la propria visione senza incontrare ostacoli, che ci vuole ben più coraggio ad opporsi alla vox populi che al comando di un sovrano.<sup>50</sup>

Jellinek concludeva che, dinanzi a questo fenomeno, l'unica soluzione era una strenua difesa dei diritti delle minoranze e delle libertà individuali.<sup>51</sup> Da giurista, Jellinek aveva depoliticizzato il parlamento definendolo organo dello stato, ma da pensatore politico, imbevuto di cultura liberale, aveva sentito la necessità di definire quei meccanismi che potevano proteggere i diritti e le libertà dalla «tirannia della maggioranza». A questo tema Jellinek non rinunciò mai, sebbene nelle sue opere successive la critica alle derive parlamentari venisse ad inserirsi in un discorso più ampio che rimandava più precisamente alla situazione politica della Germania imperiale.

<sup>46</sup> Ivi, p. 40.

<sup>47</sup> A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Milano, Rizzoli, 1982, p. 56.

<sup>48</sup> Ivi, p. 62.

<sup>49</sup> Ivi, p. 251.

<sup>50</sup> G. Jellinek, *Das Recht der Minoritäten* cit., p. 40.

<sup>51</sup> Ivi, p. 43.

### 2.3 Jellinek e il parlamento nella Germania Guglielmina

Il tema della maggioranza dispotica non sarebbe mai stato del tutto abbandonato da Jellinek, ma è pur vero che nelle sue opere degli inizi del '900 la diffidenza verso il parlamento appariva più propriamente connessa con le problematiche poste al giurista dalla situazione politica della Germania guglielmina. In questo senso, uno degli scritti maggiormente indicativi è *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen (Il voto plurimo e le sue conseguenze)*, un lungo saggio pubblicato nel 1905, quando ormai il giurista viveva in Germania da quasi quattordici anni. L'opera era stata occasionata dalla richiesta di riforma elettorale del parlamento regionale del Land della Sassonia; erano state avanzate varie proposte, tra le quali l'introduzione del voto plurimo.<sup>52</sup> La Sassonia era uno dei maggiori Länder della Germania guglielmina, che con la Costituzione imperiale (*Reichsverfassung*) del 1871, si era costituita in un grande stato federale, suddiviso in macroregioni, i Länder appunto.<sup>53</sup>

Nel 1868 la Sassonia aveva adottato un sistema elettorale che prevedeva l'elezione diretta del parlamento regionale, anche se limitata da criteri censitari. Negli anni '90, il partito socialdemocratico tedesco (SPD), che nel frattempo aveva raggiunto una posizione di notevole forza nel Land, aveva proposto il suffragio universale diretto. Contro la richiesta socialdemocratica, le forze conservatrici era riuscite nel 1896 ad introdurre il «sistema delle tre classi».<sup>54</sup> Nel 1905 la critica socialista e di alcuni

<sup>52</sup> G. Jellinek, *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1905, p. 42. Jellinek riconduceva la teoria del voto plurimo a J. S. Mill. Il giurista ricordava come nelle *Considerations on Representative Government* il filosofo inglese avesse promosso la creazione di un ordinamento democratico rappresentativo, ma anche espresso il timore per un regime politico che, sulla base del suffragio universale, avrebbe consentito ai gruppi sociali meno preparati e istruiti di esercitare un peso importante nella vita del paese. Per evitare un simile pericolo, Mill aveva proposto l'introduzione del voto plurimo, in base al quale le minoranze più colte avrebbero ottenuto in parlamento una rappresentanza proporzionale alla loro forza e al loro prestigio. Ivi, pp. 19-20.

<sup>53</sup> S. Amato, *Rappresentanza politica degli interessi, parlamento e partiti nella costituzione del "Deutsches Kaiserreich" (1871-1918)*, in *La rappresentanza nelle istituzioni e nelle dottrine politiche moderne*, a cura di C. Carini, Firenze, CET, 1986, p. 165; p. 167.

<sup>54</sup> M. Hotzenhart, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1806-1949*, Köln, Stuttgart, Berlin, Verlag W. Kohlhammer, 1993, pp. 123-124; S. Amato, *Rappresentanza politica degli interessi, parlamento e partiti nella costituzione del "Deutsches Kaiserreich" (1871-1918)* cit., p. 179; G. Jellinek, *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen* cit., p. 42. Sul tema cfr. T. Kühne, *Il caso tedesco*, in M. S. Pretti, *I sistemi elettorali in Europa tra Otto e Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 49-60. Il sistema elettorale delle «tre classi», introdotto in Prussia nel 1849, prevedeva che ciascun cittadino avesse un «potere elettorale» pari alle imposte da lui pagate. S. Amato, *Rappresentanza politica degli interessi, parlamento e partiti nella costituzione del "Deutsches Kaiser-*

seniori della borghesia cittadina alla riforma del '96 appariva particolarmente forte e costituiva il contesto in cui Jellinek, forte delle sue letture milliane, presentava il suo intervento sul voto plurimo.<sup>55</sup>

L'intero saggio era anzitutto pensato e articolato sulla base di quella visione «obiettiva» di rappresentanza e parlamento che Jellinek aveva elaborato nelle sue opere di teoria del diritto e dello stato: l'idea che l'elezione democratica permettesse il trasferimento di una identica volontà dall'elettore all'eletto derivava da una visione «arrata sia del diritto di voto, sia del parlamento». Questi erano, piuttosto, da intendersi come due «funzioni dello stato».<sup>56</sup>

durante l'atto elettorale l'elettore non agisce nel suo interesse individuale, bensì nell'interesse pubblico, il «nocciolo» del diritto elettorale è il fatto di essere un dovere, come del resto è il caso di tutte le funzioni in cui il singolo deve agire nel pubblico interesse.<sup>57</sup>

Muovendo da simili premesse, il giurista esaminava il significato di voto plurimo,<sup>58</sup> le sue caratteristiche e i vari modi in cui esso era stato

*reich" (1871-1918)* cit., p. 174. Sul meccanismo delle tre classi cfr. A. Misch, *Das Wahlsystem zwischen Theorie und Taktik*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1974, p. 38 ss.

<sup>55</sup> Ivi, p. 41.

<sup>56</sup> G. Jellinek, *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen* cit., pp. 8-10. La stessa considerazione compariva nella *Allgemeine Staatslehre*. G. Jellinek, *La dottrina generale dello stato* cit., p. 147.

<sup>57</sup> Ivi, p. 10. *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen* non fu il primo saggio di analisi politica in cui Jellinek recuperava la sua dottrina delle «funzioni dello stato». Un precedente significativo era costituito da un articolo, pubblicato nel 1881, sul giornale austriaco «Die Presse», intitolato *Das Verhältnis des Abgeordneten zur Wählerschaft (Il rapporto del deputato con l'elezione)*. Il giurista vi esprimeva le sue riserve sulla situazione politica austriaca, caratterizzata da una forte conflittualità tra i partiti politici, che, a suo giudizio, poteva essere neutralizzata solo attraverso una corretta comprensione della reale identità degli elettori, degli eletti, e della prassi elettorale. Con espressioni che sarebbero ricomparse nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, Jellinek osservava: «Il deputato non esercita il diritto dell'elettore, bensì dello stato. La sua volontà è al servizio dello stato, come quella di tutti gli altri organi statali fino al monarca. Il rappresentante del popolo nel senso più pregnante del termine è rappresentante, promotore, funzionario [Diener] dell'idea di stato». Nel contributo del 1881, la concezione del diritto elettorale come «funzione dello stato» diventava così uno strumento per leggere e interpretare concrete dinamiche politiche. G. Jellinek, *Das Verhältnis des Abgeordneten zur Wählerschaft*, «Die Presse», 11. August 1881, in *Id., Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd cit., p. 374.

<sup>58</sup> Jellinek individuava nella idea milliana di voto plurimo una matrice fortemente «individualistica», proprio perché le persone con maggiori capacità intellettuali e professionali avrebbero espresso più voti. Tra i teorici e sostenitori del voto plurimo, Jellinek citava anche il liberale inglese James Lorimer, autore di *Political Progress* (1865); testo che era stato recensito proprio da Mill. Secondo Jellinek, Lorimer aveva elaborato un sistema di voto plurimo che, diversamente da quello milliano, si basava su una molteplicità di fattori: età, educazione, professione, censo. G. Jellinek, *Das Pluralwahlrecht* cit., pp. 19-20.

applicato in vari paesi europei, in particolare in Belgio.<sup>59</sup> Il giurista giungeva però alla conclusione che l'introduzione del voto plurimo per l'elezione del parlamento della Sassonia avrebbe provocato una decisa opposizione da parte di numerosi strati della popolazione e che, proprio per questo, la Sassonia avrebbe dovuto seguire l'esempio di quelle regioni, come ad esempio il Baden,<sup>60</sup> che avevano introdotto il suffragio universale.<sup>61</sup>

L'opzione a favore del suffragio universale appariva all'epoca in netto contrasto con le posizioni sino allora espresse da Jellinek. Da teorico del diritto e dello stato, Jellinek aveva teorizzato e ribadito più volte, anche in *Das Pluralwahlrecht*, che il diritto elettorale era da intendersi come «funzione pubblica», ma da osservatore delle concrete problematiche politiche del suo tempo aveva criticato più volte il suffragio universale; nella vasta produzione jellinektiana esistono alcuni efficaci esempi di questo atteggiamento. Nel 1895 era apparso sulla viennese «Neue Freie Presse» un breve intervento *Der Entwurf der österreichischen Wahlreform (Il progetto per la riforma elettorale austriaca)*, ispirato a Jellinek dalla proposta avanzata dal governo asburgico di allargare il diritto di voto.<sup>62</sup>

Jellinek temeva che la realizzazione di una simile riforma avrebbe aperto le porte della politica ai socialisti, perché «alla prima riforma elettorale ne seguirà presto un'altra, ad essa una terza... arriverà un giorno, quando il suffragio diretto e universale apparirà come l'unica salvezza dal caos [...]. E comunque allora sarà troppo tardi per tutto».<sup>63</sup>

Nello stesso anno, Jellinek pubblicava per la «Wiener Wochenschrift» *Das Wahlrecht in den Vereinigten Staaten (Il diritto di voto negli Stati Uniti)*,<sup>64</sup> in cui affermava, polemicamente, che il successo del modello politico statunitense dipendeva dalle numerose limitazioni che i governanti americani avevano posto al diritto di voto.<sup>65</sup> Alcuni anni più tardi, dinanzi alla crescente pressione nell'Impero asburgico per l'elezione a

<sup>59</sup> G. Jellinek, *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen* cit., pp. 25-33.

<sup>60</sup> Nel 1869 venne introdotta nel Baden il suffragio egualitario e, dopo la riforma del 1904, anche diretto. M. Botzenhart, *op. cit.*, p. 124.

<sup>61</sup> G. Jellinek, *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen* cit., pp. 44-46.

<sup>62</sup> Sul tema cfr. Cap. 3.

<sup>63</sup> G. Jellinek, *Der Entwurf der österreichischen Wahlreform*, «Neue Freie Presse», 16. Juni 1895, in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd cit., p. 379.

<sup>64</sup> L'articolo riproponeva concetti già espressi nel saggio *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* del 1895.

<sup>65</sup> Egli ricordava come in almeno undici degli stati americani il diritto di voto venisse stabilito sulla base di criteri censitari, come in altri fosse garantito esclusivamente alle persone alfabetizzate, e in altri ancora solo a coloro che risiedevano nello stato da un determinato numero di anni. G. Jellinek, *Das Wahlrecht in den Vereinigten Staaten*, «Neue Freie Presse», 16. Juni 1895, in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd cit., pp. 388-392.

suffragio universale della Camera dei deputati, Jellinek auspicava che venisse rafforzato il ruolo della Camera Alta, aumentandone, ad esempio, il numero dei membri; soltanto in questo modo, essa avrebbe contribuito attivamente al miglioramento delle leggi.<sup>66</sup>

Traspariva da ciò la diffidenza di Jellinek per la democratizzazione del diritto di voto che, a suo giudizio, avrebbe determinato un abbassamento di competenza e di preparazione dei deputati, contro il quale poteva opporsi efficacemente solo la Camera Alta.

La richiesta di introdurre il suffragio universale in Sassonia, avanzata in *Das Pluralwahlrecht*, sembrava contraddire queste posizioni; riteniamo, però, che tale contraddizione fosse meno sostanziale di quanto si possa passare.

Nella parte finale del saggio, Jellinek auspicava l'adozione del suffragio universale in Sassonia perché, solo in questo modo, tra le istituzioni e il popolo si sarebbe creata quella «concordia» e quella «collaborazione» necessarie, affinché venisse bloccato il moltiplicarsi di prerogative da parte delle istituzioni centrali, che era oramai da tempo in atto in Germania:

i singoli stati i Länder non possono essere a lungo protetti dalle tendenze centralizzatrici se il popolo si trova in una posizione di contrasto nei confronti delle proprie istituzioni.<sup>67</sup>

L'opzione di Jellinek a favore del suffragio universale non era frutto di una improvvisa fede o idealità democratiche; essa appariva piuttosto il mezzo più efficace per contenere un fenomeno che il giurista non condivideva. Le motivazioni di tanta ostilità per il processo di centralizzazione permettono di cogliere altri aspetti significativi dell'atteggiamento di Jellinek nei confronti dell'«organo parlamentare». *Das Pluralwahlrecht* venne pensato e scritto quando l'Impero tedesco era oramai una grande potenza capitalista e industriale, caratterizzata da una società civile che si stava modernizzando tra mille contraddizioni.<sup>68</sup> Una di queste era la presenza di un parlamento sostanzialmente subordinato alla Corona e all'Esecutivo. Le principali ragioni della debolezza dell'«organo legislativo» risiedevano proprio nella Costituzione imperiale del 1871.<sup>69</sup> Essa aveva

<sup>66</sup> G. Jellinek, *Das österreichische Herrenhaus und seine Reform*, «Neue Freie Presse», 25 Dicembre 1906, in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd cit., p. 360; pp. 367-370. Gli interventi finora ricordati erano stati ispirati a Jellinek dalla realtà asburgica, a testimonianza che l'abbandono dell'Austria nel 1891 non aveva diminuito il suo interesse politico per l'Impero.

<sup>67</sup> G. Jellinek, *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen* cit., p. 45.

<sup>68</sup> C. Schönberger, *op. cit.*, p. 10.

stabilita una serie di meccanismi atti a impedire qualsiasi processo di *parlamentarizzazione*, ossia ad impedire che il Cancelliere e i ministri dell'Impero venissero scelti dalla maggioranza della Camera e fossero responsabili dinanzi ad essa.<sup>69</sup>

Tra questi "freni" ricordiamo il diritto del Kaiser di nominare e destituire il Cancelliere e i funzionari imperiali e la mancanza di qualsiasi responsabilità dei plenipotenziari del Bundesrat (Consiglio federale, in cui erano rappresentati i governi regionali, e che partecipava al potere esecutivo e a quello legislativo) dinanzi al Reichstag (Parlamento imperiale). Inoltre, la Prussia, che deteneva nel Bundesrat una «posizione egemonica», esprimeva posizioni molto diverse da quelle del Reichstag, poiché, al contrario di questo, il suo parlamento regionale era eletto con il «sistema delle tre classi», ossia in base ad un meccanismo «censitario».<sup>71</sup> Il periodo compreso tra la fine dell'800 e gli inizi del '900 si caratterizzò, tuttavia, per i tentativi da parte di molte forze politiche di affermare una sorta di parlamentarizzazione «moderata»: la responsabilità del Cancelliere e dei segretari di stato, senza per questo modificare formalmente la costituzione.<sup>72</sup> In altri termini, una parte del mondo politico tedesco tentava di attuare quella che Jellinek, in un suo celebre saggio del 1906, avrebbe definito un «*Verfassungswandel*».<sup>73</sup>

La posizione di Jellinek relativamente a questo dibattito fu assai cri-

<sup>69</sup> S. Amato, *La parlamentarizzazione bloccata: rappresentanza e governo nella Germania guglielmica (1900-1914)*, in *La rappresentanza politica in Europa tra Ottocento e Novecento*, a cura di Carlo Carini, Firenze, CEL, 1993, pp. 283-285; E. W. Böckenförde, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, cit. in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, Hrsg. von E. W. Böckenförde unter Mitarbeit von R. Wahl, Köln, Kiepenheuer & Witsch, 1998, pp. 146-147.

<sup>70</sup> Il termine *parlamentarizzazione* viene qui utilizzato secondo l'accezione indicata da Amato in *La parlamentarizzazione bloccata: rappresentanza e governo nella Germania guglielmica (1900-1914)* cit., p. 283.

<sup>71</sup> La Prussia contava al Bundesrat su 17 voti, un numero sufficiente per bloccare qualsiasi riforma in materia costituzionale, militare e fiscale. S. Amato, *La parlamentarizzazione bloccata: rappresentanza e governo nella Germania guglielmica (1900-1914)* cit., pp. 284-285; M. Botzenhart, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1806-1949* cit., pp. 98-99. Sul meccanismo istituzionali della Germania guglielmica cfr. G. Tommasi, *Das Kaiserreich: a Weimar: la forma di governo in Germania e Hugo Preuss*, in *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale* cit., pp. 207-233.

<sup>72</sup> S. Amato, *La parlamentarizzazione bloccata: rappresentanza e governo nella Germania guglielmica (1900-1914)* cit., pp. 246-247. La proposta dei socialdemocratici che il Cancelliere si dimettesse su richiesta del Reichstag venne respinta dai conservatori, che accusavano la SPD di volere il procedimento di accusa nei confronti del Cancelliere per spostare il baricentro del potere a favore del parlamento centrale. Ivi, pp. 290-293.

<sup>73</sup> Ci stiamo riferendo al saggio *Verfassungsänderung und Verfassungswandel (Cambiamiento costituzionale e mutamento costituzionale)*, in cui Jellinek si soffermava su

fica, e, a nostro giudizio, *Das Pluralwahlrecht* ne costituisce una testimonianza. Nella centralizzazione in atto, Jellinek individuava uno di quei fattori che avrebbero contribuito alla parlamentarizzazione del governo. Proprio questo particolare aspetto venne approfondito da Jellinek in *Regierung und Parlament in Deutschland (Governo e Parlamento in Germania)*.<sup>74</sup> Secondo il giurista, il processo di centralizzazione avrebbe progressivamente indebolito il parlamento prussiano e il Bundesrat, ossia le due strutture che avevano da sempre rappresentato un "freno" nei confronti del Reichstag.<sup>75</sup>

Il consolidamento dei poteri nelle mani delle istituzioni centrali avrebbe spostato il baricentro del potere a favore del Reichstag, e di conseguenza avrebbe affermato la pratica della responsabilità ministeriale e del Cancelliere; ma tutto ciò avrebbe rivoluzionato la stessa struttura istituzionale dello stato.<sup>76</sup>

se volessimo realizzare un parlamentarismo secondo il modello occidentale, ciò avverrebbe solamente a prezzo di un soffocamento del Bundesrat e quindi a prezzo della distruzione dell'assetto federale dello stato. I singoli governi federali dovrebbero sottomettersi alla volontà del Reichstag, rappresentato attraverso il governo imperiale, trasformandosi in mere ombre.<sup>77</sup>

Nell'ottica di Jellinek, la centralizzazione in atto doveva essere bloccata, perché avrebbe determinato la «*Vorherrschaft*» (primato) del Reichstag e con essa l'indebolimento del sistema federale.<sup>78</sup> Il forte interesse per questo tema potrebbe spiegare perché, agli inizi del '900, il tema della tirannia della maggioranza apparisse sostanzialmente secondario nelle opere jellinekiane di

quelle trasformazioni costituzionali che non venivano, però, tradotte in modifiche formali. G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel. Eine staatsrechtliche Abhandlung*, Bern: Verlag von O. Häring, 1906. Proprio in questo saggio, Jellinek proponeva, coerentemente con la sua radicale diffidenza nei confronti dell'organo legislativo, che il parlamento venisse fortemente subordinato al governo. Ivi, p. 70 ss. Questo aspetto è efficacemente sottolineato da S. Breuer, *op. cit.*, pp. 27-29.

<sup>74</sup> Il saggio riproduceva il testo dell'intervento tenuto da Jellinek il 13 marzo del 1909 al convegno nazionale dei giuristi tedeschi.

<sup>75</sup> G. Jellinek, *Regierung und Parlament in Deutschland*, Vortrag gehalten am 13. März 1909 in der Geheimsitzung zu Dresden, Leipzig, B. G. Teubner, 1909, p. 29.

<sup>76</sup> Ivi, p. 31.

<sup>77</sup> *Ibidem*. L'idea della parlamentarizzazione come minaccia alla struttura federale dell'Impero è riscontrabile anche in *Bundesstaat und parlamentarische Regierung* del 1911, in cui ricorreva l'immagine del governo regionali ridotti a «mere ombre». G. Jellinek, *Bundesstaat und parlamentarische Regierung*, in *Id., Ausgewählte Schriften*, 2. Bd cit., p. 439; pp. 444-447.

<sup>78</sup> Sul rapporto tra centralizzazione e sviluppo delle prerogative del Reichstag nella Germania guglielmica cfr. C. Schönberger, *op. cit.*, p. 10.

analisi politica.<sup>79</sup> Ciò che, comunque, rimaneva sotteso al pensiero politico di Jellinek era un atteggiamento critico e di diffidenza nei confronti del parlamento, sia come spazio in cui i diritti di libertà e delle minoranze potevano essere gravemente limitati, sia, nel caso specifico del Reich, come "minaccia" all'assetto federale dello stato.

#### 2.4. Il parlamento come «organo della società» negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.

La letteratura critica ha analizzato gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* da un duplice punto di vista: come l'opera con cui il giovane Kelsen prese criticamente le distanze dalla *Staats- und Rechtslehre* jellinekiana e, al contempo, come il primo passo verso la formulazione della sua *Dottrina pura del diritto*.

La monografia kelseniana del 1911 è stata così "sviscerata" in tutte le sue componenti di dottrina del diritto, e di filosofia del diritto: ne sono state individuate le radici filosofiche all'interno della corrente neokantiana di Margburg, ne sono state colte le aporie concettuali, e la stessa "rotura" con la dottrina del maestro Jellinek è stata interpretata come l'inizio di quel processo di "purificazione" del diritto da elementi politici, storici, empirici che avrebbe trovato la sua espressione più sistematica e compiuta nella *Reine Rechtslehre*.<sup>80</sup>

Certamente, questi studi risultano essenziali per la comprensione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, sebbene essi non si siano soffermati a considerare con altrettanta attenzione un aspetto che invece riteniamo particolarmente interessante: l'imponente *Habilitationschrift* del 1911 rappresenta, seppur in maniera minore, ma non per questo meno significativa, una (polemica) risposta del giovane Kelsen a Jellinek proprio sul significato e sul ruolo del parlamento.<sup>81</sup>

Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen si oppose dichiaratamente alla concezione jellinekiana del parlamento quale «organo dello

<sup>79</sup> Questo tema ricompariva però in *Verfassungsänderung und Verfassungswandel*. G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel* cit., pp. 63-64.

<sup>80</sup> Ricordiamo nuovamente: N. Bobbio, *Studi generali sulla teoria del diritto* cit. id., *Dalla struttura alla forma, nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977; Id., *Kelsen e il problema del potere* cit. id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* cit.; A. Carrino, *Kelsen e le interpretazioni della sovranità* cit. id., *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen* cit.; H. Dreier, *Rechtstheorie, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit.; V. Erosini, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto* cit.; S. Gayard-Fabre, *Kelsen e Kant* cit.; M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen* cit.; Id., *Introduzione* cit.; R. Treves, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen* cit.; Id., *Prefazione* cit.

<sup>81</sup> È merito di M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento* cit. e di G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato*, *Hans*

stato», così come essa era stata formulata sia nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, sia nella *Allgemeine Staatslehre*. Una opposizione che si richiamava alla distinzione tra piano empirico e piano normativo, tra «Essere» (Sein) e «Dover Essere» (Sollen), quest'ultimo inteso come norma giuridica che si esprimeva in «giudizi di dovere».<sup>82</sup> Alla luce della distinzione tra «Essere» e «Dover Essere», nel 1911 Kelsen reimpostava e ridefiniva, principalmente in opposizione a Jellinek, il concetto di volontà statale e di organo e, a partire da ciò, il concetto stesso di parlamento e il suo rapporto rispetto allo stato.

Per quanto concerne la definizione di volontà dello stato, Kelsen prendeva le distanze sia da Otto von Gierke,<sup>83</sup> sia, e soprattutto, da Jellinek. A Gierke, Kelsen rimproverava di aver identificato la «volontà collettiva», che afferiva ad una dimensione «spirituale» e «psicologica», con la «sostanza dello stato», che invece era, secondo Kelsen, di natura «giuridico-normativa».<sup>84</sup>

Nella prospettiva kelseniana, la teoria dello stato di Gierke si basava sulla commistione tra due momenti che erano radicalmente differenti: il piano fattuale e quello normativo. Il vero bersaglio degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* era però Jellinek e la sua «idea di stato e di volontà dello stato». Secondo Kelsen, la *Staatslehre* del maestro si basava essenzialmente sulla concezione dello stato come «soggetto giuridico», ossia come «soggetto distinto dalle singole persone fisiche del popolo statale».<sup>85</sup> Tale considerazione — che, come Kelsen ricordava negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, compariva già nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte*<sup>86</sup> — presentava, secondo Kelsen, una «contraddizione» interna.

Il giovane giurista criticava il maestro per aver rifiutato, da un lato, la identificazione *tout court* della volontà dello stato «come autonomo

*Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998 aver colto l'importanza del parlamento nella dottrina giuridica degli *Hauptprobleme*.

<sup>82</sup> Cfr. E. Bulygin, *op. cit.*, p. 195; M. G. Losano, *Introduzione* cit., p. XXVII; M. W. Hebeisen, *op. cit.*, pp. 169-170.

<sup>83</sup> Per alcuni cenni sulla figura di Otto von Gierke cfr. Cap. 1.

<sup>84</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., pp. 203-204. Osserva a proposito Kelsen: «la comunità spirituale, al cui interno si forma una volontà collettiva, non è assolutamente legata alla associazione puramente esterna delle persone che formano il popolo dello stato. La comunità spirituale, che forma una volontà collettiva nel senso della psicologia dei popoli, viene costituita solo dagli individui nei quali l'interazione spirituale ha prodotto effettivamente gli stessi orientamenti della volontà». Ivi, p. 205.

<sup>85</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 212.

<sup>86</sup> Nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte* leggiamo infatti: «lo stato possiede una personalità sua propria. Personalità o persona è la capacità di poter essere titolare di diritti». E poi: «lo stato, col creare il suo proprio ordinamento, si afferma quale sog-

soggetto giuridico» con la volontà di una «qualsiasi persona fisica» e, dall'altro, per aver postulato che la volontà statale si esprimeva in un complesso di «volontà psichiche individuali» che appartenevano:<sup>87</sup>

a quegli individui che con i loro atti di volontà perseguono gli scopi dello stato, cioè gli organi statali. Qui sorge subito, per la teoria anorganica dello stato, la difficoltà di intendere la volontà psichica di numerosi organi statali come una volontà unitaria, senza la quale il concetto della persona unitaria dello stato non è pensabile.<sup>88</sup>

Kelsen riteneva che proprio il *System der öffentlichen subjektiven Rechte* di Jellinek contenesse un'altra importante «contraddizione»: l'unità della volontà statale veniva fondata su quella degli organi, mentre l'unità della «persona statale» sul «popolo dello stato»:<sup>89</sup>

come persona statale viene infatti riconosciuto il popolo statale unito dai confini dello stato e da uno scopo perseguito in comune, ma da volontà statali non finge una volontà collettiva del popolo statale, bensì la volontà [...] degli organi statali.<sup>90</sup>

Kelsen sottolineava che le volontà degli «organi statali», teorizzati da Jellinek, erano da intendersi quali volontà reali, psichiche, non come mere astrazioni. L'allievo rimproverava al maestro di aver voluto occultare l'effettiva natura (complicata e fisica) degli «organi statali» in un duplice senso.

Con puntualità, Kelsen ricordava che nel capitolo del *System der öffentlichen subjektiven Rechte* dedicato alla natura degli organi, Jellinek ammetteva la distinzione tra volontà dell'organo e volontà degli individui, per finire poi con identificare le due cose, contraddicendo le sue posizioni iniziali.<sup>91</sup>

A Kelsen appariva altrettanto indebita l'affermazione, contenuta nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, secondo cui gli atti delle volontà individuali valevano come volontà dello stato.<sup>92</sup>

un errore fondamentale della costruzione non organica del diritto va rav-

getto di diritto, dotato di una volontà unitaria diversa da quella degli individui che lo costituiscono». G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* cit., p. 31, p. 37.

<sup>87</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 212.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> Leggiamo nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte*: «Lo stato è una unità di scopo costituita da individui umani stabiliti sopra un limitato territorio, possiede una volontà sua propria nella volontà dei suoi membri organi». G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* cit., p. 36.

<sup>90</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 215.

<sup>91</sup> *Ivi*, p. 177; cfr. G. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi* cit., p. 37 ss.

<sup>92</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 177.

visato nel fatto che per essa la volontà statale è proprio quella volontà psichica dell'organo che per la considerazione qui va eliminata e che confonde questo fatto psichico-reale, presente solo per la conoscenza psicologica, con una qualità che a sua volta esiste solo per la considerazione giuridica.<sup>93</sup>

In tal senso, secondo Kelsen, l'errore di Jellinek consisteva nell'aver «aggiunto» alle volontà psichiche, individuali, concrete, espresse dalle persone fisiche, una qualità giuridica che non competeva loro.<sup>94</sup>

In altri termini, Kelsen obiettava al suo maestro di Heidelberg di aver sovrapposto il piano giuridico-normativo a quello empirico.

La critica di Kelsen alla concezione jellinekiana della volontà degli organi e della volontà statale come «prodotto» della volontà di questi ultimi era finalizzata ad affermare che la natura obiettiva della volontà dello stato (e dello stato stesso) era di tipo «giuridico-normativo», e che, in sintesi, afferiva al «Dover essere», piuttosto che all'«Essere».<sup>95</sup>

Nella monografia del 1911, Kelsen era altresì consapevole che una simile affermazione necessitava di una fondazione teorica salda, che egli individuava nel concetto di «imputazione». La volontà statale veniva, infatti, ridefinita come un «centro di imputazione», ossia come quel punto ideale verso il quale «confluiscono» azioni che, sulla base di criteri fissati in determinate «proposizioni giuridiche»,<sup>96</sup> dovevano valere come azioni dello stato.<sup>97</sup>

se certe azioni di determinate persone fisiche valgono per la considerazione giuridica non come azioni di questa persona bensì di un'altra, da esse diversa, qui c'è un caso particolare di imputazione. [...] il punto di imputazione non cade però in un altro essere umano. L'imputazione, per così dire, attraversa il soggetto fisico agente e il suo atto psichico di volontà e non si ferma in un'altra persona fisica. [...] gli individui in cui si realizza una siffatta imputazione sono gli organi statali e il punto di incontro comune di tutte le linee di imputazione [...] è la volontà statale.<sup>98</sup>

Per cui, proseguendo nel suo confronto con la dottrina di Jellinek,

<sup>93</sup> *Ivi*, p. 224.

<sup>94</sup> *Ivi*, p. 218.

<sup>95</sup> *Ivi*, pp. 220-222.

<sup>96</sup> Per «proposizioni giuridiche» Kelsen intendeva quel «giudizio ipotetico intorno ad una volontà dello stato di porre in essere una condotta propria». *Ivi*, p. 517. Sul concetto di imputazione nell'opera del 1911 cfr. G. Stella, *Stato e scienza*... cit., p. 10.

<sup>97</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., pp. 515-517.

<sup>98</sup> *Ivi*, p. 223. Negli *Hauptprobleme* l'imputazione è essenzialmente intesa come «collegamento normativo di due fattispecie». Nel 1913, con *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft* (La scienza del diritto come scienza normativa o culturale), Kelsen avrebbe precisato che per imputazione si intende anche il semplice riferimento ad una determinata persona fisica. M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen* cit., pp. 22-23.

Kelsen concludeva che:

il concetto di volontà statale non ha niente a che fare con un fatto psicologico di volontà. Essa va considerata esclusivamente come prodotto della costruzione giuridica e precisamente di una costruzione intrapresa allo scopo di imputazione.<sup>99</sup>

Il rapporto tra organo statale e volontà statale non era più regolato, come in Jellinek, dal principio di causa-effetto, bensì da quello di imputazione: per Kelsen, Jellinek aveva commesso l'«errore» di voler comprendere la natura della volontà statale come prodotto dell'azione degli organi, e quindi di analizzarla sulla base della legge causale che, però, competeva all'«Essere», alla dimensione empirica. In tal senso, secondo Kelsen, l'autore della *Allgemeine Staatslehre* aveva finito per travisare completamente l'essenza della volontà statale che, nell'analisi kelseniana, era di tipo giuridico-normativo e che, in quanto tale, poteva essere compresa solo attraverso il principio di imputazione, attraverso il «collegamento normativo di due fattispecie». <sup>100</sup>

Il concetto di imputazione permetteva così a Kelsen di spiegare la volontà statale, senza utilizzare argomentazioni di tipo causale cui era ricorso Jellinek.

A partire dal concetto di imputazione Kelsen definiva quella che, a suo giudizio, era la reale natura dell'organo statale. Per cui, il distacco di Kelsen dalle posizioni di Jellinek non consisteva tanto nel rifiuto della terminologia utilizzata dal maestro (volontà statale, organo statale), quanto nella critica al suo significato.<sup>101</sup> Kelsen esaminava anzitutto il concetto di organo statale, così come questo era stato interpretato da alcuni dei

<sup>99</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 224.

<sup>100</sup> Ivi, p. 226; cfr. M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen* cit., pp. 22-23; Id., *Introduzione* cit., pp. XL-XLII; pp. LKIV-LXV; G. Stella, *Stato e scienza*, cit., p. 10. La distinzione tra legge causale e collegamento normativo sarebbe stata approfondita da Kelsen alcuni mesi dopo la pubblicazione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* nel: *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (Confini tra il metodo giuridico e sociologico)*, in cui il giurista puntualizzava che «l'opposizione metodologica tra sociologia e giurisprudenza [...] è quella tra Essere e Dover Essere», per cui la sociologia indagava secondo criteri «causali», mentre la giurisprudenza in base a criteri «logico-formali». La distinzione tra sociologia e giurisprudenza riguardava anche i rispettivi ambiti di ricerca: la prima si occupava delle manifestazioni di volontà (Wollen), mentre la seconda del «Dover Essere», e ciò permetteva a Kelsen di concludere che «sulla base della opposizione tra Essere e Dover Essere si fonda la distinzione tra discipline esplicative e normative». H. Kelsen, *Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, 1911, pp. 3-15.

<sup>101</sup> Nelle opere successive dedicate alla teoria del diritto e dello stato, quali la *Allgemeine Staatslehre* (1925) e la *Reine Rechtslehre* (1934), Kelsen avrebbe polemizzato anche

principali pensatori dell'800: egli osservava che in Gerber gli organi statali (monarca e parlamento per ora)<sup>102</sup> erano gli strumenti con cui si realizzava la volontà della personalità statale,<sup>103</sup> in Laband mancava invece una definizione effettiva di organo statale,<sup>104</sup> mentre in Gierke si assisteva ad una stretta identificazione tra il concetto di organo e quello di «funzione vitale dello stato», ossia tra concetto di organo e una sorta di «funzione biologica». <sup>105</sup>

Nell'interpretazione kelseniana, nessuno di questi pensatori era riuscito a formulare una definizione realmente soddisfacente di organo statale, poiché tutti e tre avevano confuso il piano dell'«Essere» con quello del «Dover Essere», il piano fattuale con quello giuridico-normativo.<sup>106</sup>

Il vero «bersaglio» degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* era, in realtà, Jellinek: secondo Kelsen, l'autore della monumentale *Allgemeine Staatslehre* non si era limitato a confondere la volontà psichica degli individui, che componevano l'organo, con la volontà dello stato; egli aveva anche formulato la distinzione tra «organo primario» e «organo secondario», che Kelsen riteneva scientificamente del tutto infondata. Il giovane giurista ricordava come nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte* Jellinek identificasse lo stato con l'organo e, sulla base di ciò, non riconoscesse alcuna personalità giuridica all'organo, per poi individuarla, con la *Allgemeine Staatslehre*, nel rapporto tra «organo primario» (popolo) ed «organo secondario» (parlamento).<sup>107</sup> Secondo Kelsen, Jellinek cadeva così in contraddizione: egli inizialmente negava all'organo statale la personalità giuridica, per poi riscoprirlo nel rapporto tra «organo primario e secondario». <sup>108</sup>

Kelsen attaccava la distinzione tra «organo primario e secondario» anche sotto la prospettiva della «rappresentanza»: tutti gli organi dello stato rappresentano immediatamente lo stato, senza alcun bisogno o necessità di organi intermedi.<sup>109</sup> E ciò si inseriva perfettamente in una *Staats- und Rechtslehre* che, come sintetizza efficacemente Carrino, aveva una

con altri autori e pensatori, non soltanto con Jellinek, a testimonianza del sopraggiunto distacco dall'insegnamento del maestro. M. W. Hebeisen, *op. cit.*, p. 170.

<sup>102</sup> Uno dei contributi principali in cui Gerber aveva espresso la sua teoria degli organi erano *Die Grundzüge des deutschen Staatsrechts (I lineamenti di diritto pubblico tedesco)* (1869).

<sup>103</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 505.

<sup>104</sup> Kelsen ricordava che proprio Gierke aveva rimproverato a Laband di aver rinunciato ad una definizione specifica e puntuale di organo statale. Ivi, p. 506.

<sup>105</sup> Ivi, pp. 505-506.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> Ivi, p. 507; cfr. 2.1.

<sup>108</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 537.

visione «unitaria» dello stato quale ordinamento giuridico.<sup>110</sup>

Le «contraddizioni» di Jellinek e le stesse «lacune» della letteratura giuridica tradizionale sul problema dell'organo statale derivavano, secondo Kelsen, dalla incapacità di cogliere il suo rapporto effettivo con lo stato, che, a suo giudizio, consisteva in un rapporto di imputazione, per cui:

l'essenza [dell'organo statale] consiste nella imputazione artificiale di determinate azioni ad un soggetto diverso da quello che agisce fisicamente.<sup>111</sup>

Come osservato precedentemente, il «soggetto diverso da quello che agisce fisicamente» era lo stato, inteso quale ordinamento giuridico-normativo.

Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen prendeva una posizione opposta a quella di Jellinek: per il maestro gli «organi statali», che erano parte integrante dello stato, da cui ricevevano determinate funzioni e determinati compiti, partecipavano alla creazione e alla manifestazione della volontà statale.<sup>112</sup> In Kelsen, invece, la volontà dello stato veniva ridefinita come «centro di imputazione», e gli organi come quelle entità che, sulla base di determinati criteri, imputavano («ascrivevano») allo stato particolari azioni.

Proprio quell'insieme di criteri, regole, norme di condotta, di «giudizi di dovere» che stabilivano quali azioni dovessero valere come volontà dello stato, ossia quali azioni dovessero ricevere l'attributo della statualità, costituivano, per Kelsen, l'ordinamento giuridico-normativo, da lui identificato con lo stato.<sup>113</sup> Il problema principale restava capire *chi* effettivamente creava quelle norme, *chi* ne determinava il contenuto, ossia, in ultima analisi, *chi* produceva concretamente il contenuto della volontà statale.

Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, il soggetto che creava la volontà statale era il parlamento, che diveniva così il collegamento tra la «vita sociale» e l'ordinamento statale:<sup>114</sup>

deve necessariamente esserci un punto in cui la corrente della vita sociale penetra di nuovo nel corpo statale, un luogo di passaggio dove gli elementi amorfi della società trapassano nelle forme fisse dello stato e del diritto. È il luogo dove costumi e morale, dove interessi economici e interessi religiosi diventano proposizioni giuridiche, contenuto della volontà statale: l'atto legislativo. Così il processo di formazione della volontà statale è per così dire il

<sup>109</sup> Ivi, pp. 772-774.

<sup>110</sup> A. Carrino, *Presentazione* cit., p. XLI.

<sup>111</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., pp. 536-537.

<sup>112</sup> Cfr. Cap. 2.1.

<sup>113</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 536 ss.

<sup>114</sup> Ivi, p. 460.

cordone ombelicale che lega direttamente la forma dello stato al grembo materno della società: è il grande mistero del diritto e dello stato che si compie nell'atto legislativo.<sup>115</sup>

Nel passo appena citato, Kelsen negava così un altro principio portante della dottrina giuridica di Jellinek: l'idea dello stato come produttore del diritto:<sup>116</sup>

che lo stato, se è il creatore del diritto, considerato storicamente, debba necessariamente precedere temporalmente quest'ultimo quale causa di un effetto, è solo la conseguenza [...] di quella concezione che considera la creazione del diritto come funzione dello stato. Bisogna però rifiutare con decisione un siffatto rapporto tra stato e diritto, per il quale lo stato è il *prius* e il diritto il *posterius*.<sup>117</sup>

Kelsen riteneva che tale concezione scaturisse dalla supposta «analogia» tra lo stato e la persona umana, tra la volontà dello stato e volontà umana, che, del resto, per Kelsen, era alla base dell'idea jellinekiana, secondo cui la volontà dello stato si fondava sulla volontà degli organi, quest'ultima intesa come volontà di persone fisiche.<sup>118</sup> Negato che la produzione della volontà statale competesse allo stato, Kelsen attribuiva questo specifico compito al parlamento che, diversamente da quanto sostenuto da Jellinek, non era concepito da Kelsen come «organo dello stato», e tanto meno come «organo secondario dello stato»:

Nessuno degli atti che appartengono alla legislazione, e neppure il processo nella sua totalità può valere come funzione dello stato. Ciò trova espressione nell'uso linguistico. Non è possibile dire che lo stato vota nella Camera.

<sup>115</sup> *Ibidem*. Questo aspetto è chiaramente sottolineato in A. Carrino, *Vita e forme in Kelsen* cit., p. 13.

<sup>116</sup> Ivi, pp. 486; cfr. M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento* cit., p. 56; G. Bongiovanni, *Reina Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato* cit., p. 22 ss.; id., *Stato di diritto e giustizia costituzionale. Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920. In: Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica* cit., p. 327 ss. Per Kelsen, nel momento in cui lo stato cessava di essere il produttore del diritto veniva meno anche la cosiddetta teoria del *Mehrwert* (plusvalore), di cui Otto Mayer era stato, alla fine dell'800, uno degli esponenti più illustri. Nella sua *Deutsche Verwaltungsgeschichte (Storia amministrativa tedesca)*, lo stato appariva *prius* del diritto e, in base a ciò, all'amministrazione veniva riconosciuto un plusvalore rispetto ai cittadini privati. L'amministrazione era infatti definita da Mayer come «libera in se stessa», ossia capace di agire sulla base della propria forza, piuttosto che sulla base della legge. B. Sordi, *op. cit.*, pp. 3-7; M. Stolleis, *op. cit.*, pp. 404-407; M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico* cit., pp. 462-473. Sulla concezione kelseniana dell'amministrazione, G. Winkler, *Kelsen e il diritto amministrativo* «Diritto e cultura», 1, 1994, pp. 67-83.

<sup>117</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 455.

<sup>118</sup> Ivi, p. 456.

dei deputati oppure che lo stato delibera un progetto di legge, è solo il deputato che vota ed è il parlamento che porta a decisione una proposta. E ancor meno si può dire che lo stato sanziona la delibera parlamentare, e infatti solo il monarca che concede la sanzione per la sua persona.<sup>119</sup>

Con un linguaggio abbastanza insolito per lui, Kelsen esprimeva una considerazione apparentemente banale, ma in realtà dagli esiti dirompenti per ciò che concerneva il suo rapporto con l'opera di Jellinek:

già l'uso linguistico imputa tutti gli atti facenti parte della legislazione ai singoli esseri umani o corporazioni che pongono in essere questi atti e non allo stato [...] e l'uso linguistico coglie sicuramente nel segno.<sup>120</sup>

In altri termini, Kelsen negava che gli atti legislativi fossero «funzioni dello stato», o meglio «azioni dello stato», giacché lo stato era una realtà puramente giuridico-normativa: la produzione legislativa cadeva «al di fuori della sfera giuridica» e rientrava nella sfera della società.<sup>121</sup>

Come puntualizza Dreier, negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, venivano così a delinearsi due concetti di diritto: da un lato, il diritto come quei «giudizi di dovere», quell'insieme di norme che afferivano al «Dover-Essere», e che consistevano essenzialmente nelle regole e nei criteri in base ai quali avveniva il processo di imputazione. Dall'altro, il diritto come il frutto della attività legislativa, che scaturiva dalla concreta attività del parlamento, che veniva posto da un «potere sociale», e che, in quanto tale, era da ritenersi «organo della società».<sup>122</sup>

In questo secondo significato di diritto, sottolinea efficacemente Fioravanti, la produzione legislativa non apparteneva più, come in Jellinek, allo stato, bensì al parlamento e, per mezzo di esso, alla «Gesellschaft», ossia alla società con il suo inevitabile portato di divisioni, diversità e conflittualità.<sup>123</sup>

Kelsen ribaltava completamente la prospettiva di Jellinek, «restituendo» il parlamento alla società. Nel suo saggio, Fioravanti insiste particolarmente

<sup>119</sup> Ivi, p. 457.

<sup>120</sup> Ivi, p. 458.

<sup>121</sup> Ivi, pp. 458-459.

<sup>122</sup> H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit., pp. 41-42; M. G. Losano, *Introduzione* cit., pp. XXXII-XXXIV. Negli *Hauptprobleme*, l'interesse principale di Kelsen era rivolto alla descrizione e alla definizione delle norme generali che regolano il meccanismo della imputazione e che costituiscono l'oggetto di indagine della scienza giuridica. M. G. Losano, *Forma e realtà in Kelsen* cit., pp. 22-23; cfr. G. Stella, *Scienza e stato*, cit., p. 10 ss.

<sup>123</sup> M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento* cit., pp. 58-59. Per Kelsen solo l'Esecutivo era da intendersi come «organo dello stato», nella

su questo aspetto, tralasciandone un altro che, però, a nostro giudizio, è altrettanto significativo. Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen non si limitava a definire il parlamento quale «funzione sociale» ma, proprio alla luce di questa considerazione, prendeva le distanze dalla dottrina di Jellinek anche in merito alla definizione di elettore e popolo. Nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte* e nella *Allgemeine Staatslehre*, il diritto elettorale era definito più volte come «funzione dello stato».<sup>124</sup> Nell'opera kelseniana del 1911, invece il diritto elettorale cadeva, proprio come il parlamento, «al di fuori della sfera giuridica», per cui:

qui è sufficiente accennare al fatto che l'elezione in quanto consiste in azioni dei suddetti elettori è un atto di organizzazione e non già un atto del Tutto organizzato, dello stato; esso per sua natura, come presupposto per la formazione del parlamento che fa le leggi, appartiene al grande processo della cosiddetta produzione della volontà dello stato, la cui natura sociale, extra statale, è stata già prima dimostrata.<sup>125</sup>

Contrariamente a quanto sostenuto da Jellinek, il parlamento, l'attività legislativa, la stessa pratica elettorale non erano da considerarsi «funzioni dello stato», bensì «funzioni sociali».<sup>126</sup> Kelsen riconosceva, però, che una parte «non irrilevante dell'evento complessivo dell'elezione consisteva anche in azioni di organi statali, dunque in atti dello stato».<sup>127</sup> Tra questi, Kelsen individuava l'obbligo da parte dello stato di accettare e trattare le dichiarazioni di voto dei cittadini, il fatto che in alcuni stati fosse previsto l'obbligo di voto, la consegna della scheda elettorale, la designazione del candidato e perfino il semplice obbligo per gli elettori di recarsi in un particolare luogo per votare.<sup>128</sup> Nella pratica elettorale si verificava dunque una sorta di «commistione» tra gli atti statali (quella serie di atti che, sulla base di proposizioni giuridiche, venivano imputati alla volontà dello stato) e gli atti dei singoli individui. In tal senso, l'elettore rappresentava lo stato quando adempiva ad obblighi previsti dallo stato, e che riguardavano essenzialmente la regolamentazione e l'attuazione stessa dell'elezio-

misura in cui la sua competenza era fondata su «una proposizione giuridica». H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 557.

<sup>124</sup> Cfr. Cap. 2. Kelsen ricordava che nel *System der öffentlichen subjektiven Rechte* il diritto elettorale era spesso definito «attività dello stato» che consisteva, sottolineava Kelsen, «nel riconoscimento del singolo nella sua qualità di elettore». H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 764.

<sup>125</sup> Ivi, p. 748.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> Ivi, p. 749.

<sup>128</sup> Ivi, pp. 745-747.

ne (ad esempio il fatto di utilizzare la scheda elettorale per esprimere il voto), ma rappresentava la società quando decideva quale candidato votare, quale programma politico premiare con la propria preferenza etc.<sup>129</sup>

Altrettanto radicale appariva la critica di Kelsen al concetto jellinekiano di popolo, e, di conseguenza, all'idea di popolo quale «organo dello stato».

A Jellinek, che nella *Allgemeine Staatslehre* attribuiva al popolo una volontà unitaria,<sup>130</sup> Kelsen replicava che, nella realtà, non esisteva alcun popolo che corrispondesse a questa definizione, poiché il popolo non era affatto una entità unitaria, dotata di una volontà omogenea.<sup>131</sup> Egli osservava, però, che lo stesso Jellinek finiva per contraddirsi quando, in un passo della *Allgemeine Staatslehre*, riconosceva che, ad una analisi più attenta e approfondita, la volontà del popolo appariva a volte eterogenea e frammentaria.<sup>132</sup>

Ma, continuava Kelsen, egli aveva comunque voluto giustificare la sua idea di volontà del popolo, affermando che questa diveniva unitaria nel momento in cui *tutti* gli elettori erano impegnati a svolgere la stessa «funzione»: eleggere la Camera dei deputati.<sup>133</sup> Proprio su questo passo si appuntava l'ironica critica dell'allievo:

questo metodo jellinekiano rende possibile presentare persino gli orientamenti di volontà contrastanti come concordi! Se infatti due individui vogliono la stessa cosa, vogliono comunque cose contraddittorie, essi potrebbe-

<sup>129</sup> Ivi, 749.

<sup>130</sup> Nella *Allgemeine Staatslehre*, il popolo veniva definito quale soggetto dotato di una volontà sostanzialmente unitaria sia nei sistemi democratico-rappresentativi, sia in quelli a democrazia diretta. G. Jellinek, *Dottrina generale dello stato* cit., pp. 537-539.

<sup>131</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 540.

<sup>132</sup> *Ibidem* Kelsen si stava riferendo al capitolo "La natura degli organi" della *Allgemeine Staatslehre*. Perfino in *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Kelsen ribadì che il popolo era composto da una «miriade di gruppi» e che la conflittualità esistente tra le varie classi sociali ne era una prova evidente. Egli criticava così tutti quei tentativi di fondare la volontà statale sulla volontà del popolo; tentativi di cui, secondo Kelsen, un rappresentante illustre era stato Otto von Guericke. H. Kelsen, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* cit., pp. 28-29.

<sup>133</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 540. Kelsen si stava riferendo al seguente passo della *Allgemeine Staatslehre*: «In verità nell'elezione, per quanto possa svolgersi in così tanti distretti elettorali e in forme diverse, trova luogo una volontà unitaria di tutto il popolo. Infatti la volontà dei singoli gruppi di elettori, e quindi della totalità degli elettori, è rivolta non solo alla nomina di un singolo deputato, ma anche della stessa Camera». G. Jellinek, *La dottrina generale dello stato* cit., p. 155.

<sup>134</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 540.

ro pur sempre concordare che tuttavia vogliono qualcosa!<sup>134</sup>

Nel suo tentativo di legittimare il carattere unitario della volontà del popolo (e del popolo medesimo), Jellinek commetteva, secondo Kelsen, l'errore di identificare il popolo che votava con il popolo *tout court*.<sup>135</sup>

E in ciò, secondo Kelsen, Jellinek si era ispirato alla concezione rousseviana del popolo sovrano.<sup>136</sup> In questo modo, Jellinek, che nei suoi scritti di analisi politica aveva criticato la concezione politica di Rousseau in quanto «illiberale», finiva per essere accusato da Kelsen di aver costruito la sua idea di popolo, richiamandosi proprio all'opera del Ginevrino.

Soggetto, o meglio, soggetti dell'elezione erano dunque, per Kelsen, quei cittadini che godevano dei diritti elettorali e che, recatisi alle urne, esprimevano le loro preferenze del tutto eterogenee e soggettive:

rispondere alla questione che cosa più elettori hanno voluto è affare degli psicologi ed è possibile solo nell'indagine del caso singolo. Se però il giurista, da questo punto di vista, esplicativo della considerazione empirica afferma senza alcun fondamento che nell'atto elettorale l'intero popolo, cioè tutti i singoli esseri umani hanno manifestato una volontà contenutisticamente concorde c'è per l'appunto ciò che una finzione vuol dire nel significato peggiore del termine: una menzogna!<sup>137</sup>

La critica alla concezione unitaria di popolo e l'insistenza con cui veniva sottolineata la reale dinamica elettorale si inserivano direttamente in una riflessione più ampia che, in esplicita opposizione alla lezione di Jellinek, individuava nella società il presupposto necessario della volontà statale. In altri termini, la rigorosa separazione tra «Essere» e «Dover Essere», l'attacco al concetto jellinekiano di volontà statale, di «organo dello stato» e di popolo era così connesso con una visione che recuperava la corrispondenza del parlamento con la società, considerata nella sua dimensione eterogenea e frammentata.<sup>138</sup>

<sup>135</sup> Una considerazione analoga, anche se non in riferimento a Jellinek, sarebbe ricomparsa nella prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* di cui ci occuperemo nel Cap. 6.

<sup>136</sup> H. Kelsen, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* cit., p. 541. Secondo Kelsen, la identificazione del popolo con il popolo elettore, la identificazione del tutto con la sua parte, scaturiva da una indebita sovrapposizione tra riflessione giuridica e riflessione teorico-politica. *Ibidem*

<sup>137</sup> *Ibidem*

<sup>138</sup> Cfr. G. Bongiovanni, *Stato di diritto e giustizia costituzionale...* cit., p. 327.

Con la sua *Habilitationsschrift*, Kelsen "restituiva" al parlamento una nuova "dignità", nella misura in cui riconduceva quest'ultimo e la stessa figura dell'elettore alla società. Egli esponeva queste sue teorie pochi anni prima lo scoppio della guerra mondiale, che avrebbe sancito la fine dell'Impero tedesco (il riferimento istituzionale per Jellinek) e dell'Impero asburgico, in cui il giovane giurista era cresciuto e vissuto.

Con la fine del conflitto, al posto della Monarchia costituzionale degli Asburgo, sarebbe sorta una (debole) Repubblica democratica e, come vedremo successivamente, il passaggio dalla monarchia alla repubblica avrebbe comportato la nascita di un nuovo regime politico, basato proprio sulla centralità dell'organo parlamentare.

Il grande rilievo che, in aperta polemica con Jellinek, Kelsen aveva attribuito al parlamento, come vero e unico produttore della volontà statale, come «organo della società», come «funzione della società» sembrava in parte anticipare, sul piano teorico, gli avvenimenti austriaci del 1918-1920, che avrebbero rappresentato un'altra significativa tappa nel percorso verso *Essenza e valore della democrazia*, poiché avrebbero indotto Kelsen ad occuparsi nuovamente del "problema parlamento", non da teorico del diritto e dello stato impegnato a prendere criticamente le distanze dalla *Lehre* del maestro, bensì da osservatore attento e partecipe degli avvenimenti politici del suo paese.

Da questo punto di vista, la trasformazione politica e istituzionale dell'Austria avrebbe offerto a Kelsen l'occasione per precisare e approfondire, dalla prospettiva del pensiero politico, la sua analisi del parlamento e quindi di completare il suo confronto a distanza con Georg Jellinek.

### CAPITOLO 3

#### La Nascita della Repubblica democratica austro-tedesca: ottobre 1918-marzo 1919.

##### 3.1. Le prime leggi costituzionali dello Stato austro-tedesco: la fondazione della repubblica democratica.

Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* Kelsen rivalutava il parlamento, in polemica col maestro Jellinek, come «organo della società» e produttore della cosiddetta volontà statale. La *Habilitationsschrift* di Kelsen attribuiva al parlamento una nuova centralità, anticipando ciò che, sul piano politico, sarebbe accaduto in Austria dopo il crollo dell'Impero asburgico.

Durante il biennio 1918-1919, nei territori governati per secoli dagli Asburgo, sarebbero nati nuovi stati nazionali, tra i quali la repubblica democratica d'Austria in cui il parlamento avrebbe acquisito una nuova e rilevante importanza. Nelle prossime pagine, cercheremo di delineare gli aspetti principali del dibattito politico-costituzionale che si svolse nell'Austria tedesca tra il 1918 e il 1919 e dal quale emergono tematiche, suggestioni e problemi che, in maniera più o meno diretta, influenzarono il pensiero politico del giurista tra il 1918 e il 1920, l'anno di *Essenza e valore della democrazia*.

La sconfitta militare degli Asburgo offrì alle varie nazionalità, che facevano parte dell'Impero, l'occasione di ottenere l'indipendenza che rivendicavano da tempo. Nei primi giorni di ottobre i cechi, gli ungheresi, gli slavi del sud, i polacchi cominciarono a formare governi indipendenti, i cosiddetti «consigli nazionali»; di fronte a questo fenomeno, ormai inarrestabile, il Parlamento imperiale ammise l'impossibilità per gli Asburgo di continuare a governare. A Vienna, il 21 ottobre 1918, i deputati di lingua tedesca del Parlamento imperiale formarono la «Assemblea nazionale provvisoria dello stato indipendente austro-tedesco»,<sup>1</sup> costituita da 102

<sup>1</sup> Sulla nascita della prima Repubblica austriaca e sui lavori della Assemblea nazionale provvisoria esiste il saggio di R. Owerdeck, *Parteien und Verfassungsfrage in Österreich, die Entstehung des Verfassungsprovisoriums der ersten Republik 1918-1920*, München, R. Oldenbourg, 1937. Diversamente da quest'opera, che ancora oggi rappresenta un'efficace introduzione alla situazione politica austriaca nel biennio '18-'20, abbiamo dato rilievo, attraverso lo studio degli *Stenographische Protokolle*, al concreto dibattito politico-costituzionale, ad alcuni dei suoi protagonisti, focalizzando la nostra attenzione sul ruolo e i poteri del Legislativo e sulla trasformazione del sistema elettorale.

nazionalisti,<sup>2</sup> 70 cristiano-sociali e 39 socialdemocratici. La composizione politica della nuova Assemblea si basava sui risultati delle ultime elezioni politiche dell'Impero, avvenute nel 1911.<sup>3</sup>

Nelle settimane immediatamente successive alla convocazione dell'Assemblea furono emanate le prime leggi costituzionali del nuovo stato austro-tedesco: dalla legge sull'autorità esecutiva a quella sulla forma istituzionale, dalla legge sul sistema di votazione a quella che doveva regolare i rapporti tra il governo centrale e i Länder (le macro-regioni in cui era tradizionalmente suddiviso il territorio dell'Austria tedesca). Nell'arco di appena due mesi i partiti dell'Assemblea crearono un nuovo stato, e furono chiamati a ristabilire l'ordine in un paese sull'orlo dell'anarchia. L'improvviso rincaro del pane aveva provocato numerosi scioperi che, tra gennaio e giugno del 1918, si erano diffusi in quasi tutta l'Austria tedesca, segnando l'inizio del movimento dei Consigli degli operai e dei soldati.<sup>4</sup>

Il 21 ottobre, l'Assemblea nazionale scelse i suoi tre presidenti (Franz Dinghofer per i nazionalisti, Karl Seitz per i socialdemocratici, Jodok Fink per i cristiano-sociali)<sup>5</sup> e costituì un Comitato esecutivo di

<sup>2</sup> I nazionalisti rappresentavano una compagine estremamente frammentaria, composta nel 1918 dal partito tedesco-nazionale, dal partito tedesco degli agrari, dal partito dei tedeschi radicali, dal partito del centro tedesco e dal partito tedesco dei lavoratori. K. Berchtold, *Die politischen Parteien und ihre parlamentarischen Klubs seit 1918 in Österreich-Parlamentarismus. Werden und System*, hrsg. von H. Schambeck, Berlin, Duncker Humboldt, 1986, p. 430.

<sup>3</sup> F. L. Carsten, *The First Austrian Republic 1918-1938. A Study Based on British and Austrian Documents*, Gower, Maurice Temple Smith, 1973, pp. 1-2; G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, Hans Kelsen Institut, 1981, p. 1. Il termine «austro-tedesco» indicava la parte dell'Austria abitata da austriaci di lingua tedesca.

<sup>4</sup> I nuovi organismi consiliari, che si occupavano prevalentemente dei rifornimenti alimentari e di trovare alloggi per i civili, erano di orientamento socialdemocratico, e per questo ritenuti dai conservatori un elemento di pericolosa destabilizzazione politica. Il timore delle forze conservatrici si rivelò infondato, dato che nell'autunno del 1918 i Consigli degli operai, sorti nelle principali fabbriche del paese, erano sotto il controllo del partito socialdemocratico che ne aveva neutralizzato le frange più estremiste. F. L. Carsten, *La rivoluzione nell'Europa centrale 1918-1919*, Torino, Einaudi, 1979, pp. 21-28; H. Hautmann, *Geschichte der Arbeiterbewegung in Österreich: 1918-1924*, Wien, Europa Verlag, 1984, pp. 181-183, p. 153, p. 238 ss.

<sup>5</sup> Franz Dinghofer (1873-1956), tedesco-nazionale, giudice (1901 al 1918), membro della giunta comunale di Linz e sindaco nella stessa città (1907-1918); fu deputato al Parlamento imperiale (1911-1918), membro della Assemblea nazionale (1918-1920), uno dei tre presidenti dell'Assemblea nazionale provvisoria (1918-1919), terzo presidente dell'Assemblea nazionale costituente (1919-1920), membro del Nationalrat (1920-1928), ossia il parlamento austriaco, vicecancelliere (1927-1928), ministro

venti membri che, fino alla promulgazione della costituzione e alla creazione di un vero e proprio governo austro-tedesco, avrebbe dovuto rappresentare l'Austria tedesca alle trattative di pace con le potenze dell'Intesa. Insieme al Comitato, che venne chiamato Consiglio di stato (Staatsrat) e partire dalla seconda seduta dell'Assemblea (30 ottobre), fu formata una Commissione costituzionale, col compito di stabilire il sistema di votazione per l'elezione della Assemblea nazionale costituente.<sup>6</sup>

Nella prima seduta dell'Assemblea, il maggiore interesse dei partiti non riguardò tanto l'assetto istituzionale dell'Austria tedesca, quanto l'estensione dei suoi confini. Cristiano-sociali, socialdemocratici e nazionalisti rivendicarono il diritto dell'Austria ad «autodeterminarsi», ossia ad essere indipendente e stabilire i propri confini.<sup>7</sup> I tre «Lager»<sup>8</sup> condividevano, però, l'idea che lo stato austro-tedesco dovesse riunire in sé tutti i tedeschi dell'Impero; a questa idealità si richiamavano personaggi politicamente opposti come il leader socialdemocratico Viktor Adler, il tedesco nazionale Adolf Glöckner e il cristiano-sociale Heinrich Mataja.<sup>9</sup>

Le principali divergenze emersero sul tipo di rapporto che, dopo la guerra, sarebbe nato tra l'Austria tedesca, la Germania e le nazioni che

della giustizia (1927-1928), infine presidente del Consiglio superiore della magistratura (1928-1938). Jodok Fink (1853-1929), cristiano-sociale, agricoltore, sindaco di Andelsbuch; membro dell'Assemblea regionale del Vorarlberg (1890-1918) deputato parlamentare (1897-1918) membro della Assemblea nazionale (1918-1920), vicecancelliere (1919-1920), deputato del Nationalrat (1920-1929). Karl Seitz, (1869-1950), maestro elementare, socialdemocratico; nel 1897 divenne membro della Assemblea regionale della Bassa Austria, dal 1901 deputato al Parlamento imperiale, membro della Assemblea nazionale (1918-1920), presidente della Assemblea nazionale costituente (1919-1920), sindaco di Vienna (1923-1934), deputato del Nationalrat (1920-1934, 1945-1950). G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...* cit. p. 12.

<sup>6</sup> Ivi, pp. 1-2. K. Stadler, *Die Gründung der Republik in Österreich. Geschichte der ersten Republik 1918-1938*, Styria, Graz, 1983, pp. 66-67.

<sup>7</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung 1918-1919* (microfilm), reperibili presso la Biblioteca dell'Istituto Universitario Europeo di Fiesole, pp. 4-5.

<sup>8</sup> Il termine «Lager» fu coniato dallo storico Adam Wandruszka in *Österreichs politische Struktur. Die Entwicklung der Parteien und politischen Bewegungen* (1954), per indicare i maggiori raggruppamenti politico-sociali in cui era suddivisa la società austriaca della prima repubblica.

<sup>9</sup> Viktor Adler (1852-1918), medico, pubblicista, leader della socialdemocrazia austriaca, fondatore nel 1886 della rivista «Gleichheit» e nel 1889 della «Arbeiter Zeitung». Adolf Glöckner (1850-?), tedesco-nazionale, dal 1897 fu sindaco di Neustadt e dal 1895 membro dell'Assemblea regionale della Boemia. Fu deputato presso il Parlamento imperiale dal 1897 al 1907, fu membro dell'Assemblea nazionale dal 1918 al 1919.

avevano fatto parte dell'Impero asburgico. Durante la prima riunione dell'Assemblea, i tedesco-nazionali, che rappresentavano il partito più importante all'interno del "campo" nazionalista, rivendicarono uno degli obiettivi politici più antichi del loro programma, la riunificazione dei tedeschi d'Austria ai tedeschi di Germania.<sup>10</sup> Nella prospettiva cristiano-sociale, espressa dal deputato Mataja, il nuovo stato austro-tedesco avrebbe avuto effettive chances di sopravvivere al dopoguerra se si fosse unito ad uno o ad altri stati.<sup>11</sup>

Con ciò, Mataja sembrava rivolgersi sia alla possibilità di unificare l'Austria tedesca alla Germania, sia di immettere il paese in una grande federazione delle nazionalità danubiane. Nei primi mesi della "Staatsbe-gründung" (fondazione dello stato), la maggioranza della CSO (Christlichsoziale Partei Österreich) propendeva per la seconda alternativa, poiché convinta che l'Anschluss dell'Austria alla Germania avrebbe trasformato la prima, arretrata e politicamente debole, in una delle tante "province" tedesche. La preferenza di molti cristiano-sociali per una grande "Lega danubiana" era inoltre dettata dalla segreta speranza che questa federazione avrebbe col tempo riprodotto gli stessi rapporti di forza presenti nell'ex Impero.<sup>12</sup> Su posizioni fortemente analoghe a quelle del cristiano-sociale Mataja si trovava il socialista Viktor Adler.<sup>13</sup>

Nella prima seduta dell'Assemblea, i tre «Lager» sembravano concordi nel ritenere che non esistessero ancora le condizioni affinché l'Austria tedesca si costituisse come stato nazionale autonomo.<sup>14</sup>

Heinrich Mataja (1877-1937), cristiano-sociale, avvocato, deputato del Parlamento imperiale dal 1913. Deputato dell'Assemblea nazionale provvisoria e di quella costituente, fu ministro degli Interni (30 ottobre 1918-15 marzo 1919) e ministro degli Esteri (20 novembre 1924-15 gennaio 1926). *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975*, hrsg. von der Parlamentsdirektion, Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1975, p. 9; p. 89, 206.

<sup>10</sup> S. Sulan, *The Anschluss Question in the Weimar Era. A Study of Nationalism in Germany and Austria, 1918-1932*, Baltimore-London, 1974, pp. 6-7.

<sup>11</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 23.

<sup>12</sup> G. Marasco, *Il problema dell'Anschluss austro-tedesco, 1918-1922*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 19-20. Sul tema cfr. A. D. Low, *The Anschluss Movement, 1918-1938 and the Great Powers*, New York, Columbia Press, 1985.

<sup>13</sup> *Stenographische Protokolle* cit., pp. 23-24. In base al programma sulle nazionalità sfilato alla Conferenza di Brünn nel 1899, la SPÖ proponeva di trasformare l'Impero in una Federazione democratica dei paesi danubiani, a ciascuno dei quali sarebbe stata garantita ampia autonomia. N. Leser, *Teoria e prassi dell'austromarxismo*, Milano, Mondo-Operaio Avanti!, 1978, p. 6.

<sup>14</sup> N. Leser, *Genius austriacus. Beiträge zur politischen Geschichte und Geistesgeschichte Österreichs*, Wien-Köln-Graz, Hansman-Böhlhans Nachf., 1986, pp. 34-35.

La questione istituzionale venne sollevata solamente nella seconda seduta dell'Assemblea nazionale il 30 ottobre da Karl Renner, giurista, esponente dell'ala moderata e riformista della SPÖ (Sozialdemokratische Partei Österreich), nominato il 21 ottobre Capo della Cancelleria del primo governo provvisorio austro-tedesco.<sup>15</sup> Con l'appoggio del suo partito, egli aveva preparato un progetto di legge costituzionale sulla «sovranità» («über die Einrichtungen des Staatsgewalts»), in cui affermava l'importanza di stabilire disposizioni capaci di impedire ogni «forma di arbitrio giuridico».<sup>16</sup> Per Renner, pensare ad un ordinamento costituzionale per l'intera Austria tedesca significava essere consapevoli dell'*unicum* storico e politico che i tedeschi d'Austria rappresentavano nel 1918, ossia del fatto che essi erano un «popolo senza stato»:

ogni popolo ha rivendicato il suo diritto alla autodeterminazione, e così a noi non è rimasto che far uso dell'inalienabile e imprescrittibile diritto di un popolo a determinare il proprio impianto costituzionale.<sup>17</sup>

Con queste parole, Renner, Capo della Cancelleria, si dichiarava favorevole alla repubblica democratica, quale forma di governo basata sull'idea del popolo come depositario della sovranità, e che esercita il potere sovrano attraverso i propri rappresentanti liberamente e direttamente eletti:

La sovranità non appartiene alla Assemblea nazionale, piuttosto è esercitata per mezzo di essa. È stato deciso [...] che il popolo stesso debba essere il titolare e il soggetto di tutto il potere.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> Karl Renner (1870-1955), giurista, tra i maggiori esponenti della SPÖ, per svariate anni funzionario presso la Biblioteca del Parlamento imperiale di Vienna; eletto nel 1907 al Parlamento imperiale, ne fece parte fino al 1918. Fu Capo della Cancelleria di stato (30 ottobre 1918-15 marzo 1919) e Cancelliere (15 marzo 1919-7 luglio 1920); ricoprì anche la carica di ministro per l'Interno e l'Istruzione (15 marzo 1919-9 maggio 1919). Fu ministro degli Esteri (26 luglio 1919-22 ottobre 1920) e presidente del Nationalrat (29 aprile 1931-4 marzo 1933). Renner ebbe un ruolo di grande prestigio politico anche nella seconda repubblica austriaca, sorta dopo la fine della seconda guerra mondiale, ricoprendo la carica di Cancelliere (27 aprile 1945-20 dicembre 1945) e poi di Presidente federale (dal 20 dicembre 1945 fino alla morte). *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., p. 263.

<sup>16</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 31. In riferimento al progetto renneriano sulla «sovranità» cfr. W. Brauneder, *Karl Renner's "Entwurf einer provisorischen Verfassung"*, in *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag*, hrsg. von H. Mayer gemeinsam mit C. Jabloner, G. Kuckso-Stadlmayer, R. Lauret, K. Ringhofer, R. Thienel, Wien, Manzschke Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1991, specie pp. 68-72.

<sup>17</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 31.

<sup>18</sup> *Ibidem*

Secondo Renner, il principio democratico prevedeva, peraltro, che l'Assemblea nazionale detenesse il monopolio della iniziativa legislativa, e che al Consiglio di stato spettasse la mera esecuzione delle disposizioni prese dalla Assemblea:

L'Assemblea provvisoria si riserva questo potere e trasmette il potere esecutivo e di governo [...] ad una commissione esecutiva che essa stessa ha scelto. Questa commissione ha il nome di Consiglio di stato. La commissione esecutiva deve solo applicare le decisioni dell'Assemblea nazionale.<sup>19</sup>

Il richiamo di Renner al rapporto tra Consiglio di stato e Assemblea indicava la grande distanza che separava il nuovo stato austro-tedesco da quello imperiale. Con la riforma costituzionale del 1867<sup>20</sup> lo stato asburgico si era trasformato a tutti gli effetti in una monarchia costituzionale: era stata introdotta l'immunità parlamentare e la responsabilità dei ministri, ma il potere legislativo era rimasto sostanzialmente subordinato a quello esecutivo e in particolare alla figura dell'imperatore: il Kaiser era il supremo «titolare del potere esecutivo e amministrativo» e possedeva una ampia serie di «prerogative», tra le quali la nomina dei membri della Camera Alta (Herrenhaus) che, insieme alla Camera dei deputati, costituiva il Reichsrat (Parlamento imperiale). All'imperatore spettava il diritto di sanzione sulle leggi presentate dal parlamento, oltre al potere di convocare, rinviare e sciogliere il Parlamento imperiale.<sup>21</sup> Quest'ultimo svolgeva

<sup>19</sup> *Ibidem*

<sup>20</sup> La sconfitta riportata dall'impero asburgico contro l'Italia e la Prussia nella guerra del 1866 diede nuovo slancio alle richieste di riforma costituzionale, in particolare all'Ungheria, che da tempo rivendicava un ruolo politico e istituzionale di maggiore importanza nell'Impero. Il risultato fu l'emanazione della costituzione del 1867, che trasformava l'imperatore Francesco Giuseppe in Imperatore d'Austria e Re d'Ungheria. La costituzione del 1867 rappresentò un compromesso tra le due nazionali più importanti dell'Impero. M. Weiß, *Die Ausbreitung des allgemeinen und gleichen parlamentarischen Wahlrechts in der westlichen Reichshälfte der Habsburgermonarchie. Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Philosophischen Fakultät der Ruprecht-Karl-Universität zu Heidelberg*, 1965, pp. 84-85.

<sup>21</sup> Sulla situazione politica e costituzionale asburgica precedente alla costituzione del 1867 cfr. O. Lehner, *Österreichisches Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte. Mit Grundrissen der Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, Wien, Universitäts-Verlag Rudolf Trauner, 2002, pp. 173-216; H. Rumpler-P. Urbanitsch (hrsg.), *Verfassung und Parlamentarismus. Verfassungsrecht, Verfassungswirklichkeit, Zentrale Repräsentativkörperschaften*, 1. Teilband, in *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, Wien, Verlag der Österreichischen Akademie der Wissenschaft, 2000, pp. 187-201; cfr. G. Kolmer, *Parlament und Verfassung in Österreich*, 2. Bd (1869-1879) e 4. Bd (1885-1891), Graz, Akademisches Druck- und Verlagsanstalt, 1972-1980.

<sup>22</sup> H. Rumpler-P. Urbanitsch (hrsg.), *Verfassung und Parlamentarismus... cit.*, pp. 86-87; O. Lehner, *op. cit.*, pp. 227-230.

la funzione di rappresentanza non verso il popolo, bensì verso il monarca, che tra l'altro aveva il diritto di bloccare l'entrata in vigore delle deliberazioni parlamentari («Gesetzbeschlüsse»);<sup>23</sup>

Contro il passato asburgico, la legge costituzionale sulla «sovranità», proposta da Renner, sanciva il passaggio da una monarchia costituzionale ad un sistema democratico basato sul primato del potere legislativo.<sup>24</sup> Il passaggio condiviso e sostenuto dalla maggioranza dei socialdemocratici.<sup>25</sup> Nell'ottobre del 1918, la SPÖ era l'unico dei grandi partiti dell'Assemblea nazionale ad avere idee chiare sul futuro istituzionale dell'Austria tedesca.<sup>26</sup> In epoca imperiale, il movimento socialdemocratico era stato a lungo indebolito dall'antagonismo tra l'ala riformista, favorevole alla pratica parlamentare e propensa alla collaborazione con la borghesia liberale, e quella radicale, che premeva per il sovvertimento rivoluzionario dell'ordine asburgico. L'unità del movimento era stata difesa e garantita sia dall'energica azione del suo leader Viktor Adler,<sup>27</sup> sia grazie al compromesso raggiunto tra riformisti e radicali alla fine degli anni '80:<sup>28</sup> i primi avevano riconosciuto che gli ideali socialisti non potevano dirsi pienamente realizzati con la mera conquista della maggioranza socialdemocratica in parlamento, mentre i secondi avevano offerto il loro appoggio nella lotta per il suffragio universale.<sup>29</sup>

I contenuti del compromesso erano stati dichiarati in occasione del Congresso socialdemocratico di Hainfeld nel 1889, il cui programma aveva

<sup>23</sup> W. Brauner, *Die Entstehung des Parlamentarismus 1861/1867 und seine Weiterentwicklung*, cit., pp. 85-86; Id., *Österreichische Verfassungsgeschichte*, Wien, Manz Verlag, 1992, p. 169; G. Stourzh, *Die österreichische Dezemberverfassung*, in Id., *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte der liberalen Staaten*, Wien, Böhlau, 1989, pp. 241-246.

<sup>24</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., pp. 32-33.

<sup>25</sup> M. Matzka, *Sozialdemokratie und Verfassung*, in M. Matzka (hrsg.), *Sozialdemokratie und Verfassung*, Wien, München, Zürich, Europa Verlag, 1992, p. 59.

<sup>26</sup> W. Berchtold, *Österreichische Parteiprogramme 1868-1966*, Wien, Verlag für Geschichte und Politik, 1967, p. 31.

<sup>27</sup> A. Wandruszka, *La socialdemocrazia nella prima repubblica austriaca*, in *Il movimento operaio e socialista in Italia e Germania dal 1870 al 1920*, a cura di L. Valiani e A. Wandruszka, Bologna, Il Mulino, 1978, pp. 43-44.

<sup>28</sup> Nei primi anni '80 la corrente radicale venne fortemente influenzata dall'antiparlamentarismo e dall'anarchismo del tedesco Johann Most, che, secondo Amato, finì per ostacolare la campagna della SPÖ per la democratizzazione delle istituzioni asburgiche. S. Amato, *Parlamentarismo e socialdemocrazia nell'evoluzione del pensiero politico di Kautsky*, intr. a K. Kautsky, *La rivoluzione sociale. Riforma e rivoluzione sociale (1902)*, Firenze, Centro editoriale toscano, 2002, pp. 27-30.

<sup>29</sup> W. Berchtold, *Österreichische Parteiprogramme 1868-1966* cit., p. 21; H. Mikulcik, *Der Austromarxismus in der Zwischenkriegszeit als Versuch einer Synthese aus*

stabilito solennemente la nascita della SPÖ e la sua unità.<sup>30</sup> L'impegno socialdemocratico per le riforme sociali, la cooperazione tra massimalisti e riformisti per la libertà di stampa e le libertà politiche, la crescente capacità organizzativa della classe operaia, la presenza di deputati socialdemocratici nel Parlamento imperiale<sup>31</sup> contribuirono, tra la fine dell'800 e il primo decennio del '900, allo sviluppo del programma moderato e ad una crescente attenzione del partito per le conquiste democratiche.<sup>32</sup>

La stessa introduzione del suffragio universale maschile nel 1907 venne accolta dal partito come una grande conquista socialdemocratica e un primo passo verso un sistema politico più giusto ed egualitario.<sup>33</sup> Le parole pronunciate da Renner nella seconda seduta della Assemblea

*radikaler Phraseologie und praktischer Politik*, Diploma Arbeit, Nationalbibliothek, Wien, 1984, p. 4.

<sup>30</sup> P. Kulemann, *Am Beispiel des Austromarxismus. Sozialdemokratische Arbeiterbewegung in Österreich von Hofjfeld bis zur Dollfuß-Diktatur*, Hamburg, Junius, 1979, pp. 76-77. Il programma di Hofjfeld si divideva in due parti: la prima riguardava il superamento del sistema capitalistico e la conseguente concentrazione dei mezzi di produzione nelle mani della classe operaia, mentre nella seconda parte erano esposti i mezzi per la conquista del potere. Essi potevano essere sia violenti, sia «legali», come ad esempio, il suffragio universale. Ivi, p. 76.

<sup>31</sup> Grazie alla riforma del governo Baden, che aveva allargato il diritto di voto, nel 1897 i socialdemocratici conquistarono 14 seggi nel Parlamento imperiale. M. Sully, *Continuity and Change in Austrian Socialism: the Eternal Quest for the Third Way*, Boulder, East European Monographs, 1982, p. 17.

<sup>32</sup> E. Hanisch, *Österreichische Geschichte, 1890-1990. Der lange Schatten des Kaisers. Österreichische Gesellschaftsgeschichte im 20. Jahrhundert*, Wien, Carl Ueberle, 1994, pp. 102-104; M. Sully, *Continuity and Change in Austrian Socialism* cit., pp. 14-17; R. Neck, *Sozialdemokratie in Österreich: Geschichte der ersten Republik 1918-1938*, in E. Weizsäcker und K. Skalnitzki (Hrsg.), *Österreich. Geschichte der ersten Republik*, Graz, Styria, 1983, pp. 227-228; K. Ueacker, *Demokratie und Wahrscheinlichkeit in Österreich. Zur Entwicklung von politischer Partizipation und staatlicher Legitimationspolitik*, Wien, Verlag für Gesellschaftskritik, 1985, pp. 230-233.

<sup>33</sup> K. Weber, *Die österreichische Sozialdemokratie und das allgemeine Wahlrecht*, Doktorat Dissertation, National Bibliothek, Wien, 1965, pp. 80-81; la questione della democratizzazione istituzionale riemerge negli anni della guerra, non più in riferimento al suffragio universale, quanto alla possibilità di sostituire la monarchia con una repubblica democratica. Nel 1917 i «Linken», ossia la frangia radicale della SPÖ, elaborarono una «dichiarazione programmatica», con cui criticavano aspramente il partito per aver sostenuto gli Asburgo nel conflitto militare, concludendo che la crisi della monarchia a livello europeo rappresentava un'ottima occasione per realizzare, anche in Austria, un sistema completamente democratico-repubblicano e una totale democratizzazione della amministrazione. Secondo i «Linken» tali cambiamenti avrebbero consentito alla SPÖ di conquistare il potere e realizzare il socialismo. Alla Conferenza di partito, tenu-

provvisoria si innestavano dunque in questa precisa tradizione di lotte democratiche.<sup>34</sup>

Nel 1918 la SPÖ sosteneva che qualsiasi tentativo rivoluzionario sarebbe stato represso dai conservatori e dalle potenze dell'Intesa, e che l'unica soluzione fosse la collaborazione con gli altri Lager politici.<sup>35</sup> La scelta «legalitaria» della socialdemocrazia venne teoricamente giustificata da Otto Bauer.<sup>36</sup> Esponente dell'ala sinistra della socialdemocrazia, convinto sostenitore dell'Anschluss alla Germania, e tenace critico dell'appoggio offerto dal suo partito all'intervento austriaco nella guerra mondiale, Bauer pubblicò nel 1919 *Der Weg zum Sozialismus (La realizzazione del socialismo)*. Il crollo della monarchia, la creazione dell'Assemblea e la nascita del nuovo ordine democratico vennero presentati dall'autore come un momento storico, necessario per ripristinare la «pace» e il «lavoro», per ricreare quella stabilità economica e politica dalla quale la classe operaia avrebbe preso le mosse per la conquista del potere.<sup>37</sup>

La rivoluzione politica è stata il prodotto della violenza; la rivoluzione sociale può essere soltanto l'opera di un lavoro ricostruttivo e organizzativo e [...] costruire la società nuova [...] è un compito cui non può adempiersi né combattendo per le vie, né guerreggiando, ma solo dandosi ad un lavoro creatore nel campo della legislazione e della amministrazione.<sup>38</sup>

La rinuncia a sfruttare la situazione di caos in cui versava il paese per gli scopi rivoluzionari non si esauriva certo nella considerazione che non esiste-

tasi nell'ottobre del '17, le richieste della corrente di sinistra furono inserite nel programma generale. Quest'ultimo conservava, però, un contenuto sostanzialmente moderato, poiché non faceva alcun riferimento esplicito alla crisi della monarchia asburgica. Ivi, pp. 152-157; H. Kulemann, *op. cit.*, p. 197.

<sup>34</sup> K. Weber, *op. cit.*, pp. 102-103.

<sup>35</sup> N. Leser, *Genius austriacus* cit., pp. 278-279.

<sup>36</sup> Otto Bauer, (1881-1938), socialdemocratico, esponente di spicco dell'austromarxismo, e dell'ala sinistra della SPÖ, successe a Viktor Adler alla guida del partito. Redattore della «Arbeiter Zeitung» dal 1907, fu ministro degli Esteri (24 novembre 1918-26 luglio 1919), mentre dal 4 marzo 1919 al 9 novembre del 1920 partecipò come deputato ai lavori della Assemblea nazionale costituente; infine fu membro del Nationalrat (10 novembre 1919-17 febbraio 1934). Nel 1934, abbandonò l'Austria per la Repubblica ceca e da qui, all'arrivo delle truppe naziste nel 1938, emigrò a Parigi, dove morì lo stesso anno. G. Marramao, *op. cit.*, pp. 13-16; *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., p. 19.

<sup>37</sup> O. Bauer, *La realizzazione del socialismo*, Città di Castello, Il Solco casa editrice, 1920, pp. 13-19.

<sup>38</sup> Ivi, pp. 17-19.

vano ancora le condizioni per rovesciare la borghesia o nella riflessione di Bauer, teoricamente più raffinata, che il passaggio al socialismo necessitava di «pace e lavoro»; essa celava in sé la sostanziale fedeltà della SPÖ (o almeno di una considerevole parte di essa) alle istituzioni e alla prassi legalitaria, fedeltà che non proveniva soltanto dalla sua «svolta» riformista, ma anche dalla sua precedente integrazione nelle strutture governative dell'Impero.<sup>39</sup>

L'intreccio di scelte pratiche e motivi teorici fu alla base di quella collaborazione tra socialdemocratici e le altre forze politiche, che rappresentò uno dei presupposti fondamentali al progetto presentato da Renner nella seconda seduta dell'Assemblea.<sup>40</sup>

Il primo deputato dell'Assemblea ad aderire alla legge costituzionale proposta dal Capo della Cancelleria fu il tedesco-nazionale Leopold Waber.<sup>41</sup>

Nel suo intervento egli sottolineava come la pubblicazione del «Manifesto» dell'imperatore Carlo I (17 ottobre 1918) avesse sancito la nascita di un ordinamento repubblicano che, per l'esponente nazionalista, coincideva con «il passaggio [del potere] nelle mani dei singoli popoli». Le parole di Waber erano condivise dalla maggioranza del suo partito e da molti altri membri del «Lager» nazionalista, che era lungi dal rappresentare una forza politica completamente favorevole agli Asburgo e alla monarchia.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> H. Hauptmann, *Hunger ist ein schlechter Koch*, in *Bewegung und Klassenkämpfe in österreichischen Arbeitergeschichte*, Wien, Europa Verlag, 1978, p. 677. La sostanziale integrazione della socialdemocrazia nelle istituzioni politiche imperiali fu, ad esempio, testimoniata dalla nomina di Karl Renner, nel 1916, a responsabile dell'«Ufficio per i rifornimenti alimentari» ed anche dalla collaborazione, sorta alla fine della guerra, tra il Commissariato generale per l'economia di guerra e di transizione e la SPÖ. *Ibidem*.

<sup>40</sup> K. Ueakar, *op. cit.*, p. 376.

<sup>41</sup> Leopold Waber (1875-1945), tedesco-nazionale, avvocato, deputato del Parlamento imperiale (1911-1916); fu membro dell'Assemblea nazionale provvisoria (1918-1919) e della Assemblea nazionale costituente (1919-1920). Fu deputato del Nationalrat (1920 al 1930) ricoprendo il ruolo di ministro degli Interni e dell'Istruzione (1921-1922) di ministro per la Giustizia (1922-1923) e di Vicecancelliere (1924-1926). *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975 cit.*, p. 345.

<sup>42</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung cit.*, p. 38. Il 16 ottobre 1918 Carlo I aveva pubblicato un «Manifesto» con cui riconosceva la sconfitta militare, il diritto alla autodeterminazione dei popoli, ma al contempo chiedeva che l'Impero venisse trasformato in un grande stato federale che riunisse in sé le nazioni danubiane. G. Marsico, *op. cit.*, pp. 2-3.

<sup>43</sup> A. Wandruszka, *Österreichs politische Struktur. Die Entwicklung der Parteien und politischen Bewegungen*, Wien, Verlag für Geschichte und Politik, 1954, pp. 370-371.

La presenza in ambito nazionalista di partiti di ispirazione repubblicana e di altri, seppur in minoranza, di ispirazione monarchica era il portato di una antica tradizione politica.<sup>44</sup> Durante la seconda metà dell'800, le posizioni repubblicane si erano rafforzate nell'intero settore nazionalista e, nel caso specifico dei tedesco-nazionali, esse si erano innestate in una visione politica sempre più conservatrice e apertamente razzista.<sup>45</sup> La svolta «autoritaria» di fine secolo rappresentava nel 1918 un elemento di convergenza importante tra i tedesco-nazionali e l'ala più reazionaria della CSÖ, ma è pur vero che nell'Assemblea nazionale provvisoria la forza politica che insieme alla SPÖ sostenne con maggiore convinzione l'ideale repubblicano fu proprio il partito nazionalista.<sup>46</sup>

Nelle prime due sedute dell'Assemblea nazionale, i cristiano-sociali non parteciparono attivamente alla discussione sulla futura forma dello stato austro-tedesco e sulla legge costituzionale proposta da Renner. L'unica eccezione in tal senso fu l'intervento del deputato Josef Schraffl<sup>47</sup> che, durante la riunione del 21 ottobre, ribadì la fedeltà della CSÖ alla monarchia.<sup>48</sup> Diversamente dal partito tedesco-nazionale, la CSÖ mantenne una posizione

<sup>44</sup> Dalla prima metà dell'800 si erano sviluppate quattro grandi correnti nazionaliste nell'Impero asburgico: 1) la «scuola grande-austriaca», che sognava ancora un Sacro romano Impero guidato dagli Asburgo; 2) i «grandi-tedeschi», anch'essi fedeli alla monarchia, sebbene aspirassero alla riunificazione tra i tedeschi d'Austria con i tedeschi di Germania; 3) il partito tedesco-nazionale, ferocemente antiasburgico e antimonarchico, che si era formato a partire dagli anni '70 dell'800; 4) i «piccolo-tedeschi», le cui posizioni politiche erano simili a quelle dei tedesco-nazionali.

<sup>45</sup> A. Wandruszka, *Österreichs politische Struktur. Die Entwicklung der Parteien und politischen Bewegungen cit.*, pp. 372-375; cfr. Id., *Das nationale Lager*, in E. Weinzierl und K. Skalnik (hrsg.), *Österreich: Geschichte der ersten Republik 1918-1938 cit.*, pp. 277-279.

<sup>46</sup> Ueakar e Matzka identificano il nazionalismo austro-tedesco con una forza politica favorevole al mantenimento della monarchia, dimenticando così l'eterogeneità di idee e proposte che caratterizzava questo movimento, e che emerge invece dalla lettura degli *Stenographische Protokolle*.

<sup>47</sup> Josef Schraffl (1855-1922), cristiano-sociale, proprietario terriero, esponente del Parlamento imperiale dal 1906, successivamente deputato alla Assemblea nazionale provvisoria e a quella costituente. Fu governatore del Tirolo dal 20 maggio 1917 all'11 gennaio 1922 e membro del Nationalrat dal 25 novembre 1920 all'11 gennaio 1922. *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975 cit.*, p. 294.

<sup>48</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung cit.*, p. 8. Il partito cattolico e conservatore era complessivamente filomonarchico, ma al suo interno celava una frattura tra i «cristiano-sociali viennesi», fedeli all'Impero e agli Asburgo, e numerosi deputati, provenienti in gran parte dai Länder, che auspicavano la creazione di una repubblica democratica. Questa contrapposizione è riconducibile alle

sostanzialmente deflata sulla questione istituzionale. La diversità di atteggiamenti dipendeva dal fatto che i cristiano-sociali erano sostanzialmente rimasti fedeli agli Asburgo e speravano nel mantenimento della monarchia, mentre i tedesco-nazionali vedevano nell'opera dell'Assemblea la premessa per la prossima creazione di uno stato repubblicano.<sup>49</sup>

Nella seconda fase della seduta del 30 ottobre, intervennero i nazionalisti Karl Kummer e August Denk<sup>50</sup> che, pur condividendo le istanze fondamentali espresse da Renner nel suo progetto di legge costituzionale, espressero alcune riserve sulla modalità di attuazione del potere esecutivo. Entrambi chiedevano di creare immediatamente un organo esecutivo che sostituisse quello imperial-regio ancora in vigore e, soltanto dopo, discutere la specifica forma di tale organo.<sup>51</sup> A Kummer e Denker, Renner ribadì l'importanza di stabilire le competenze del potere esecutivo e di quello legislativo, poiché riteneva che solo su questo specifico piano emergesse la differenza sostanziale tra vecchio e nuovo regime. Laddove l'Impero era stato caratterizzato da uno schiacciante primato dell'esecutivo sul legislativo e dalla subordinazione della volontà popolare a quella regia, la nuova legge costituzionale avrebbe affidato la funzione esecutiva al Consiglio di stato, scelto direttamente dall'Assemblea. Renner sottolineava così la distanza tra l'era imperiale e quella repubblicana:

radici storiche della CSÖ: dalla seconda metà dell'800 i cristiano-sociali avevano stabilito legami sempre più stretti sia con la Chiesa, sia con la Monarchia, che avevano visto nel partito il baluardo del conservatorismo sociale. Ma ciò non aveva del tutto cancellato gli ideali repubblicani e democratici, che avevano caratterizzato gli inizi del movimento cattolico austriaco, e di cui, nel caos del 1918, una parte della CSÖ sembrava nuovamente ricordarsi. K. Decker, *op. cit.*, p. 378; A. Wandruszka, *Österreichs politische Struktur: Die Entwicklung der Parteien und politischen Bewegungen* cit., p. 305.

<sup>49</sup> Dalla lettura degli *Stenographische Protokolle* emerge così il diverso grado di coinvolgimento dei cristiano-sociali e dei tedesco-nazionali nel dibattito del 30 ottobre, a testimonianza del complesso ruolo svolto dalla forza nazionalista nella costruzione della prima repubblica democratica d'Austria, e della estrema difficoltà, sul piano dell'analisi storico-politica, ad attribuirle un atteggiamento coerentemente filomonarchico.

<sup>50</sup> August Denk (1852-1926), tedesco-nazionale, tipografo, deputato al Parlamento imperiale (1911-1913), membro della Assemblea nazionale provvisoria.

Karl Kummer (1904-1967), tedesco-nazionale, agricoltore, membro della Assemblea nazionale provvisoria e successivamente del Nationalrat (1945 al 1949). *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., p. 45, p. 179.

<sup>51</sup> I due deputati tedesco-nazionali avevano colto uno dei grandi paradossi su cui era sorta la prima repubblica austriaca. Nell'Austria tedesca, fino al 27 ottobre, continuavano infatti ad operare due distinte autorità esecutive: il Consiglio di stato, da un lato, e il Governo imperiale presieduto da Heinrich Lammasch, dall'altro. M. Matzka, *op. cit.*, p. 52.

Noi dovremmo abituarci a formulare le nostre leggi in una rottura netta, in una rottura moralmente netta con le leggi dello stato che è esistito sinora.<sup>52</sup>

Secondo il leader socialdemocratico, il compito che spettava alla Assemblea nel 1918 non era *sic et simpliciter* istituire un governo in sostituzione di un altro, bensì formarne uno che fosse *qualitativamente* differente da quello tradizionale, e ciò richiedeva all'Assemblea un impegno teorico al quale, seppur momentaneamente, subordinare le impellenti esigenze del presente.<sup>53</sup>

Alla fine del dibattito, la legge presentata da Renner «sulla sovranità» fu definitivamente approvata. Essa stabiliva che il Consiglio di stato e la cosiddetta «Staatsregierung» (Governo dello stato), cui era riconosciuto il potere di emanare disposizioni procedurali, si trovasse in una posizione nettamente subordinata alla Assemblea nazionale e che il Consiglio di stato fosse scelto dalla Assemblea secondo il sistema proporzionale, affinché fosse garantita la rappresentanza di tutte le forze politiche.<sup>54</sup> Nella prospettiva socialdemocratica, il primato del potere legislativo, il rifiuto di una chiara separazione dei poteri e l'applicazione della logica proporzionale all'organo di governo erano garanzia del principio più radicalmente innovatore introdotto dalla prima legge costituzionale dello stato austro-tedesco, ossia il principio della sovranità popolare.<sup>55</sup>

Dopo l'approvazione della legge sulla «sovranità», l'Assemblea fu chiamata il 12 novembre a discutere un progetto di legge sulla «forma dello stato», preparato dal Consiglio di stato, e anch'esso fortemente influenzato da Renner e dai socialdemocratici. Esso prevedeva la proclamazione della repubblica e la conseguente demolizione dell'antico edificio monarchico, iniziata proprio con la legge «sulla sovranità» del 30 ottobre.<sup>56</sup> La storica decisione era stata «accelerata» dall'azione dei socialdemocratici, dei tedesco-nazionali e della classe operaia, e anche dalla proclamazione della repubblica nella vicina Germania.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 47.

<sup>53</sup> *Ivi*, pp. 46-48.

<sup>54</sup> A. Ableitinger, *Die Grundlegung der Verfassung*, in E. Weinzierl und K. Skalnik (hrsg.), *Österreich: Geschichte der ersten Republik 1918-1938* cit., p. 155; G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato* cit., p. 154.

<sup>55</sup> M. Welan, *Die Gewaltenteilung*, in *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, hrsg. von H. Schambeck, Berlin, Duncker Humboldt, 1980, pp. 484-485. L'approvazione della legge renneriana istituì *de jure* un nuovo governo che cominciò ad esercitare pienamente i suoi poteri solo alla fine di novembre, quando venne sciolto l'ultimo Gabinetto imperiale presieduto da Heinrich Lammasch. G. Schnitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...* cit., p. 13.

<sup>56</sup> C. Gulick, *Austria from Habsburg to Hitler*, New York, N. Y. University Press, 1984, p. 50.

<sup>57</sup> Tra ottobre e novembre la classe operaia austriaca, in particolare quella viennese, esercitò continue pressioni sui dirigenti socialdemocratici, affinché fosse proclamata

Il dibattito fu aperto da Renner, secondo cui la legge sulla «sovranità» e la guerra avevano «sradicato» l'antica autorità asburgica, e avevano così reso necessaria l'adozione di una repubblica democratica, che, a suo giudizio, rappresentava la condizione principale per ricostruire l'intero paese e le sue relazioni con le altre nazioni.<sup>58</sup>

Il nostro popolo potrà rinascere e la nostra economia potrà essere ricostruita. La condizione per fare ciò è la completa democrazia. Se noi ci decidiamo a dichiarare l'Austria tedesca una repubblica adempiremo ad una necessità verso l'estero, nelle nostre relazioni verso i popoli d'Europa e del mondo, verso le potenze amiche e perfino quelle nemiche. È incontestabile, oggi la democrazia è diventata il fondamento del mondo e noi non possiamo, né vogliamo niente di diverso; anche noi dobbiamo essere governati con i metodi della civiltà moderna.<sup>59</sup>

L'unico deputato che si oppose seriamente alla immediata accettazione della legge sulla «forma dello stato» e che prese apertamente le distanze da Renner fu il cristiano-sociale Wilhelm Miklas.<sup>60</sup> pur riconoscendo i profondi cambiamenti provocati dalla guerra, egli riteneva che la decisione ultima dovesse essere affidata ai cittadini attraverso una votazione democratica.<sup>61</sup> Le parole di Miklas riflettevano perfettamente le posizioni della CSÖ che, nell'autunno del 1918, era il maggiore partito ad appoggiare gli Asburgo.<sup>62</sup> I cristiano-sociali erano entrati a far parte della Assemblea nazionale privi di un serio programma politico e costituzionale, ma sostanzialmente decisi a mantenere la monarchia.<sup>63</sup> Nello scontro, la SPÖ, appoggiata dalla maggioranza del settore nazionalista, prevalse sulla CSÖ.<sup>64</sup>

la repubblica: il 30 ottobre gli operai viennesi si riversarono nella capitale per chiedere la destituzione della famiglia reale. F. L. Carsten, *La rivoluzione nell'Europa centrale* cit., p. 20.

<sup>58</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 65

<sup>59</sup> *Ibidem*

<sup>60</sup> Wilhelm Miklas, (1872-1956), cristiano-sociale, preside di liceo, fu membro del Parlamento imperiale dal 1907 al 1918. Fu deputato presso l'Assemblea nazionale provvisoria e quella costituente; fu sottosegretario al ministero per la Cultura (15 marzo 1919-20 ottobre 1920), membro del Nationalrat (1920-1928). Ricoprì il ruolo di presidente del Nationalrat (20 novembre 1923-6 dicembre 1928) e fu presidente federale (5 dicembre 1928-11 marzo 1938). *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., p. 214.

<sup>61</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 68.

<sup>62</sup> A. Staudinger, *Christlichsoziale Partei, in Österreich: Geschichte der ersten Republik 1918-1958* cit., pp. 249-250.

<sup>63</sup> J. W. Boyer, *Culture and Political Crisis in Vienna: Christian Socialism in Power 1897-1918*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1998, p. 441.

<sup>64</sup> Il 26 novembre, i cristiano-sociali convocarono una conferenza di partito per fare

Fu Renner a leggere dinanzi alla Assemblea il testo con cui i cittadini sarebbero stati informati sulla scelta appena compiuta. Il documento annunciava la volontà dell'Assemblea nazionale provvisoria di:

fondare lo stato austro-tedesco come repubblica, ossia come uno stato libero, popolare, le cui leggi provengono dal popolo e le cui autorità sono poste, senza eccezione, per mezzo dei rappresentanti del popolo.<sup>65</sup>

Con questa semplice frase l'Assemblea creava un sistema politico basato sull'idea del popolo sovrano che affidava la funzione legislativa ai propri rappresentanti democraticamente scelti. La legge del 12 novembre «sulla forma di stato» diventava così il naturale completamento di quella del 30 ottobre sulla «sovranità»: laddove la prima legge costituzionale stabiliva il primato dell'Assemblea sul Consiglio di stato, la legge «sulla forma di stato» assicurava il principio della sovranità popolare all'interno di un sistema di tipo repubblicano.<sup>66</sup>

All'approvazione della nuova legge seguì un dibattito, particolarmente importante ai fini della nostra ricostruzione, perché permette di osservare la creazione del nuovo stato non solo dal punto di vista delle nuove istituzioni centrali, ma anche da quello dei Länder, le regioni in cui era storicamente suddiviso il territorio austro-tedesco.<sup>67</sup> Renner aprì la discussione sulla «assunzione della autorità nei Länder» esponendo gli elementi di maggiore novità che erano emersi alla fine della guerra nella vita amministrativa e politica delle «macro regioni». Egli osservava come il crollo degli Asburgo avesse dato ai Länder libertà più ampia rispetto al passato e che, proprio per questo motivo, l'autorità centrale aveva il dovere e il compito di impedire che le regioni si approfittassero della propria autonomia e del caos in cui versava il paese per produrre principi e regole amministrative in contrasto con quelle create a Vienna.<sup>68</sup> Secondo Ren-

chiarezza sulle proprie posizioni: il programma redatto tradiva sia la scarsa convinzione con cui la CSÖ aveva accettato il nuovo ordinamento, sia l'idea che la scelta repubblicana rappresentasse un «male minore» rispetto alla possibilità di un rivoluzione socialista. W. Berchtold, *Österreichische Parteiprogramme 1868-1966* cit., p. 355.

<sup>65</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 67.

<sup>66</sup> F. Lönschack, *Die Regierung und Parlament, in Österreichs parlamentarismus...* cit., p. 532.

<sup>67</sup> Cfr. C. Malandrino, *Federalismo, storia, idee, e modelli*, Roma, Carocci, 1998, pp. 84-87; B. Mazhol-Wallig, *Lo sviluppo della problematica costituzionale dopo la rivoluzione del '48, in La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secoli*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 309-310.

<sup>68</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 76. I-Länder ritenevano che il crollo degli Asburgo avesse posto fine alla «grammatica sanzione», ossia al vincolo dinastico che li aveva tenuti legati all'Impero, e che per

ner, la prima condizione per evitare un simile pericolo era la piena *democratizzazione* delle Assemblies regionali (Landtage) e dei governi regionali, che non significava solo l'elezione diretta di tali organi da parte dei cittadini, ma anche l'assicurazione che in essi venissero rappresentati gli interessi della minoranza, poiché in questo modo l'amministrazione regionale si sarebbe basata sull'azione comune di tutti gli interessati.<sup>69</sup> Le strutture e le istituzioni dei Länder dovevano così recepire il principio che la legge sulla «sovranità» aveva applicato sia all'Assemblea nazionale, sia al Consiglio di stato: la partecipazione più estesa possibile delle forze politiche agli affari pubblici.

L'intervento di Renner giungeva in una fase molto delicata nei rapporti tra Länder e il governo di Vienna. La fine della guerra e la dissoluzione della sovranità asburgica erano apparsi ai Länder come l'occasione storica per rivendicare la creazione di uno stato federale e fortemente decentrato.<sup>70</sup> Alla luce di queste aspettative, il 22 ottobre una delegazione di rappresentanti dei Länder aveva protestato contro il monopolio, rivendicato dalla Assemblea nazionale, di riorganizzare l'intera amministrazione e aveva chiesto che anche i Länder partecipassero alla formulazione della nuova costituzione.<sup>71</sup>

L'autonomia di cui parlava la delegazione dei Länder era diventata una realtà concreta nelle settimane immediatamente successive alla fine del conflitto, e si era tradotta nella elezione democratica di nuove giunte distrettuali, di nuovi Landtage, nella approvazione di costituzioni regionali, nella creazione spontanea di associazioni di cittadini, i cosiddetti Volksräten, (Consigli del popolo).<sup>72</sup> Renner era ben consapevole che queste grandi capacità

questo potessero rivendicare la propria autonomia. P. Petta, *Il sistema federale austriaco*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 64. Sulla storia dei Länder in periodo monarchico cfr. H. Stumberger, *Der absolutistische Staat und die Länder in Österreich*, in *Der österreichische Föderalismus und seine historischen Grundlagen*, hrsg. vom Institut für Österreichkunde, Wien, Verlag Ferdinand Hirt, 1969, pp. 67-105. Sul ruolo politico dei Länder e sul conflitto tra posizioni federaliste e centraliste nell'Austria dell'800 cfr. E. Weinzierl, *Föderalismus und Zentralismus in den Verfassungskämpfe des 19. Jahrhunderts*, in *Der österreichische Föderalismus und seine historischen Grundlagen* cit., pp. 105-117.

<sup>69</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 77.

<sup>70</sup> G. Bongiovanni, *Il contributo di Hans Kelsen alla costituzione austriaca del 1920: la costituzione del sistema parlamentare e democratico da Rechtsstaatlichkeit e trasformazione dello stato*, Dissertazione di dottorato, Università di Torino, 1991, pp. 152-153.

<sup>71</sup> A. Ableitinger, *op. cit.*, p. 151.

<sup>72</sup> Le Assemblies regionali (Landtage) esistevano già in epoca imperiale; fino alla costituzione del 1867, la Camera dei deputati che, insieme alla Camera dei signori, formava il Parlamento imperiale (Reichsrat) era costituita da membri inviati dai Landtage

amministrative e organizzative potevano mettere in discussione e indebolire ulteriormente il controllo delle istituzioni centrali su quelle regionali.<sup>73</sup>

I problemi nei rapporti tra Centro e Regioni non dipendevano solo dalle forti spinte autonomistiche di quest'ultime, che sembravano minacciare la stabilità della nuova autorità centrale, ma anche dalla *contraddizione* fra le richieste dei Länder e il carattere *centralizzatore* della legge sulla «sovranità».<sup>74</sup> Proprio Renner aveva contribuito ad alimentare questa «contraddizione», non solo proponendo e sostenendo direttamente la legge costituzionale sulla «sovranità», che lasciava volontariamente presagire la nascita di un'Austria tedesca centralizzata e unitaria, ma anche, in maniera più ambigua, creando l'*escamotage* delle «Beitrittserklärungen» (dichiarazioni di adesione). Il 29 ottobre Renner aveva introdotto le «dichiarazioni di adesione», in base alle quali l'autorità centrale concedeva ai singoli Länder il potere di decidere autonomamente di entrare a far parte dello stato austro-tedesco.<sup>75</sup> Nelle dichiarazioni era contenuta l'estrema ambiguità e problematicità dei rapporti tra Centro e Länder: le istituzioni centrali, nella persona di Renner, avevano parzialmente riconosciuto il grado di autonomia di cui le regioni si erano ormai impossessate, ma allo stesso tempo definivano i Länder, che ufficializzavano la loro adesione all'Austria tedesca, come «province», affermando così il carattere sostanzialmente centralistico e unitario del nuovo stato.<sup>76</sup>

Questo sistema cessò soltanto con la riforma costituzionale del 1873 con cui venne introdotta per il Reichsrat l'«elezione popolare». W. Brauneder, *Österreichische Verfassungsgeschichte* cit., p. 159; *Verfassungsentwicklung in Österreich*, Wien, Europa Verlag, 1998, p. 197.

<sup>73</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., pp. 77-78. Renner esortò i Länder a rispettare le leggi comuni dello stato e «a condurre trattative solo nel quadro dello stato comune e non in quello [...] locale». *Ibidem*

<sup>74</sup> F. Ermacor, *Österreichischer Föderalismus vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat*, Wien, W. Braumüller, 1976, p. 41; P. Pernthaler-F. Esterbauer, *Der Föderalismus*, in *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung* cit., p. 328; G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...* cit., p. 21; G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato* cit., p. 149.

<sup>75</sup> W. Brauneder, *Österreichische Verfassungsgeschichte* cit., pp. 192-193. Il primo Land ad aderire allo stato austro-tedesco fu la Boemia tedesca (29 ottobre 1918), seguita dal Land dei Sudeti (30 ottobre), dal Vorarlberg (4 novembre), dalla Alta Austria (18 novembre) e dal Tirolo (25 novembre). A. Ableitinger, *op. cit.*, p. 153.

<sup>76</sup> G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...* cit., p. 22; A. Ableitinger, *op. cit.*, p. 153. Molto più chiaramente di Schmitz, Ableitinger sottolinea come le «dichiarazioni di adesione» contenessero una precisa finalità di «politica estera». In un periodo storico in cui il nuovo stato austro-tedesco non aveva ancora definito i suoi confini e in cui i paesi limitrofi, come la Repubblica ceca e l'Ungheria, minacciavano costantemente

La "tensione" tra la prospettiva centralistica e quella anticentralistica caratterizzò la legge del 14 novembre sulla «assunzione della autorità statale nei Länder»: essa riconosceva l'amministrazione autonoma dei comuni, dei collegi e dei Länder, ma veniva ribadita l'esistenza di uno stato unitario dotato di piena sovranità, in cui le Regioni erano di fatto subordinate al Centro.<sup>77</sup> La legge del 14 novembre non rappresentava solo un tentativo di "mettere ordine" nei rapporti tra Länder e Centro<sup>78</sup>, ma anche lo sforzo, ben espresso dalle posizioni di Renner, di affermare il primato delle istituzioni centrali.<sup>79</sup> Le nuove disposizioni sulla «assunzione dell'autorità nei Länder» contenevano, però, un chiaro "paradosso" che rimandava al contesto storico-politico in cui queste vennero formulate: l'Assemblea aveva stabilito il carattere sostanzialmente centralistico e unitario di uno stato di cui ancora nessuno conosceva esattamente l'estensione. Era nato uno stato sovrano senza alcuna precisa definizione dei suoi confini territoriali, ossia senza una delle condizioni della sovranità.<sup>80</sup>

Nella prima seduta dell'Assemblea le varie forze politiche avevano fatto riferimento ad uno stato austro-tedesco che inglobasse tutti i territori dell'ex Impero abitati da cittadini di nazionalità tedesca. Il tema era stato riproposto nella riunione del 12 novembre da Renner, che aveva chiesto di immettere nello stato austro-tedesco soltanto quegli insediamenti che avevano un «diretto» collegamento con «il territorio d'insediamento collettivo dei tedeschi d'Austria». Contro la proposta del Capo della Cancelleria si era scatenata l'opposizione nazionalista dei deputati Gustav Gross e Heinrich D'Elvert<sup>81</sup> che avevano rivendicato la sovranità

di annessi aree abitate da austriaci di nazionalità tedesca, le dichiarazioni di adesione stabilivano con chiarezza quali erano le regioni che appartenevano esclusivamente al territorio statale austro-tedesco. *Ibidem*.

<sup>77</sup> G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsen...*, cit., pp. 22-23. Essa prevedeva che le leggi approvate dalle assemblee regionali entrassero in vigore solo dopo essere state approvate dal Consiglio di stato, al quale veniva così riconosciuto un potere di sanzione simile a quello dell'Imperatore. Inoltre, le assemblee dei Länder non avevano alcun diritto di modificare il proprio ordinamento interno, perché questa funzione spettava al governo di Vienna attraverso un apposito «Staatsgesetz» (legge dello stato). H. Heibling, *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, Wien, Springer Verlag, 1956, p. 410; H. Widder, *Die Entstehung und Entwicklung des Parlamentarismus der Republik Österreichs*, in *Österreichs parlamentarismus*, cit., p. 233; G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsen...*, cit., pp. 22-23.

<sup>78</sup> G. Bongiovanni, *Il contributo di Hans Kelsen alla costituzione austriaca del 1920...*, cit., p. 158; H. Widder, *op. cit.*, p. 257.

<sup>79</sup> G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsen für die österreichische Bundesverfassung*, cit., p. 24.

<sup>80</sup> N. Matteucci, *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, cit., pp. 81-83.

<sup>81</sup> Heinrich D'Elvert (1853-1926), tedesco-nazionale, avvocato, deputato del Parlamento imperiale dal 1897 e poi membro della Assemblea nazionale provvisoria.

della repubblica austro-tedesca su tutti i territori abitati da tedeschi, anche se questi si trovavano all'interno di altri stati.<sup>82</sup>

Lo scontro riemerse nella seduta del 14 novembre: a Renner si oppose il deputato nazionalista, Kamill Kuranda<sup>83</sup> che alla legge sul territorio e i confini dello stato non attribuiva alcuna capacità di attivare le energie della comunità, poiché, a suo giudizio, tale capacità derivava piuttosto dalla forza dello stato di applicare le proprie leggi, di farle rispettare e di amministrare il proprio territorio.<sup>84</sup> Mentre il leader socialdemocratico collegava la sovranità e il suo esercizio alla emanazione di leggi costituzionali *ad hoc*, Kuranda riteneva che le leggi della Assemblea dovessero limitarsi a porre per iscritto, a sancire *de jure* ciò che *de facto* esisteva già. Secondo il deputato nazionalista, la sovranità statale era esercizio concreto del potere politico su un preciso territorio, e in tal senso le indicazioni sui confini del nuovo stato austriaco dovevano scaturire da un concreto processo di rivendicazione di quelle aree che, in quanto abitate da cittadini di nazionalità tedesca, appartenevano legittimamente all'Austria tedesca.<sup>85</sup>

Analogamente a quanto accaduto nella seduta del 30 ottobre, anche nella seduta del 12 e del 14 novembre emergeva la spaccatura tra una concezione della sovranità basata sul primato della legge, intesa come razionalità che ordina e regola, ed una opposta, che identificava il potere sovrano con la capacità fattiva dello stato di imporre le proprie decisioni, la propria presenza e i propri interessi su un determinato territorio. La legge sui «confini dello stato», che venne approvata dopo un lungo dibattito il 22 novembre, completava così la fase iniziale del processo costituente austro-tedesco: laddove le leggi del 30 ottobre sulla «sovranità» e del 12 novembre sulla «forma dello stato» avevano affermato l'esistenza del nuovo stato verso l'interno, ossia verso la popolazione e la società civile nelle sue molteplici configurazioni e diramazioni, la legge del 22 novembre affermava questa stessa esistenza verso l'esterno, in particolare verso le nazioni che avevano vinto la guerra mondiale, alle quali sarebbe spettato il compito di approvare l'assetto territoriale dell'Austria tedesca.

Gustav Gross (1856-1935), tedesco-nazionale, docente universitario di diritto, pubblicista, deputato alla Assemblea nazionale provvisoria. *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., p. 60; p. 95.

<sup>82</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., pp. 99-100.

<sup>83</sup> Kamill Kuranda (1851-1919), tedesco-nazionale, deputato al Parlamento imperiale, (1907-1918) poi alla Assemblea nazionale fino al 1919. *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., p. 179.

<sup>84</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 108.

<sup>85</sup> *Ivi*, p. 102.

3.2. Le leggi costituzionali del 18 dicembre 1918 e del 14 marzo 1919: dalla Assemblea nazionale provvisoria alla Assemblea nazionale costituente.

Tra il 21 ottobre e il 22 novembre l'Assemblea nazionale provvisoria instaurò un regime repubblicano e democratico. La legge costituzionale del 30 ottobre sulla «sovranità» aveva fissato a febbraio le elezioni per l'Assemblea costituente, senza però specificare come la nuova Assemblea sarebbe stata eletta; il 27 novembre Renner depose al Consiglio di stato il progetto di legge sul sistema di votazione per l'Assemblea costituente e il progetto venne discusso nella seduta del 18 dicembre.<sup>86</sup>

Il primo a intervenire fu il deputato tedesco nazionale Rudolf Heine,<sup>87</sup> che si dichiarò immediatamente favorevole al progetto renneriano; poiché esso prevedeva l'introduzione del sistema proporzionale che, a suo giudizio, era il solo in grado di garantire una adeguata rappresentanza delle minoranze.<sup>88</sup>

Quest'ultima osservazione era chiaramente indirizzata contro la tradizione imperiale caratterizzata da un sistema di votazione completamente differente.

Fino al 1907, anno in cui era stato introdotto il suffragio universale, nell'Impero asburgico era rimasto in vigore il cosiddetto «sistema delle curie», in base al quale la popolazione veniva divisa in cinque «classi di elettorali»: l'appartenenza a ciascuna di esse era principalmente determinata dalle imposte pagate, per cui la prima classe, costituita dai grandi proprietari, mandava al Parlamento imperiale un numero di deputati maggiore rispetto alle altre classi.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> K. Ucakar, *op. cit.*, p. 385.

<sup>87</sup> Rudolf Heine (1877-1949), tedesco-nazionale, ingegnere, deputato al Parlamento imperiale dal 1911 e successivamente deputato alla Assemblea nazionale provvisoria. *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., p. 118.

<sup>88</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 321.

<sup>89</sup> O. Lehner, *op. cit.*, pp. 246-247. Fino al 1896 le curie erano state quattro, alla prima appartenevano i grandi proprietari (erano sufficienti 59 elettori per eleggere un deputato); la seconda curia era costituita dagli abitanti dei comuni cittadini, che pagavano annualmente una imposta compresa tra 10 e 20 fiorini (erano necessari 1580 elettori per ciascun deputato); la terza curia era composta dai rappresentanti delle Camere del Commercio e del Lavoro (erano necessari 23 elettori per ciascun deputato); alla quarta curia appartenevano gli abitanti dei comuni regionali che dovevano pagare imposte stabilite secondo criteri differenti per ciascun Land (erano necessari 3400 elettori per ciascun deputato). Tale meccanismo consentiva ai ceti privilegiati di avere un'influenza e un peso determinanti all'interno del Parlamento imperiale. A partire dagli anni '80 dell'800, la pressione politica affinché il sistema di votazione fosse

La conquista del suffragio universale aveva posto fine a simili discriminazioni, ma aveva mantenuto il principio di maggioranza assoluta, per cui veniva eletto al parlamento solo chi otteneva la maggioranza dei voti (51%).<sup>90</sup> Per il deputato nazionalista, il meccanismo proporzionale non solo avrebbe garantito una effettiva rappresentanza delle minoranze e una attiva cooperazione tra i partiti politici, ma avrebbe evitato anche la «dominazione di una classe» a danno delle altre.<sup>91</sup>

Se oggi l'Assemblea provvisoria e il Consiglio di stato vengono pubblicamente criticati nella loro attività, non dobbiamo però dimenticare che attraverso la cooperazione dei grandi partiti è stato limitato il caos politico [...] Mentre stiamo decidendo su questa legge, portiamo alla ribalta la volontà popolare che, credo, dica chiaramente [...] come noi, nel nostro stato austro-tedesco non vogliamo la dominazione di una classe, bensì una seria collaborazione di tutti.<sup>92</sup>

Nelle parole di Heine è possibile cogliere uno degli aspetti più tipici del dibattito politico sul progetto di legge elettorale: per i tedesco-nazionali (e insieme a loro la stessa CSÖ), il sistema proporzionale era il mezzo più efficace per evitare la cosiddetta «dittatura di classe», ossia la conquista e la concentrazione di tutto il potere nelle mani della SPÖ.<sup>93</sup>

riformato crebbe notevolmente, fino a quando, nel 1882, il governo Taaffe estese il diritto di voto a favore della piccola borghesia e di una parte del mondo contadino. Ma la riforma più importante giunse nel 1896 con il governo Badeni che introdusse una «quinta curia», la cosiddetta curia «senza censo». Essa era formata da tutti i cittadini maschi che avessero compiuto il ventiquattresimo anno di età e che risiedessero da almeno sei mesi nello stesso comune. Allo stesso tempo, però, coloro che appartenevano ad una delle altre quattro curie potevano votare anche nella quinta, per cui i gruppi sociali più facoltosi (raggruppati nella prima e terza curia) finivano per avere un doppio voto: la creazione della quinta curia aveva realizzato un sistema di votazione di tipo plurimo. O. Lehner, *op. cit.*, pp. 247-248; M. Weiß, *op. cit.*, p. 92; pp. 96-97; il fondamentale R. Lierzter-Loebenstein, *Wahlreformversuch in den österreichischen und böhmischen Ländern Cisleithaniens 1895-1910*, Doktorat Dissertation, Wien, National Bibliothek, 1980, pp. 28-38 pp. 54-56. Cfr. *Die österreichischen Verfassungsgesetze* hrsg. von E. Bernatzik, Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld, 1906, p. 56 ss. e lo stesso G. Jellinek, *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen* cit. Secondo Jellinek, il sistema di votazione asburgico non era assimilabile a nessuno dei meccanismi elettorali allora esistenti negli altri paesi europei. G. Jellinek, *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen* cit., pp. 12-13.

<sup>90</sup> R. Lierzter-Loebenstein, *op. cit.*, pp. 54-56. W. Brauneder, *Österreichische Verfassungsgeschichte* cit., p. 159.

<sup>91</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 324.

<sup>92</sup> *Ibidem*

<sup>93</sup> K. Ucakar, *op. cit.*, pp. 390-391.

All'interno di questa visione complessivamente favorevole al sistema proporzionale è però necessario distinguere tra le posizioni di chi, nel mondo conservatore, parteggiava *in toto* per l'introduzione del nuovo «Wahlrechtssystem» (sistema elettorale), come Heine, e chi, come i suoi compagni di partito Albert Mühlwert e Max Friedmann,<sup>94</sup> riteneva che alcuni aspetti del progetto renneriano dovessero essere sostanzialmente modificati.

Prendendo le distanze da Heine, Mühlwert criticava il progetto elettorale stilato dal Capo della Cancelleria perché eccessivamente «partito-centrico».<sup>95</sup>

Egli riteneva che il grave limite del progetto renneriano fosse l'obbligo per l'elettore di scegliere uno o più candidati sulla base di una lista preordinata dal partito.<sup>96</sup> In tal senso, secondo l'esponente tedesco-nazionale, il rapporto tra rappresentato e rappresentante diventava del tutto «personale», dato che il primo era completamente svincolato dal secondo e i protagonisti della vita parlamentare non erano più i rappresentanti che agivano nell'interesse del popolo sovrano, bensì le grandi formazioni partitiche.<sup>97</sup>

La critica di Mühlwert al progetto di Renner non era volta solamente contro il «dominio dei partiti», ma anche, e più specificamente, contro i partiti di massa come CSO e SPÖ, e contro la logica moderna della rappresentanza, per cui l'elettore vota un programma piuttosto che una specifica persona.

In maniera analoga a Mühlwert, anche Friedmann riteneva che il progetto di Renner avesse trasformato il voto da «scelta» in mero «riconoscimento» e avesse compromesso il «rapporto di fiducia» tra rappresentati e rappresentanti.<sup>98</sup> I tedesco-nazionali che intervennero nel dibattito dell'Assemblea non erano tanto contrari al sistema di votazione proporzionale, quanto all'importanza che il progetto renneriano attribuiva ai partiti di

<sup>94</sup> Max Friedmann (1864-1936), tedesco-nazionale, imprenditore, deputato al Parlamento imperiale (1911-1918), membro del consiglio direttivo della «Associazione delle Industrie austro-tedesche», deputato della Assemblea nazionale provvisoria e della Assemblea nazionale costituente. Albert Mühlwert (1862-1934), tedesco-nazionale, avvocato, deputato al Parlamento imperiale (1907-1918), membro della Assemblea nazionale provvisoria. *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1970-1975* cit., p. 77, p. 221.

<sup>95</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 325.

<sup>96</sup> Il progetto di Renner prevedeva «un abbinamento delle presentazioni dei candidati», per cui diversi partiti proponevano una lista di candidati e si spartivano i mandati ottenuti. H. Rosenkranz, *op. cit.*, p. 10.

<sup>97</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 326.

<sup>98</sup> *Ibid.*, pp. 328-329.

<sup>99</sup> Alla luce degli interventi sopra ricordati, non appare del tutto esatta la tesi di Ucakar, secondo cui i tedesco-nazionali sarebbero stati profondamente avversi al sistema

massa.<sup>99</sup> Alle obiezioni dei deputati nazionalisti, Renner replicò che la nuova Assemblea costituente doveva rappresentare le grandi visioni politiche, gli interessi globali del popolo, piuttosto che «interessi particolari» e settoriali:

Ora dobbiamo decidere se vogliamo un parlamento degli ultimi resti o un parlamento dei grandi interessi popolari, delle grandi visioni politiche, così come esse agiscono nel popolo.<sup>100</sup>

La difesa renneriana della rappresentanza politica conteneva in sé un aperto rifiuto e una netta critica alla logica delle «curie», che aveva altresì caratterizzato l'istituto della rappresentanza in epoca imperiale.<sup>101</sup>

Come altri esponenti del suo partito, Renner era convinto che il meccanismo di votazione proporzionale fosse l'unico sistema in grado di assicurare una adeguata rappresentanza delle minoranze. Tuttavia non riteneva che il nuovo sistema di votazione dovesse permettere la rappresentanza di «cresti» di soggetti politici assolutamente minoritari, come sembravano chiedere i deputati tedesco-nazionali. Le posizioni di quest'ultimi si rivelarono del tutto isolate in seno all'Assemblea, che decise di adottare immediatamente il progetto renneriano.<sup>102</sup>

La legge del 18 dicembre sulla «votazione della Assemblea costituente»<sup>103</sup> rappresentò il *trait d'union* tra il processo costituente iniziato con l'Assemblea nazionale provvisoria e quello che sarebbe stato proseguito dalla nuova Assemblea; prima delle elezioni di febbraio, l'Assemblea provvisoria modificò la legge del 30 ottobre sulla «sovranità», nell'ottica di una razionalizzazione dei rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo.

proporzionale. K. Ucakar, *op. cit.*, pp. 390-391.

<sup>100</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 344.

<sup>101</sup> W. Brauneder, *Österreichische Verfassungsgeschichte* cit., p. 159; Id., *Die Entstehung des Parlamentarismus* cit., p. 90; p. 96; H. Rumpel-P. Urbanitsch (hrsg.), *Verfassungsentwicklung in Österreich...* cit., p. 201.

<sup>102</sup> H. Widder, *op. cit.*, p. 235. L'adozione del sistema proporzionale non fu l'unico elemento di novità introdotto dalla legge costituzionale del 18 dicembre. Questa, diversamente dall'epoca imperiale, non riconosceva più la preparazione e l'organizzazione delle elezioni alle autorità amministrative, bensì alle cosiddette «autorità elettorali», formate da membri scelti dai partiti dell'Assemblea. Cambiamento che testimonia, ancora una volta, lo spostamento del potere dall'Esecutivo al Legislativo.

<sup>103</sup> Nella seduta del 18 dicembre, si stabilì che l'Assemblea nazionale costituente sarebbe stata formata da 255 deputati, eletti da cittadini maschi e femmine, che avessero raggiunto il ventesimo anno di età. Venne inoltre introdotto il cosiddetto «Wahlpflicht» (obbligo di voto) che, secondo i tedesco-nazionali e i cristiano-sociali, avrebbe costretto le donne di osservanza cattolica e conservatrice, meno organizzate e politicizzate di quelle socialdemocratiche, a recarsi alle urne ed esprimere la loro preferenza elettorale. A. Ableitinger, *op. cit.*, p. 158; H. Rosenkranz, *op. cit.*, p. 10.

L'occasione che spinse l'Assemblea a modificare questa legge fu offerta dallo scontro che era nato in dicembre tra il Consiglio di stato e l'Assemblea nazionale, in merito alla legge sulla cittadinanza, che il Consiglio si era rifiutato di rendere esecutiva.<sup>104</sup> Questo rifiuto aveva suscitato numerose polemiche, in particolare da parte dei socialdemocratici, che avevano accusato il Consiglio di arrogarsi un potere (il potere di rifiutare l'applicazione di una legge), che in epoca asburgica era appartenuto all'Imperatore.<sup>105</sup> Nella seduta del 19 dicembre, il socialdemocratico Michael Schacherl<sup>106</sup> osservava che il comportamento del Consiglio aveva posto seriamente il problema di definire con maggiore chiarezza le competenze dell'organo esecutivo. Con questa motivazione, egli proponeva di migliorare la legge costituzionale sulla «sovranità» per evitare nuove «deviazioni» da parte del Consiglio di stato.<sup>107</sup>

La legge proposta da Schacherl non ampliava i poteri del Consiglio di stato, bensì contribuiva a *definirli* con maggiore precisione.<sup>108</sup> Nella legge di modifica presentata alla Assemblea provvisoria, la figura del Cancelliere diventava centrale nell'edificio costituzionale austriaco, poiché spettava a lui, responsabile dinanzi alla Assemblea, il potere di «controfirmare» gli atti del Consiglio di stato. In questo senso, come osservava lo stesso Schacherl, il Consiglio di stato era doppiamente vincolato: alla Assemblea e al Cancelliere di stato.<sup>109</sup>

<sup>104</sup> G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...* cit., p. 15.

<sup>105</sup> *Ibidem*

<sup>106</sup> Michael Schacherl, (1869 - ?), socialdemocratico, medico; autore di numerosi opuscoli e articoli di carattere sociale; fu deputato del Parlamento imperiale (1897-1900; 1905-1918). Fu membro sia dell'Assemblea nazionale provvisoria, sia della Assemblea nazionale costituente. *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., p. 276.

<sup>107</sup> Al Consiglio di stato veniva riconosciuto il potere di veto nei confronti delle leggi proposte dall'Assemblea, ma solo secondo precise regole. Il Consiglio di stato poteva richiedere entro 10 giorni la modifica e la revoca di una legge, prima che questa fosse resa esecutiva; però, se trascorsi i 10 giorni, l'Assemblea non accettava né di modificare, né di ritirare la legge, il Consiglio di stato era obbligato a porla in esecuzione. Inoltre, la proposta di modifica stabiliva che il Consiglio di stato potesse esercitare il diritto di veto a condizione che si esprimessero a favore almeno 15 dei suoi membri. *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., pp. 416-417.

<sup>108</sup> In base a questa, il Consiglio di stato era presieduto da un Direttorio composto da 5 membri, di cui 3 presidenti scelti dall'Assemblea, un Capo di cancelleria e un Notaio di stato. *Ibidem*

<sup>109</sup> Ivi, p. 41. Il Cancelliere doveva operare nel direttorio del Consiglio di stato insieme a tre notai. *Ibidem* La legge del 19 dicembre attribuiva al Cancelliere di stato il

La legge di modifica manteneva la subordinazione del Consiglio di stato verso l'Assemblea, e, sebbene non introducesse una concreta separazione dei poteri, indicava in maniera più sistematica, rispetto alla legge del 30 ottobre, le funzioni di quest'organo. Con le leggi costituzionali del 30 ottobre sulla «sovranità», del 12 novembre sulla «forma dello stato» e infine con quella del 19 dicembre sulla «riforma del Consiglio di stato» veniva così affermata la centralità potere legislativo: la volontà statale non scaturiva più dalla «Vereinbarung» (concordia) tra monarca e parlamento, tra principio monarchico e rappresentativo, tipica della ideologia costituzionale ottocentesca;<sup>110</sup> essa derivava dal parlamento democraticamente eletto dal popolo sovrano. Questo cambiamento era stato fortemente voluto dalla SPÖ che vide in esso il coronamento di tante battaglie politiche a favore della democrazia parlamentare, e, perciò, una diretta vittoria contro i propositi monarchici e costituzionali della CSÖ.<sup>111</sup>

In un sistema basato sulla centralità del potere legislativo, le elezioni della Assemblea nazionale costituente – che avrebbe preparato la costituzione e avrebbe svolto i compiti e le funzioni di un parlamento – apparivano cruciali ai partiti austriaci, perché consapevoli che la loro capacità di condizionare le scelte del paese e di neutralizzare i rispettivi avversari sarebbe inevitabilmente dipesa dal numero di seggi conquistati nella nuova Assemblea. Tra il dicembre del 1918 e il 16 febbraio 1919, data delle elezioni, si svolse una agguerrita campagna elettorale che mise in luce come la collaborazione tra i tre «Lager», presentata dagli stessi partiti come il fondamento principale della Assemblea nazionale provvisoria, fosse molto più fragile e superficiale delle apparenze. La campagna elettorale per l'elezione della Assemblea costituente ebbe i contorni di una vera e propria «lotta religiosa», piuttosto che di un serio confronto sulla base di programmi convincenti.<sup>112</sup>

potere di coordinare tutte le cariche pubbliche e assicurare gli interessi generali dell'amministrazione. In tal senso, i poteri personali di Renner aumentarono sensibilmente rispetto ai mesi precedenti. A. Ableitinger, *op. cit.*, p. 155.

<sup>110</sup> Ivi, p. 197; G. Jellinek, *La dottrina generale dello stato* cit., p. 225.

<sup>111</sup> W. Brauneder, *Österreichische Verfassungsgeschichte* cit., p. 192; R. Neck, *op. cit.*, p. 227.

<sup>112</sup> Il carattere «religioso» degli scontri fra i tre «Lager», e segnatamente tra SPÖ e CSÖ, emerge chiaramente dalle dispute che coinvolsero i due partiti sul rapporto tra Stato e Chiesa. Gli attacchi della SPÖ contro il clericalismo furono recepiti dai cristiano-sociali e dalle sfere ecclesiastiche come una vera e propria dichiarazione di guerra. La decisione della Chiesa di schierarsi a favore della CSÖ non dipendeva solamente dagli antichi legami esistenti tra il partito conservatore e il mondo ecclesiastico, ma anche dal fatto che nel 1918 la CSÖ aveva ceduto l'organizzazione e la mobilitazione delle masse proprio al clero cattolico. L'adesione della Chiesa alla campagna elettorale

Alle elezioni del 16 febbraio, la SPÖ conquistò la maggioranza relativa dei voti e la CSÖ, spaventata dal risultato, decise che la migliore soluzione era ripristinare quella intesa con i socialdemocratici, su cui era stata edificata la Assemblea nazionale provvisoria.<sup>113</sup>

La prima riunione della Assemblea nazionale costituente avvenne il 4 marzo; data la posizione di grande autorevolezza di cui godeva la SPÖ, Renner fu nuovamente nominato Cancelliere. Nei giorni seguenti, la Commissione costituzionale elaborò una ulteriore modifica alla legge costituzionale del 30 ottobre sulla «sovranità», che concerneva il tema della rappresentanza, il ruolo del governo centrale e il rapporto tra questo e i Länder; essa fu presentata alla Assemblea nazionale costituente il 14 marzo.<sup>114</sup>

Nel suo intervento al nuovo organo costituente, il leader della CSÖ, Ignaz Seipel<sup>115</sup> dichiarò che la decisione di ridefinire, ancora una volta, i contenuti della prima legge costituzionale erano strettamente legati alla situazione politica del paese: il passaggio dalla Assemblea nazionale provvisoria alla Assemblea nazionale costituente comportava necessariamente una riconsiderazione delle competenze del potere legislativo; inoltre i compiti che lo stato austro-tedesco doveva adempiere, come la firma dei

le rappresentò uno degli elementi che contribuirono ad acuire il conflitto culturale tra cristiano-sociali e socialdemocratici. La tensione tra CSÖ e SPÖ non si manifestò soltanto nelle strade, nelle chiese, nei circoli politici, ma anche nella stessa Assemblea provvisoria. Poche settimane prima delle elezioni per l'Assemblea costituente, il deputato tedesco-nazionale Walter Neumann, appoggiato dal suo partito e dalla SPÖ, propose di introdurre la legge sul divorzio, suscitando le dure critiche della CSÖ, ed alimentando così il conflitto ideologico tra i conservatori e i socialisti. *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., pp. 486-487; cfr. R. Owerdieck, *Parteien und Verfassungsfrage in Österreich, die Entstehung des Verfassungsprovisoriums der ersten Republik 1918-1920*, München, R. Oldenbourg Verlag, 1987, p. 129; *Konstituierende Nationalversammlung*, «Neue Freie Presse», 12. Februar 1919, p. 2.

<sup>113</sup> N. Leser, *Genius austriacus* cit., pp. 280-281.

<sup>114</sup> H. Widder, *op. cit.*, p. 236.

<sup>115</sup> Ignaz Seipel (1876-1932), cristiano-sociale, sacerdote, docente universitario di teologia, fu membro della Assemblea nazionale provvisoria e della Assemblea costituente. Fu due volte Cancelliere (31 maggio 1922-20 novembre 1924; 20 ottobre 1926-4 maggio 1929). Ricoprì l'incarico di ministro per la Giustizia (4 luglio 1928 al 6 luglio 1928) e fu inoltre ministro degli Esteri (30 settembre 1930 al 4 dicembre 1930). Acreditò il nemico dei socialdemocratici, a partire dagli anni '20, creò una coalizione tra tutte le forze conservatrici austriache in funzione antisocialista. Contro la SPÖ appoggiò le milizie paramilitari di estrema destra, le Heimwehren, che svolsero un ruolo decisivo nella sostituzione del governo repubblicano democratico con il regime clericale fascista di Dollfuß e, in seguito di Schuschnigg. *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., p. 304.

trattati di pace con le potenze dell'Intesa e il difficile riordino delle finanze, dell'esercito e dell'amministrazione, necessitavano un potenziamento del potere esecutivo e una conseguente precisazione delle sue funzioni.<sup>116</sup>

La legge di modifica del 14 marzo affidava così il potere esecutivo ad un vero e proprio «governo dello stato», responsabile dinanzi alla Assemblea che avrebbe controllato l'operato dell'organo esecutivo attraverso un «Hauptausschuss» (Commissione-principale).<sup>117</sup> Diversamente dal Consiglio di stato, il nuovo governo sarebbe stato composto dai partiti di maggioranza e non più da tutte le forze politiche presenti nell'Assemblea.<sup>118</sup> In questo modo, veniva sì riaffermato il primato del potere legislativo su quello esecutivo, ma il governo non era più una semplice «commissione parlamentare», esso si era trasformato in un vero e proprio governo parlamentare.<sup>119</sup>

Nell'intervento del socialdemocratico Mathias Eldersch,<sup>120</sup> la riforma appena adottata costituiva una ulteriore razionalizzazione nella costruzione del nuovo stato austriaco che, a suo giudizio, doveva assicurare il primato della sovranità popolare.<sup>121</sup> Secondo Eldersch, questo principio continuava ad essere centrale nella legge del 14 marzo, proprio perché essa stabiliva e garantiva l'idea che la legittimità del governo dipendesse dalla fiducia ricevuta da parte dell'Assemblea e quindi, seppur indirettamente, dai cittadini stessi:

<sup>116</sup> *Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung, 1919-1920*, anch'essi reperibili in microfiches presso la Biblioteca dell'Istituto europeo di Fiesole, p. 65.

<sup>117</sup> H. Hellbling, *op. cit.*, p. 421; H. Widder, *op. cit.*, p. 360. La Commissione principale doveva stilare la lista dei ministri da presentare alla Assemblea, fungere da collegamento tra Assemblea e Governo, regolare i lavori dell'Assemblea, nominare gli alti funzionari e controllare i regolamenti del governo. Inoltre, come l'ex Consiglio di stato, anch'essa rappresentava su base proporzionale tutti i partiti presenti nella Assemblea costituente. In tal senso, essa sostituiva il Consiglio di stato nella funzione di «commissione parlamentare». *Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung* cit., p. 66. G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato* cit., p. 154.

<sup>118</sup> *Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung* cit., p. 66.

<sup>119</sup> M. Welan, *op. cit.*, pp. 486-487.

<sup>120</sup> Mathias Eldersch (1869-1931), socialdemocratico, deputato del Parlamento imperiale (1901-1911), collaborò, come funzionario, con le organizzazioni per l'economia di guerra istituite negli anni del conflitto mondiale. Fu deputato alla Assemblea nazionale provvisoria, a quella costituente e dal 1920 al 1931 deputato al Nationalrat, del quale fu presidente due volte tra il 1923 e il 1931. Dal 9 maggio 1919 al 7 luglio 1920 ricoprì il ruolo di ministro degli Interni e dell'Istruzione. *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., pp. 58-59.

<sup>121</sup> *Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung* cit., p. 67.

L'Assemblea nazionale ha ricevuto tutta la sovranità dal popolo ed essa trasmette l'esecuzione del potere di governo ad un esecutivo da essa scelto. Il governo consiste così di membri incaricati dal popolo.<sup>122</sup>

La nuova legge costituzionale era stata influenzata dalla SPÖ che, sfruttando il successo riportato alle elezioni del 16 febbraio, vi aveva inserito un principio che lo stesso Renner aveva più volte difeso durante i dibattiti in seno all'Assemblea nazionale provvisoria: il primato del potere legislativo su quello esecutivo.<sup>123</sup> All'entusiasmo di Eldersch per la nuova legge costituzionale si contrapposero lo scetticismo e il distacco del mondo conservatore, sia nazionalista, sia cristiano-sociale. Il deputato tedesco-nazionale Hans Angerer<sup>124</sup> condivideva il contenuto democratico della legge appena proposta, ma chiedeva che questa venisse modificata poiché, come la legge del 30 ottobre sulla «sovranità» e quella del 19 dicembre «sulla riforma del Consiglio di stato», continuava a considerare il governo una semplice «appendice» dell'Assemblea, impedendo quella chiara separazione dei poteri che, per Angerer, doveva essere alla base di ogni repubblica democratica:

Noi auspichiamo una completa separazione del potere legislativo da quello esecutivo. Nel presente progetto [...] questa separazione non è contemplato. Noi crediamo che ciò rappresenti un passo indietro, piuttosto che un passo in avanti. Nella separazione dei poteri si trova il fondamento della apoliticità, dell'obiettività del lavoro [dell'esecutivo]. È però accaduto che il governo venga scelto dai partiti e che, per questa ragione, un simile governo, completamente responsabile verso l'Assemblea, venga trascinato nel vortice della politica dei partiti, nel vortice delle manovre parlamentari.<sup>125</sup>

Per l'esponente tedesco-nazionale, molto più grave della mancanza di una seria separazione dei poteri, era il condizionamento costante che i partiti dell'Assemblea avrebbero esercitato sul governo, mettendo così fine alla sua «unparteilichkeit» (a-partiticità).<sup>126</sup> In aperta polemica con Eldersch, Angerer si scagliava così contro il primato del potere legislativo:

<sup>122</sup> Ivi, p. 66.

<sup>123</sup> H. Widder, *op. cit.*, p. 237.

<sup>124</sup> Hans Angerer (1871-1944), tedesco-nazionale, professore liceale, fu deputato alla Assemblea nazionale costituente e al Nationalrat dal 10 novembre 1920 al 18 maggio 1927. *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975 cit.*, p. 14.

<sup>125</sup> *Stenografische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung cit.*, pp. 70-71.

<sup>126</sup> Ivi, pp. 70-72.

e, quindi, contro la SPÖ che aveva difeso quel principio, inserendolo nelle principali leggi costituzionali del nuovo stato austro-tedesco. In alcuni interventi alla Assemblea nazionale provvisoria, deputati cristiano-sociali e tedesco-nazionali avevano espresso numerosi dubbi sulla centralità del potere legislativo, ma mai in toni così aspri e polemici. Le parole di Angerer erano in parte motivate dal timore, comune a tutto il mondo conservatore, che la SPÖ avrebbe sfruttato la maggioranza relativa nell'Assemblea e il primato del parlamento per attuare i suoi propositi rivoluzionari. Ma Angerer non si limitò a criticare il progetto di legge, egli avanzò una proposta alternativa, in base alla quale il governo non sarebbe stato responsabile dinanzi all'Assemblea, bensì verso un Tribunale statale, indipendente:

Così avremmo una completa separazione del potere legislativo da quello esecutivo e la subordinazione del potere esecutivo ad un Tribunale statale. Con ciò le questioni politiche diverrebbero questioni di diritto e in questo modo troverebbero la loro soluzione a-partitica, al di là delle battaglie politiche. Il nostro più grande obiettivo è la sovranità della legge, per il bene del popolo e dello stato.<sup>127</sup>

Con l'espressione «sovranità della legge» Angerer si appropriava e riproponeva nel dibattito dell'Assemblea l'idea, che nell'800 aveva profondamente caratterizzato la cultura giuridica europea e in particolare tedesca, secondo cui il modo migliore di neutralizzare i possibili arbitri da parte del potere sovrano fosse quello di *de-personalizzarlo*, separarlo concettualmente dalle figure, altresì concrete e politiche, del monarca e del popolo, e collegarlo alla legge quale ordinamento giuridico obiettivo che, posta dallo stato, ne regolava il comportamento.<sup>128</sup>

Nel suo discorso, Angerer sembrava far uso di questa particolare concezione contro la responsabilità dell'esecutivo nei confronti del legislativo, ossia contro uno degli elementi di maggiore rottura tra la nuova repubblica democratica e il passato imperiale. Secondo il tedesco-nazionale, la netta separazione tra Assemblea e governo e l'eliminazione della responsabilità ministeriale avrebbero riequilibrato i rapporti tra funzione legislativa e funzione esecutiva, salvaguardando la «neutralità» di quest'ultima e impedendo la «tirannia dei partiti».<sup>129</sup>

<sup>127</sup> Ivi, p. 71.

<sup>128</sup> D. Quaglioni, *Un dogma in crisi: il dibattito sulla sovranità nel pensiero giuspolitico del Novecento*, in *Temi politici del Novecento*, a cura di A. M. Lazzarino del Grosso, Napoli, CUEN, 1996, pp. 19-25; M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 136-137; N. Matteucci, *Lo stato moderno. Lessico e percorsi cit.*, p. 91.

<sup>129</sup> *Stenografische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung cit.*, pp. 70-71. Questa espressione era stata utilizzata da Friedmann e Mühlwert, anch'essi esponenti

Alla base delle critiche di Friedmann e Mühlwert, da un lato, e quelle di Angerer, dall'altro non vi era soltanto la forte diffidenza nei confronti di un sistema politico che aveva cercato di prendere le distanze da quello asburgico, affermando la centralità del potere legislativo e dei partiti, ma anche verso il carattere monocamerale del parlamento. Questa specifica critica emergeva chiaramente dalla richiesta di Angerer di affiancare all'Assemblea nazionale costituente una seconda Camera a rappresentanza cetuale.<sup>130</sup>

La proposta del deputato tedesco-nazionale era finalizzata a limitare l'importanza dei partiti di massa e, con ciò, a indebolire la logica della rappresentanza politica. A queste posizioni si oppose duramente il deputato socialdemocratico Eisler,<sup>131</sup> che in Angerer vedeva un tipico esponente della tradizione politica asburgica.<sup>132</sup>

Quanto è accaduto non è niente altro che l'eliminazione di ogni ricordo della monarchia; e se ciò viene criticato, allora io in questa critica non vedo niente altro che l'impossibilità di distaccarsi dalle antiche concezioni monarchiche.<sup>133</sup>

Nella replica di Eisler non era contenuta solo la difesa di un regime basato sulla centralità del potere legislativo e della rappresentanza politica, ma anche una critica al sistema rappresentativo di epoca imperiale. Solo la legge costituzionale del 30 ottobre sulla «sovranità» aveva definitivamente cancellato il sistema misto, affermando la rappresentanza politica sia per l'Assemblea nazionale, sia per le Assemblee regionali. In polemica con Angerer, Eisler ribatteva che la richiesta di affiancare alla Assemblea costituente una seconda camera di tipo *ständisch* e di eliminare la responsabilità dell'esecutivo nei confronti del legislativo, confliggeva con la svolta democratica e repubblicana che, a suo giudizio, era pienamente espressa dalla natura parlamentare del governo.

ti del partito tedesco-nazionale, durante il dibattito per il sistema di votazione dall'Assemblea costituente. In quell'occasione il progetto di legge elaborato da Renner era stato accusato di voler favorire i grandi partiti, CSÖ e SPÖ.

<sup>130</sup> *Stenografische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung* cit., pp. 70-72.

<sup>131</sup> Arnold Eisler (1879-1947), socialdemocratico, avvocato, fu deputato della Assemblea provvisoria e di quella costituente; dal 17 ottobre 1919 al 20 novembre 1920 fu sottosegretario alla Giustizia. Nel 1938 emigrò in America come rappresentante dei "Socialisti d' Austria". *Die Abgeordneten zum österreichischen Nationalrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrates 1920-1975* cit., p. 58.

<sup>132</sup> *Stenografische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung* cit., p. 74.

<sup>133</sup> Ivi, p. 75.

il parlamento [l'Assemblea nazionale costituente] sceglie il governo. Questa non è una nuova direzione, è stata trovata facendo riferimento a buoni modelli democratici e non possiamo altro che creare un governo scelto dalla Camera e che riceve il mandato sulla base del voto della Assemblea nazionale costituente, poiché esso è certamente un governo che ha a che fare col diritto che è posto dal popolo, dalla rappresentanza decisa dal popolo.<sup>134</sup>

Relativamente allo scontro tra Eisler e Angerer sul rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo, la posizione della CSÖ fu più defilata, ma ugualmente indicativa della sua ideologia. Come leader dei cristiano-sociali, Ignaz Seipel affermò che la legge costituzionale doveva essere approvata, ma, con un linguaggio volutamente ambiguo, chiedeva di non accantonare in maniera definitiva la possibilità di introdurre nel futuro una Camera di tipo «cetuale»:

Dato che un tale principio generale [la creazione di una seconda camera] potrebbe essere riproposto in futuro, vorrei ricordare che questioni così importanti non possono essere discusse in poco tempo.<sup>135</sup>

Con queste parole, Seipel lasciava intendere che, con maggiore tempo a disposizione e in presenza di una situazione politica più stabile di quella del 1919, il progetto di una Camera a carattere «cetuale» sarebbe stato esaminato con attenzione. Le parole del sacerdote e uomo politico rappresentano un esempio efficace di quell'atteggiamento non completamente e coerentemente favorevole alla rappresentanza politica che avrebbe continuato a caratterizzare il «Lager» cristiano-sociale nella prima repubblica austriaca.<sup>136</sup>

La legge discussa il 14 Marzo affrontava inoltre il rapporto tra governo centrale e Länder: mentre Seipel, a nome della CSÖ, sottolineò la necessità di garantire ampia autonomia a tutti i Länder, Eldersch, e con lui la SPÖ, era altresì convinto di dover riaffermare il primato del Centro.<sup>137</sup> Alla fine del dibattito, venne affermata la supremazia del *Reichsrecht* (il

<sup>134</sup> Ivi, p. 74. Eisler sembrava così richiamarsi al «programma dei deputati socialdemocratici» che, pubblicato il 26 febbraio del 1919, legittimava chiaramente la subordinazione dell'autorità esecutiva a quella legislativa. W. Berchtold, *Österreichische Parteiprogramme 1868-1966* cit., pp. 233-234.

<sup>135</sup> *Stenografische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung* cit., p. 77-78.

<sup>136</sup> La diffidenza per la rappresentanza politica e parlamentare derivava in parte dalla profonda influenza che, nelle seconda metà dell'800, era stata esercitata sul mondo cristiano-sociale dall'intellettuale cattolico Karl Vogelsang. Sulla base di una accesa critica al liberalismo e all'idea liberale dello stato, indifferente, a suo giudizio, ai problemi sociali, Vogelsang propose, a più riprese, una riforma della società in senso «cetuale». A. Diarnant, *op. cit.*, pp. 90-96. A. Wandruszka, *Österreichs politische Struktur. Die Entwicklung der Parteien und politischen Bewegungen* cit., p. 306.

<sup>137</sup> *Stenografische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung* cit., p. 78. Il programma dei deputati socialdemocratici chiedeva che la nuova costituzione austriaca

diritto prodotto dalla autorità centrale) sul *Landesrecht* (il diritto prodotto dalle autorità regionali), proprio come richiesto dai socialdemocratici.<sup>138</sup>

Sin dall'ottobre del 1918 si era evidenziata una chiara frattura tra CSÖ e SPÖ sulla questione "Länder". I cristiano-sociali, che rappresentavano il partito più forte nella maggior parte dei Länder, avevano appoggiato le richieste di quest'ultimi a favore del decentramento e della trasformazione in senso federale del nuovo stato.<sup>139</sup> Le dichiarazioni e i proclami della CSÖ avevano rafforzato nella SPÖ la convinzione che le spinte federalistiche dei Länder celassero propositi di conservatorismo sociale e politico, convinzione alimentata dall'ostilità che le regioni austro-tedesche avevano sempre nutrito per la "Rote Wien".<sup>140</sup>

Tanta ostilità dipendeva in parte dalla storia stessa delle Assemblee regionali: il suffragio universale maschile per l'elezione del Parlamento imperiale era stato introdotto nel 1907, ma non era stato esteso alle Assemblee regionali che, fino al 1918, erano state elette sulla base delle divisioni per «curie».<sup>141</sup> Fino alla fine della prima guerra mondiale, la rappresentanza politica del Parlamento imperiale aveva così convissuto con la rappresentanza «per interessi» delle Assemblee regionali, i cui orientamenti politici erano sempre stati sostanzialmente conservatori.<sup>142</sup>

stabilisse in maniera definitiva il primato del diritto statale (ossia centrale) su quello regionale. W. Berchtold, *Österreichische Parteiprogramme 1868-1966* cit., p. 234.

<sup>138</sup> A testimonianza dell'influenza esercitata dai socialdemocratici, la legge approvata il 14 marzo obbligava le istituzioni regionali a rispettare e applicare tutte le disposizioni decise dal Centro, in particolare le leggi prodotte dai Landtage diventavano esecutive solo se ricevevano la controfirma dei segretari di stato o del Cancelliere. H. Hellbing, *op. cit.*, p. 419; H. Widder, *op. cit.*, pp. 243-244.

<sup>139</sup> Il 18 novembre 1918, Seipel aveva rivendicato il diritto per il nuovo stato austro-tedesco di costituirsi in una «federazione di Länder». F. Ermacora *Österreichisches Föderalismus vom patriarchalen zum kooperativen Bundesstaat* cit., p. 48; cfr. W. Berchtold, *Österreichischer Parteiprogramme 1868-1966* cit., p. 360.

<sup>140</sup> E. Hanisch, *op. cit.*, pp. 75-76. Hanisch riconduce l'ostilità dei Länder verso il Centro, al conflitto, precedente alla fine della monarchia, tra la «provincia» popolare e clericale, gelosa delle proprie tradizioni cattoliche, e il centro secolarizzato e di ispirazione socialista. Ivi, p. 76.

<sup>141</sup> Agli inizi del '900 in alcuni Landtage fu esteso il diritto di voto, ma nel complesso tutti i tentativi di democratizzare il sistema di votazione delle Assemblee regionali fallirono. R. Lierzner-Loebenstein, *op. cit.*, 66-69.

<sup>142</sup> W. Hanzeder, *Die Funktionen des Reichsrats*, in *Österreichsparenentwurf*... cit., p. 125.

Secondo Goldinger, i socialdemocratici temevano inoltre che la trasformazione dello stato in una repubblica federale avrebbe comportato un massiccio trasferimento di competenze dall'organo legislativo centrale verso i Landtage, e quindi un indebolimento del primo a vantaggio dei secondi.<sup>143</sup>

Le interpretazioni degli studiosi evidenziano come il problema dei rapporti tra Centro e Länder, tra Assemblea nazionale e le Assemblee regionali avesse una forte matrice politica, che si inseriva nello scontro tra SPÖ e CSÖ.<sup>144</sup>

Il fatto che la legge costituzionale del 14 marzo ribadisse, seppur con piccole modifiche, il carattere parlamentare del governo, la supremazia del legislativo e il primato delle istituzioni centrali su quelle periferiche, testimonia come nell'inverno del 1919 la SPÖ prevalessse sul partito avversario. Se è vero che la socialdemocrazia sfruttò ad arte la posizione di forza e prestigio di cui godeva per controllare la costruzione del nuovo stato austro-tedesco, condizionando il contenuto delle sue prime leggi costituzionali, è altrettanto vero che queste vennero concepite dai membri dell'Assemblea come uno strumento per garantire una sufficiente stabilità politica e istituzionale al paese e per porre una serie di "regole" generali, di "paletti", entro i quali elaborare, approvare e rendere esecutiva la nuova legge fondamentale della repubblica democratica d'Austria.

<sup>143</sup> W. Goldinger-A. Binder, *op. cit.*, p. 95.

<sup>144</sup> G. Bongiovanni, *Il contributo di Hans Kelsen alla costituzione austriaca...* cit., p. 153; E. Hanisch, *op. cit.*, p. 75.

## CAPITOLO 4

Hans Kelsen e Karl Renner.

Una scelta a favore della democrazia parlamentare.

### 4.1. Karl Renner: in difesa della democrazia politica

Tra il 1918 e il 1919, l'Assemblea nazionale provvisoria e, dopo le elezioni del febbraio 1919, l'Assemblea nazionale costituente avevano dato vita ad una repubblica democratica basata sulla centralità del parlamento. La grande trasformazione istituzionale e politica che riguardò l'Austria tra il 1918 e il 1920 costituì per Kelsen un'occasione e uno stimolo per affrontare nuovamente il problema del parlamento ma questa volta dal punto di vista del pensiero politico: precisamente, in rapporto al nuovo ordinamento politico, Kelsen pubblicò una serie di articoli che mostrano forti analogie, sul tema della democrazia parlamentare, con le riflessioni proposte dal leader socialdemocratico Karl Renner tra la fine dell'800 e gli inizi del '900.

Il rapporto tra Renner e Kelsen non è mai stato oggetto di una ricostruzione storica sistematica che, invece, abbiamo cercato di proporre nelle prossime pagine, proprio a partire dalla convocazione della Assemblea nazionale provvisoria.

Fu su espresso invito del Cancelliere socialdemocratico che, il 26 novembre del 1918, Kelsen prese parte alla discussione sul sistema di votazione per l'Assemblea costituente che si tenne nella Cancelleria di stato.<sup>1</sup> L'invito a seguire tale dibattito nacque dall'interesse per il tema che Kelsen aveva dimostrato in alcuni articoli apparsi sulla «Neue Freie Presse», su «Der österreichische Volkswirt» e sulla «Arbeiter Zeitung».

Con rarissime eccezioni,<sup>2</sup> la letteratura ha mostrato scarsa attenzione per i notevoli punti di contatto esistenti tra questa serie di articoli e l'ope-

<sup>1</sup> Sembra che Renner e Kelsen si fossero conosciuti per la prima volta durante la guerra mondiale; entrambi avevano studiato legge nell'ateneo viennese. G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitischen Folgen*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1991, p. 141; R. A. Metall, *op. cit.*, pp. 32-33; K. R. Stadler, *Adolf Schärf. Mensch, Politiker, Staatsmann*, Wien, Europa Verlag, 1982, p. 52. Il 25 novembre 1918 Kelsen fu nominato consulente della sezione per la riforma costituzionale della Cancelleria di Stato e il giorno seguente venne invitato a partecipare alla discussione sul sistema di votazione per l'Assemblea costituente. G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitischen Folgen* cit., p. 22.

<sup>2</sup> Un importante contributo è rappresentato da Norbert Leser che, in un breve scritto dedicato a *Hans Kelsen und Karl Renner*, individua una serie di analogie tra le opere dei

ra di Karl Renner, che emergono invece chiaramente considerando la centralità in entrambi del tema della rappresentanza e della libertà politica nel sistema democratico parlamentare.

Tra la fine dell'800 e gli inizi del nuovo secolo, Karl Renner partecipò, assieme a Otto Bauer, a Rudolf Hilferding, a Max e a Friederich Adler, al cosiddetto circolo «austro-marxista». Quest'ultimo rappresentava una vivace comunità intellettuale che operò attorno alla «Zukunft Verein» – grazie alla quale venne fondata nel 1903 la prima scuola operaia – e a riviste come le «Marx Studien» e «Der Kampf». Gli austro-marxisti cercavano una possibile «via mediana» tra la prospettiva revisionistica e quella kautskiana, che caratterizzava la Seconda Internazionale. Nel tentativo di cogliere la complessità dello sviluppo capitalista, senza per ciò voler giungere alle medesime conclusioni del revisionismo, gli austro-marxisti si confrontarono costantemente con la realtà asburgica.<sup>3</sup>

due pensatori, in particolare tra quelle che riguardano la concezione dello stato e del diritto; di recente, è stato pubblicato un saggio di Maccaroni, in cui l'autore pone a confronto le posizioni di Renner e di Kelsen su «diritti fondamentali e democrazia». Sia Leser, sia Maccaroni instaurano una comparazione tra Kelsen e Renner a partire dai primi anni '20, ossia dopo la pubblicazione della prima edizione di *Essenza e valore della democrazia*, senza far riferimento agli articoli che Kelsen pubblicò tra il 1918 e il 1919. Inoltre, entrambi tendono a giustapporre le posizioni, le idee e le proposte dei due pensatori senza cercare di individuare un preciso momento storico-politico a partire dal quale sia possibile comparare le teorie del leader socialdemocratico con quelle del giurista. Diversamente da Leser e Maccaroni, Ucakar ricorda sinteticamente alcune similitudini tra gli articoli kelseniani sul sistema proporzionale e le tesi espresse da Renner negli anni precedenti al conflitto mondiale, non spiegando però i presupposti di questa «convergenza». N. Leser, *Hans Kelsen und Karl Renner*, in *Reine Rechtslehre und die marxistische Theorie*, Wien, Manz Verlag, 1978, pp. 41-62. K. Ucakar, *op. cit.*, p. 385 ss.; M. Maccaroni, *Federalismo e diritti umani nella socialdemocrazia classica*, Cosenza, Jona, 1998, p. 60 ss.

<sup>3</sup> T. Bottomore, *Introduction, to Austro-Marxism, Texts Translated and Edited by T. Bottomore*, Oxford, Clarendon Press, 1978, p. 13. La possibilità di superare tale «frattura» fu posta dagli austro-marxisti sulla base di una approfondita riflessione sulla dimensione gnoseologica ed epistemologica del marxismo. A. Arato, G. Brusa Zappellini, F. Camagnola, N. Leser, *Causalità e teleologia nel criticismo di Max Adler*, Roma, Editori riuniti, 1977, pp. 138-139. Come ricordato dallo stesso Bauer in un suo articolo pubblicato anonimo per l'«Arbeiter Zeitung» nel 1927, l'interesse austro-marxista per gli stimoli offerti dal panorama filosofico del tempo derivava sia dalla constatazione che il marxismo veniva prevalentemente criticato per mezzo di argomentazioni filosofiche, sia dalla consapevolezza che era necessario un uso più approfondito e articolato «del metodo di Marx». O. Bauer, *Austromarxismus*, in G. Martemio, *Austro-marxismo e socialismo di sinistra fra le due guerre*, Milano, La Pietra, 1977,

Nella maggioranza dei contributi renneriani pubblicati tra la fine dell'800 e gli inizi del nuovo secolo, tale «confronto» appariva costante e serrato e consisteva nella analisi dei mutamenti e dei meccanismi necessari, affinché l'Impero austro-ungarico si riformasse in senso compiutamente democratico.

Nelle pagine che seguono, ci soffermeremo proprio su questo particolare aspetto dell'opera renneriana, su come e quanto «nel panorama dei teorici socialdemocratici degli anni Venti, [Renner] riconobbe il valore tecnico-funzionale delle istituzioni liberal-democratiche».<sup>4</sup>

I primi saggi dedicati a questo tema<sup>5</sup> furono pubblicati da Renner<sup>6</sup> con vari pseudonimi,<sup>7</sup> a causa della sua occupazione di bibliotecario presso la Biblioteca del Parlamento di Vienna,<sup>8</sup> mentre quelli successivi alla sua elezione a deputato del Reichstag apparvero con il suo vero nome.<sup>9</sup>

p. 12. Sull'austro-marxismo cfr. E. Glaser, *Im Umfeld des Austromarxismus. Ein Beitrag zur Geistgeschichte des österreichischen Sozialismus*, Wien, München, Zürich, Europa Verlag, 1981; N. Merker, *Il socialismo vietato. Miraggi e delusioni da Kautsky agli austromarxisti*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

<sup>4</sup> Questa è la pertinente osservazione espressa da Maccaroni in *op. cit.*, p. 60.

<sup>5</sup> Ci stiamo riferendo, ad esempio, a *Staat und Parlament (Stato e parlamento)* (1901) e a *Mehrheits oder Volksvertretung? (Rappresentanza maggioritaria o popolare?)* (1904).

<sup>6</sup> Sulla vita di Karl Renner cfr. J. Hannack, *Karl Renner und seine Zeit. Versuch einer Biographie*, Wien, Europa Verlag, 1965 e A. Pelinka, *Karl Renner zur Einführung*, Wien, Edition SOAK im Junius Verlag, 1989. Tra le due, l'opera di Hannack appare a tratti eccessivamente spolegica, mentre la seconda offre una efficace sintesi dei temi e delle principali problematiche politiche affrontate da Renner. Per quanto riguarda la bibliografia completa delle opere di Renner cfr. *Karl Renner. Eine Bibliographie*, hrsg. von Verein für Geschichte der Arbeiterbewegung, Wien, Europa Verlag, 1970. Il saggio contiene anche l'elenco completo dei discorsi tenuti da Renner come membro del parlamento imperiale, e come deputato del parlamento nazionale nella prima e nella seconda repubblica austriaca.

<sup>7</sup> A. Agnelli, *Introduzione a K. Renner, Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 8. Gli pseudonimi più frequentemente utilizzati da Renner furono: Synopticus, Springer e Karner.

<sup>8</sup> Renner aveva ottenuto l'impiego presso la Biblioteca del Reichsrat grazie all'economista Eugen von Philippovich, che era stato suo professore all'università di Vienna. Nell'ateneo viennese Renner aveva inoltre seguito i corsi di Edmund Bernatzik che, insieme a Philippovich, lo aveva consigliato di prepararsi alla abilitazione in *Rechts- und Staatswissenschaften*, cui Renner rinunciò per dedicarsi alla vita politica. W. Braumeder, *Juristen in Österreich* cit., pp. 281-282.

<sup>9</sup> Ci stiamo riferendo, ad esempio, a *Was ist die nationale Autonomie? (Cos'è l'autonomia nazionale?)* (1913), la raccolta di saggi *Österreichische Erneuerung (Rinnova-*

*Staat und Parlament* (1901) e *Mehrheits oder Volksvertretung?* (1904), che verranno poi confrontati con gli articoli keiseniani appena ricordati, si caratterizzavano per la critica al sistema elettorale maggioritario dell'Impero asburgico che, a giudizio di Renner, aveva permesso alle classi sociali meno numerose ma socialmente più influenti di controllare e monopolizzare il Parlamento Imperiale.<sup>10</sup>

In questo senso, il meccanismo elettorale asburgico finiva per limitare un'efficace rappresentanza delle richieste e delle posizioni espresse dalla società austriaca. La centralità di questa tematica nell'opera renneriana è ulteriormente testimoniata dal fatto che nel 1901, l'anno in cui appariva *Staat und Parlament*, l'esponente socialdemocratico pubblicava un altro breve saggio *Die österreichische Frage und das System der Interessenvertretung* (*La questione austriaca e il sistema della rappresentanza per interessi*), con cui criticava nuovamente il meccanismo rappresentativo dell'Impero.

Secondo Renner, la riforma Badeni, che nel 1897 aveva allargato il diritto di voto introducendo la «quinta curia»<sup>11</sup>, non era riuscita ad eliminare la rappresentanza «per interessi», che sarebbe scomparsa solo con l'adozione del suffragio universale, diretto e segreto:

la rappresentanza per interessi [...] è semplicemente la forma di un sistema classico [...] Esso consiste nella organizzazione degli elettori secondo i ceti e le professioni o secondo le classi sociali. Si tagliano fuori le classi non proprietarie e così le classi proprietarie possono essere suddivise secondo criteri censitari.<sup>12</sup>

Stesse considerazioni comparivano sei anni più tardi in *Grundlagen und Entwicklungsziele der österreichisch-ungarischen Monarchie* (*Fondamenti e obiettivi di sviluppo della Monarchia austro-ungarica*), in cui l'analisi del

mento austriaco) (1915) e *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* (*Il diritto alla autodeterminazione delle nazioni*) del 1917.

<sup>10</sup> R. Springer [K. Renner], *Staat und Parlament. Kritische Studie über die Österreichische Frage und das System der Interessenvertretung*, Wien, Kommissionsverlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand, 1901, pp. 3-6; Id., *Mehrheits oder Volksvertretung? Zur Aufklärung der intellektuellen und industriellen Klassen über ihre Interessen an einer Wahlreform, sowie ihr Wesen, Arten und Bedeutung der Proportionalwahl*, Wien und Leipzig, Franz Deuticke, 1904, pp. 10-11. Sul sistema di votazione dell'Impero asburgico cfr. Cap. 3.

<sup>11</sup> Sulla riforma Badeni cfr. Cap. 3.

<sup>12</sup> R. Springer [K. Renner], *Die österreichische Frage und das System der Interessenvertretung*, Wien, 1901, p. 194.

rapporti politici e istituzionali tra le due Corone dell'Impero asburgico si intrecciava strettamente alla difesa della rappresentanza politica contro quella «per interessi». Quest'ultima prevedeva che il deputato fosse strettamente vincolato nel suo operato alla «curia» nella quale era stato eletto e ciò, secondo Renner, impediva una normale vita parlamentare; qualsiasi decisione che il deputato assumeva autonomamente o in contrasto con gli interessi specifici della «curia» di appartenenza appariva come un tradimento dei propri elettori, e ciò contrastava con un sistema di rappresentanza moderno in cui «ogni partito di governo deve essere pronto a fare sacrifici, ed ogni opposizione deve e può accettarli».<sup>13</sup> Nell'Impero asburgico, qualsiasi rapporto dialettico tra maggioranza e minoranza risultava quindi impossibile: secondo Renner, i deputati, legati alle proprie «curie», erano incapaci di giungere a qualsiasi forma di compromesso e non potevano far altro che ricorrere all'ostruzionismo.<sup>14</sup>

In aperta polemica con la situazione del suo tempo, Renner proponeva così una democrazia politica di tipo parlamentare in cui, come scriveva in uno dei suoi più celebri articoli, *Die Freiheit Über Alles!* (*La libertà sopra tutto!*), apparso su «Der Kampf» nel 1908, il cittadino fosse politicamente libero, non perché privo di limiti e regole, bensì perché soggetto di doveri e di diritti.<sup>15</sup>

Tra questi, Renner ricordava il riconoscimento dei diritti politici che, a suo giudizio, costituiva il presupposto affinché in democrazia il rapporto tra governati e governanti non si congelasse, affinché i governati di oggi potessero essere i governanti di domani.<sup>16</sup> Agli inizi del '900, dunque, Renner insisteva sulla necessità di garantire l'uguaglianza dei diritti politici, sul suffragio universale, considerati i fondamenti di una moderna democrazia parlamentare.<sup>17</sup> Come osserva Leser, tale insistenza non scaturiva solo da un forte desiderio riformatore, ma, nel profondo, dalla condivisione dei valori democratici come «valori di civiltà».<sup>18</sup> La creazione di un efficiente sistema demo-

<sup>13</sup> R. Springer [K. Renner], *Grundlagen und Entwicklungsziele der österreichisch-ungarischen Monarchie*, Wien, 1907, pp. 124-125.

<sup>14</sup> Ivi, p. 126.

<sup>15</sup> K. Renner, *Die Freiheit über Alles!*, «Der Kampf», 7. Heft, 1908, pp. 290-293. Secondo Renner, la democrazia, a differenza dell'anarchia, presupponeva un ideale partecipativo di libertà. *Ibidem*

<sup>16</sup> Ivi, pp. 293-296.

<sup>17</sup> Basti solo notare che nel febbraio del 1919 Renner pubblicava su «Der Kampf» un articolo in cui sottolineava il profondo legame tra la storia della socialdemocrazia austriaca e la conquista della democrazia. K. Renner, *An der Übergangsschwelle von der Demokratie zum Sozialismus*, «Der Kampf», 2, 1919, pp. 66-68.

<sup>18</sup> N. Leser, *Teoria e prassi dell'Austromarxismo* cit., p. 7.

cratico rappresentò in Renner una delle principali prospettive dalle quali analizzare i rapporti tra le nazionalità che costituivano l'Impero asburgico e proporre una soluzione duratura ai loro reciproci contrasti: la democrazia diventava in Renner uno dei presupposti per pacificare i popoli danubiani.<sup>19</sup>

L'analisi dedicata da Renner alla questione nazionale muoveva anzitutto dalla risoluzione sul problema delle nazionalità asburgiche, assunta dalla SPÖ al Congresso di Brünn nel 1899, con la quale si affermava la necessità di realizzare una grande federazione democratica dei popoli danubiani, di trasformare i territori dell'Impero in «corpi amministrativi autonomi» e di combattere qualsiasi forma di privilegio nazionale.<sup>20</sup>

Rispetto a tale programma Renner intraprese un approfondito studio per comprendere e preparare, su basi più salde di quelle profilatesi al Congresso, la «riforma» in senso democratico e federalistico delle «istituzioni esistenti».<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Ivi, p. 7. Tra la fine dell'800 e gli inizi del '900, furono numerosi gli intellettuali austriaci che si misurarono con la sempre più difficile convivenza tra le nazionalità dell'Impero; fra questi ricordiamo lo stesso Edmund Bernatzik in *Über nationalen Matriken* del 1910.

<sup>20</sup> A. Agnelli, *Questione nazionale e socialismo* cit., p. 11; H. Mommsen, *Die Sozialdemokratie und die Nationalitätsfrage im habsburgischen Vielvölkerstaat*, Wien, Europa Verlag, 1963, p. 317. Nell'alveo austro-marxista, anche Bauer si occupò della questione nazionale. La nazione non era, per Bauer, né una chimera, né una mera astrazione; con nazione egli indicava «una comunità di destino che presuppone la piena adesione dei suoi membri a valori che formano e appartengono a quella comunità». Egli riteneva che nel mondo capitalistico questa «comunità di destino» fosse venuta meno, perché la divisione in classi e lo sfruttamento del proletariato avevano impedito che la classe lavoratrice ricevesse una formazione tale da provare un sentimento di appartenenza nazionale. Soltanto il socialismo, per Bauer, avrebbe istituito una sola «comunità di cultura, lavoro ed educazione»; in altri termini, Bauer scorgeva una diretta connessione tra i rapporti di proprietà, da un lato, e il concetto di nazione dall'altra. Come esponenti del «circolo» austro-marxista, Renner e Bauer si misurarono con la questione nazionale senza mai prescindere dalla contingente realtà austriaca e, in particolare, dalla risoluzione che sul tema era stata assunta dalla SPÖ, anche se cercarono sempre di offrire proposte articolate e personali. In tal senso, essi interpretarono con efficacia lo «spirito» della «Geistgemeinschaft» austro-marxista che non fu mai una mera «appendice» della SPÖ. O. Bauer, *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie* cit., pp. 130-138; cfr. A. Agnelli, *Questione nazionale e socialismo. Contributo allo studio di K. Renner e O. Bauer*, Bologna, Il Mulino, 1968, pp. 70-84; pp. 121-122; p. 154; N. Leser, *Teoria e prassi dell'austromarxismo*, Milano, Mondo Operaio Avanti!, 1978, pp. 4-5; G. Marramao, *op. cit.*, p. 11; C. Pichler, *Die Anschlusspolitik Otto Bauers 1918/19. Paradigma einer Theorie praxis Konflikts*, Doktorat Dissertation, Nationalbibliothek, Wien, 1990, p. 48.

<sup>21</sup> A. Agnelli, *Questione nazionale e socialismo. Contributo allo studio di K. Renner e O. Bauer* cit., p. 14. Sul rapporto tra socialdemocrazia austriaca e questione nazio-

In numerosi scritti pubblicati tra la fine dell'800 e gli inizi del nuovo secolo, tra i quali ricordiamo, ad esempio, *Was ist die nationale Autonomie?*, (1913) la serie di articoli *Österreichische Erneuerung*, (1915) o il saggio del 1917 *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, il tema della democratizzazione politica dell'Impero appariva strettamente connesso con il rinnovamento nei rapporti tra i popoli asburgici. In questa prospettiva la conquista del suffragio universale e la rappresentanza politica si inserivano in una visione politica più complessa e articolata che in Renner, come ricorda puntualmente Leser, si basava:

... sul nesso indissolubile tra l'avanzata del processo di democratizzazione e la soluzione del problema delle nazionalità come presupposto della conservazione dello stato nazionale asburgico.<sup>22</sup>

La riflessione che Renner sviluppò tra la fine dell'800 e i primi anni del '900 attorno ai rapporti tra le nazioni asburgiche presupponeva e si intrecciava strettamente ad una particolare concezione della nazione e dello stato che il leader socialdemocratico cominciò a maturare già nella sua prima opera dedicata al problema nazionale, *Staat und Nation (Stato e nazione)*, pubblicata nel 1899, con lo pseudonimo di Synopticus. Il saggio apparve nello stesso anno del Congresso di Brünn, e in un momento storico e politico in cui il dibattito sulla questione nazionale austriaca era particolarmente vivace.<sup>23</sup>

Nei decenni successivi alla ondata rivoluzionaria del 1848-1849 si era assistito in tutto l'Impero ad un grande risveglio delle coscienze nazionali dei popoli non tedeschi, che si era manifestato, ad esempio, nella richiesta di equiparare le lingue parlate nell'Impero.

Una delle prime risposte istituzionali era giunta nel 1880, quando il governo presieduto dal ministro Taaffe aveva approvato una legge che permetteva ai cechi di usare anche il loro idioma e non solo il tedesco come

nale cfr. R. Monteleone, *Marxismo, internazionalismo e questione nazionale*, Torino, Loescher, 1982, in particolare pp. 111-132; E. Fröschl, M. Mesner, H. Zötl (hrsg.), *Die Bewegung. Hundert Jahre Sozialdemokratie in Österreich*, Wien, Passagen Verlag, 1990, in particolare pp. 50-65.

<sup>22</sup> N. Leser, *Teoria e prassi dell'austromarxismo* cit., p. 43. Nella sua opera dedicata alla scuola austro-marxista, Leser sottolinea ripetutamente l'importanza teorico-politica che, nel pensiero renneriano, svolse il tema della democratizzazione politica attraverso il riconoscimento dei diritti politici, l'istituto della rappresentanza popolare e la protezione delle minoranze.

<sup>23</sup> A. Pelinka, *Nochwort zu K. Renner, Schriften*, hrsg. mit einem Nachwort von A. Pelinka, Wien, Residenz Verlag, 1994, p. 236; J. Hannack, *op. cit.*, pp. 83-88.

lingua nazionale. Diciassette anni più tardi, il ministro Badeni aveva tentato di completare la riforma Taaffe, proponendo che i cechi potessero usare la loro lingua madre anche in ambito burocratico, ma la pressione dei deputati austro-tedeschi del Parlamento imperiale costrinse il ministro a ritirare il progetto di legge. La proposta Badeni venne nuovamente avanzata dal ministro Gautsch nel 1898, ma ancora una volta senza alcun successo.<sup>24</sup> Alla fine dell'800, i tanti fallimenti sul piano delle "riforme linguistiche" testimoniavano l'estrema problematicità dei rapporti tra le nazionalità dell'Impero, che, secondo Renner, poteva essere risolta muovendo anzitutto da una ridefinizione del concetto e del rapporto tra «nazione» e «stato».<sup>25</sup>

Come espresso con stile chiaro e conciso in *Staat und Nation*, la soluzione ai conflitti tra le nazionalità asburgiche e la definitiva pacificazione dei loro rapporti passavano attraverso la trasformazione delle nazioni da «corpi territoriali» in «oggetti di diritti»:

le nazioni non sono corpi territoriali, bensì corpi fatti da persone che in tutte le parti dell'Impero devono godere della protezione della propria nazione, così come rispettarne gli obblighi e i doveri. In breve: il principio della personalità e non il principio territoriale è il principio di riferimento, le nazioni non sono da costituirsi come corpi territoriali, bensì come unioni di persone.<sup>26</sup>

Alla base della riflessione renneriana sulla questione nazionale, incentrata sulla necessità di democratizzare l'Impero, vi era la distinzione tra il «principio personale» e quello «territoriale», per cui, come leggiamo in *Staat und Nation*, le persone erano titolari dei loro diritti indipendentemente dal particolare territorio in cui esse vivevano.<sup>27</sup> In rapporto alla

<sup>24</sup> P. Riesbeck, *Sozialdemokratie und Minderheitenrecht. Der Beitrag der österreichischen Sozialdemokraten O. Bauers und K. Renners zum internationalen Minderheitenrecht*, Saarbrücken, Verlag für Entwicklungspolitik, 1996, pp. 48-49.

<sup>25</sup> Sulla questione nazionale austriaca cfr. H. Mommsen, *op. cit.*, e H. Hantsch, *Die Nationalitätenfrage im alten Österreich*, Wien, Verlag Herold, 1953.

<sup>26</sup> R. Springer [K. Renner], *Staat und Nation*, in K. Renner, *Schriften cit.*, p. 31. Gli stessi concetti sarebbero comparsi nuovamente anche in *Der Kampf der österreichischen Nationen um den Staat*, pubblicato nel 1902. Quest'ultimo costituiva la prima versione di *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* del 1917, che rappresenta l'opera più importante dedicata da Renner al problema nazionale e della democratizzazione dell'Impero. G. Sprengnagel, *Karl Renner und die Nationalitätenfrage*, in *Karl Renner. Ein österreichische Phänomen*, Wien, «Schriftenreihe des Karl Renner Institut», 1990, p. 34.

<sup>27</sup> *Ibidem*

complessa realtà dell'Impero asburgico, il «principio personale» era finalizzato a diffondere tra le nazionalità dell'Impero «il sentimento della «Gleichberechtigung» (equiparazione).<sup>28</sup>

La proposta di sostituire il «principio territoriale» con il «principio personale» non era una "invenzione" renneriana;<sup>29</sup> essa era stata formulata e avanzata per la prima volta da un esponente sloveno della SPÖ, Etban Kristan, in un articolo da lui pubblicato nell'agosto del 1898 sulla rivista degli intellettuali socialisti cechi, «Die Akademien».<sup>30</sup> Muovendo dalla analisi della storia del popolo sloveno, che non aveva mai potuto rivendicare per sé uno specifico insediamento, Kristan aveva osservato che la nazione non poteva essere ridotta ad una entità puramente territoriale; essa doveva essere intesa come «la somma di individui che parlano una lingua comune e si riconoscono liberamente in quella nazione».<sup>31</sup> Una analoga, sebbene meno marcata, de-territorializzazione del concetto di nazione compariva anche in *Staat und Nation*, in cui appariva perfino l'idea, espressa da Etban Kristan, che l'appartenenza nazionale dovesse essere una scelta individuale.<sup>32</sup>

Nel saggio del 1899, Renner affermava chiaramente che il passaggio dal «principio territoriale» a quello di «persona» si verificava nel momento in cui la nazione veniva «giuridicizzata», ossia passava dall'essere una realtà «naturale», «fattuale», basata su brutali rapporti di forza, ad una compiutamente «giuridica»: e tale trasformazione, come sottolineava

<sup>28</sup> A. Pelinka, *Einführung zu K. Renner*, in K. Renner, *Schriften cit.*, p. 7; G. Sprengnagel, *op. cit.*, pp. 30-36.

<sup>29</sup> In *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* Renner aveva rivendicato per sé la formulazione originaria del concetto di «principio di personalità» applicato alla nazione. P. Riesbeck, *op. cit.*, p. 160.

<sup>30</sup> È ragionevole supporre che Renner si fosse ispirato allo scritto di Kristan, pubblicato prima di *Staat und Nation*; la stessa idea della nazione come soggetto di diritti circolava nell'ambiente intellettuale sloveno già dalla metà dell'800. Inoltre, la rivista «Die Akademien» si occupava principalmente della questione nazionale e quindi non poteva essere sconosciuta ad un autore come Renner interessato a simili temi. E. Rozman, *Etban Kristan und seine Idee der Personalautonomie*, in H. Konrad, *Arbeiterbewegung und die Nationalfrage in den Nachfolgestaaten der Habsburgischen Monarchie*, Wien-Zürich, Europa Verlag, 1993, p. 100.

<sup>31</sup> P. Riesbeck, *op. cit.*, pp. 118-119.

<sup>32</sup> *Ivi*, p. 119. Secondo Merker, l'approccio renneriano alla questione nazionale sarebbe stato influenzato anche dall'opera del costituzionalista liberale Gumpłowicz. N. Merker, *op. cit.*, p. 108-109.

Renner, poteva avvenire solo all'interno dello stato.<sup>33</sup> Renner ribadiva questo concetto in un suo articolo apparso su «Der Kampf» nel 1908, intitolato *Das nationale Problem in der Verwaltung (Il problema nazionale nell'amministrazione)*, con cui la nazione, intesa quale «entità naturale», era opposta allo stato, come «fatto giuridico».<sup>34</sup> Con un diretto e chiaro richiamo a quanto affermato in *Staat und Nation*, il carattere «naturale» della nazione si rifletteva «nei rapporti di forza» che il diritto non era mai riuscito a regolare.<sup>35</sup>

Come osserva Agnelli, la contrapposizione tra momento naturale e momento giuridico, tra nazione e stato non aveva, però, alcuna implicazione «formalistica» in Renner. Nel 1904 le «Marx Studien» avevano pubblicato *Die soziale Funktion des Rechtsinstituts (Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale)*, in cui Renner aveva decisamente rifiutato «la riduzione del diritto a mera forma».<sup>36</sup>

Portato a vedere nel diritto il mondo delle relazioni tra volontà, Renner non esita mai nel riconoscere la radice individuale di queste ultime e, al tempo stesso, la necessità di un superamento di essa: occorre sottrarre alla fluttuante psicologia nozioni aventi origine individuale e conferire loro carattere permanente col sigillo dell'ordinamento giuridico.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> R. Springer [K. Renner], *Staat und Nation* cit., pp. 24-30. L'idea di stato fu sempre molto forte e presente in Renner, che criticò ferocemente le correnti anarchiche. La sua stessa idea di socialismo era strettamente correlata a quella di stato: in una delle sue opere più importanti, *Marxismus, Krieg und Internationale* (1918), il leader socialdemocratico affermava che lo stato avrebbe avuto un ruolo decisivo nella realizzazione del socialismo: «lo stato deve essere libero! Libero dalle catene del capitale, libero al servizio della maggioranza dell'umanità, al servizio della classe operaia! Libero dagli influssi di coloro che lo vedono come un male necessario, che lo vedono come un'appendice della proprietà privata, che [...] lo negano nel principio!» K. Renner, *Marxismus, Krieg und Internationale*, Stuttgart, Verlag von J. H. W. Dittes, 1918, p. 28; p. 30 ss; cfr. E. Böhm, *Die Gesellschaftstheorie von Karl Renner und Otto Bauer*, in *Zwischen Austromarxismus und Katholizismus. Festschrift für N. Leser*, Wien, Braumüller, 1993, p. 6 ss.

<sup>34</sup> K. Renner, *Das nationale Autonomie und die Verwaltung*, «Der Kampf», 9. Heft, 1908, p. 23.

<sup>35</sup> Ivi, p. 25.

<sup>36</sup> A. Agnelli, *Introduzione a K. Renner, Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica. Un contributo alla critica del diritto civile* cit., p. 10. La traduzione italiana curata da Agnelli si basa sulla edizione definitiva ed ampliata del saggio renneriano, pubblicata come volume autonomo nel 1929.

<sup>37</sup> *Ibidem*

Questo preciso e lucido commento permette di cogliere con maggiore chiarezza il rapporto tra nazione e stato nell'opera definitiva che, nel 1917, Renner dedicava a questo tema, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*. Analogamente a quanto affermato in *Staat und Nation*, nel saggio del 1917 lo stato, inteso come realtà «giuridica», veniva opposto alla nazione, quale realtà «sociologica» e «naturale», contrapposizione che, secondo Renner, si era storicamente affermata proprio nell'Impero asburgico, le cui nazioni:

non possiedono nessuna posizione giuridica definita nel complesso statale, costituiscono l'un l'altra ciò che i giuristi definiscono una «societas inordinata» una comunità senza ordine, presso la quale l'ambito giuridico del tutto [dello stato] e quello dei membri non sono delimitati. E in ciò si pone la domanda fondamentale della politica interna austriaca: è possibile trasformare la partecipazione puramente fattuale allo stato in una partecipazione giuridica?<sup>38</sup>

In altri termini, Renner si chiedeva, in un momento della storia austriaca in cui tale interrogativo aveva una connotazione particolarmente drammatica, se fosse possibile «portare» i rapporti tra le nazioni danubiane da uno stato di «anarchia» ad uno di ordine, e quindi, nella prospettiva renneriana, di «democrazia».<sup>39</sup>

Le nazioni che «respingono qualsiasi legame», che «non vogliono unirsi in un tutto» finiscono per affermare la loro reciproca indipendenza anarchica, mentre la democrazia si realizza laddove esse costituiscono una «unione organica» attraverso la «partecipazione alla sovranità, attraverso l'obbedienza, la condivisione di obiettivi comuni».<sup>40</sup> L'«unione organica» cui si stava riferendo Renner non era altro che un grande stato federale, costituito dalle varie nazioni che, proprio come gli individui in uno stato democratico, dovevano essere portatrici di uguali «diritti».<sup>41</sup>

Nella concezione delle nazioni come soggetti di uguali diritti e doveri è possibile cogliere uno dei nessi fondamentali tra la riflessione renneriana dedicata alla questione nazionale e quella centrata sulla democratizzazione delle istituzioni asburgiche. Come emerge dalla lettura di *Staat und Nation* ed anche di un'opera, per certi aspetti più sistematica, come *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, le nazioni quali entità titola-

<sup>38</sup> K. Renner, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* cit., p. 124.

<sup>39</sup> Ivi, p. 125.

<sup>40</sup> Ivi, p. 127.

<sup>41</sup> *Ibidem* Come ricorda Mommsen, la maggioranza della SPÖ si dimostrò scettica verso le idee espresse da Renner, poiché le riteneva poco chiare e asistematiche. H. Mommsen, *op. cit.*, p. 330. Del resto, anche le proposte dello sloveno Kristan erano state pressoché ignorate. R. Rozman, *op. cit.*, p. 100.

ri di diritti potevano esistere a condizione che venisse garantita una effettiva parità di diritti tra i cittadini e, più precisamente, a condizione che la vita politica e amministrativa fosse compiutamente democratizzata. Lo stesso termine di *Selbstbestimmungsrecht* indicava in Renner il diritto di ogni nazione ad autodeterminarsi politicamente e amministrativamente.<sup>42</sup>

Il collegamento tra la nazione intesa come soggetto di diritti e la questione della democratizzazione politica e amministrativa dell'Impero emergevano, tra l'altro, da un lungo intervento tenuto da Renner in occasione del Congresso annuale della SPÖ nel 1917. Nel suo discorso, Renner si richiamava anzitutto al tema della uguaglianza politica quale condizione necessaria per la creazione di un ordine democratico, già espresso in *Staat und Parlament e Mehrheits oder Volksvertretung?*<sup>43</sup>

Nella prospettiva di Renner, la realizzazione di un sistema politico democratico comportava necessariamente la democratizzazione della amministrazione, poiché soltanto il pieno riconoscimento della uguaglianza dei diritti anche in ambito burocratico avrebbe effettivamente equiparato i rapporti tra le nazionalità danubiane, ponendo fine alla «Fremdherrschaft» (autorità straniera), a qualsiasi forma di dominio di una nazione a danno di un'altra.<sup>44</sup>

Il concetto di «autorità straniera» era già stato proposto da Renner in un suo breve scritto del 1913 *Was ist die nationale Autonomie?*, in cui l'«autonomia nazionale» era appunto intesa da Renner come libertà dalla «Fremdherrschaft». Con un esempio molto efficace, Renner aveva osservato nel 1913 che la «Fremdherrschaft» si realizzava, ad esempio, ogni qualvolta nel Landtag boemo i rappresentanti tedesco-boemi erano costretti a subire i *diktat* della maggioranza ceca.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> Singolo crollo della Monarchia asburgica, Renner negò sempre che il «diritto alla autodeterminazione» implicasse il riconoscimento del diritto alla secessione. P. Riesbeck, *op. cit.*, pp. 129-130.

<sup>43</sup> K. Renner, *Politische Demokratie und nationale Autonomie. Rede des Abgeordneten Dr. Karl Renners und Debatte auf dem Parteitag der deutschen Sozialdemokraten in Österreich*, Wien, 1917, pp. 6-7. Nel suo intervento Renner anticipava un tema che avrebbe riprodotto l'anno seguente in uno dei suoi discorsi alla Assemblea nazionale provvisoria, ossia l'idea che la democrazia politica sarebbe stata il «nuovo fondamento» dell'Europa postbellica. Ivi, p. 12, cfr. Cap. 3.

<sup>44</sup> Ivi, pp. 12-13.

<sup>45</sup> R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., pp. 24-27. Il problema della «autonomia nazionale» come liberazione dalla «Fremdherrschaft» è efficacemente sottolineato da A. Pelinka, *Karl Renner zur Einführung* cit., pp. 18-19.

in ogni stato che si definisce uno stato di diritto, non solo la singola persona ma anche ogni nazione dovrebbe essere riconosciuta come una personalità giuridicamente fondata che possiede propri diritti di libertà, che non possono essere violati dalle decisioni delle altre maggioranze nazionali.<sup>46</sup>

Nel passo appena riportato la «Fremdherrschaft» assumeva la forma di una vera e propria «dittatura», sopraffazione della maggioranza a danno della minoranza. Questo stato di cose scompariva quando alla minoranza nazionale venivano riconosciuti gli stessi diritti della maggioranza; in tal senso, Renner non faceva che trasporre sul piano della problematica nazionale e dei rapporti tra le nazionalità danubiane il principio degli uguali diritti tra maggioranza e minoranza, già espresso in *Staat und Parlament e Mehrheits oder Volksvertretung?*<sup>47</sup>

Nei numerosi contributi apparsi tra la fine dell'800 e il primo decennio del '900, Renner non mise mai in dubbio che la democrazia prevedesse il governo della maggioranza, ma ciò non implicava in nessun modo la coercizione della minoranza, che in Renner indicava sia la parte politica che non si riconosceva in quella maggioritaria, sia, nella complessa realtà multi-etnica austriaca, la componente nazionale minoritaria.<sup>48</sup>

Renner riteneva che il confronto pacifico e rispettoso fra le opinioni diverse non dovesse caratterizzare soltanto i rapporti tra le nazionalità, ma anche i rapporti tra i partiti di maggioranza e di minoranza presenti in parlamento.<sup>49</sup>

Proprio in *Mehrheits oder Volksvertretung?* il riconoscimento dei «diritti di libertà nazionali» a tutte le componenti del futuro stato democratico avrebbe neutralizzato la conflittualità da sempre esistente tra le

<sup>46</sup> K. Renner, *Was ist die nationale Autonomie?, Was ist soziale Verwaltung? Einführung in die nationale Frage und Erläuterung der Grundsätze des nationalen Programms der Sozialdemokratie*, Wien, Verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand & Co, 1913, p. 27.

<sup>47</sup> R. Springer [K. Renner], *Staat und Parlament* cit., p. 8; Id., *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., p. 12. Questo aspetto è efficacemente sottolineato da N. Leser, *Staatswissenschaftler*, in *Karl Renner. Ein Österreichische Phänomen* cit., pp. 59-62.

<sup>48</sup> Secondo Renner, l'armonizzazione dei rapporti tra le nazionalità danubiane passava attraverso una apposita legislazione che sapesse rinunciare a qualsiasi logica sciovinistica e nazionalistica. K. Renner, *Die Erneuerung des politischen Denkens*, in Id., *Österreichische Erneuerung. Politisch-programmatische Aufsätze von Dr. Karl Renner, Reichsratsabgeordneten*, Wien, Verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand & Co, 1916, pp. 20-21. Tutti gli articoli comparsi nella raccolta risalgono al 1915.

<sup>49</sup> R. Springer [K. Renner], *Staat und Parlament* cit., p. 7.

varie nazionalità danubiane, permettendo così che i rapporti improntati alla logica dello scontro e dell'antagonismo più aspro lasciassero spazio al rispetto reciproco, al dialogo e al compromesso.<sup>50</sup> La tematica del compromesso proposta da Renner pareva sostanzialmente coincidere con quella formulata da Eduard Bernstein nel capitolo "Democrazia e socialismo" delle *Voraussetzungen des Sozialismus (Presupposti del socialismo)* (1899).

Nei suoi contributi Renner non si richiamava in maniera esplicita all'opera del socialdemocratico, anche se sappiamo che essa circolava ed era discussa e criticata nell'ambiente del socialismo austriaco, da cui Renner proveniva.

Bernstein individuava uno stretto nesso tra socialismo, democrazia e la migliore tradizione liberale:<sup>51</sup>

per quanto riguarda il liberalismo come movimento storico universale, il socialismo non è l'erede legittimo non solo dal punto di vista cronologico ma anche da quello del contenuto ideale.<sup>52</sup>

Come difensore della «libertà politico-civile», la socialdemocrazia, secondo Bernstein, doveva proporre e difendere l'uguaglianza del diritto di voto:

Naturalmente la democrazia non si identifica con l'illegalità. Non per l'assenza di ogni legge la democrazia può distinguersi dagli altri sistemi politici che ratificano privilegi fondati sulla proprietà, sulla estrazione sociale e sulla confessione religiosa, non per l'assenza totale di leggi che limitano l'universale uguaglianza giuridica, l'uguale diritto per tutti.<sup>53</sup>

Contro tutte le concezioni «babeviste» e «blanquiste», che avevano trasformato la democrazia nella tirannia della maggioranza, Bernstein affermava che soltanto la garanzia della uguaglianza giuridica impediva di fatto che la democrazia finisse col sancire il dominio di una classe a danno di un'altra.<sup>54</sup> E ciò, a suo giudizio, contribuiva ad instaurare un rapporto dialettico tra maggioranza e minoranza.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., p. 28.

<sup>51</sup> M. Maccaroni, *op. cit.*, p. 49.

<sup>52</sup> E. Bernstein, *I presupposti del socialismo e i compiti della socialdemocrazia*, con intr. di L. Colletti, Roma Bari, Laterza, 1974, pp. 191-192.

<sup>53</sup> Ivi, p. 184.

<sup>54</sup> Ivi, p. 185.

<sup>55</sup> S. Amato, *Parlamentarismo e socialdemocrazia nell'evoluzione del pensiero politico di Kautsky* cit., p. 88. Sulla componente liberale del socialismo di Bernstein

nella nostra epoca esiste la sicurezza quasi incondizionata che la maggioranza di una comunità democratica non farà alcuna legge che attenti permanentemente alla libertà personale, giacché la maggioranza di oggi può diventare la minoranza di domani, e allora ogni legge lesiva delle minoranze colpirebbe i membri stessi della maggioranza temporanea.<sup>56</sup>

La coesistenza necessaria tra maggioranza e minoranza diventava condizione affinché si realizzasse una concreta pratica di «compromesso» e le leggi espresse dal parlamento non fossero la mera imposizione della volontà della maggioranza.<sup>57</sup> L'eguaglianza dei diritti e il riconoscimento del suffragio universale, come partecipazione attiva delle forze socialiste al processo legislativo diventavano nelle *Voraussetzungen* alcune delle condizioni fondamentali per la realizzazione pacifica del socialismo.<sup>58</sup>

la democrazia è al tempo stesso mezzo e scopo. È il mezzo della lotta per il socialismo, ed è la forma della realizzazione del socialismo [e più avanti] L'attività pratica della socialdemocrazia è rivolta alla creazione di situazioni e presupposti che rendono possibile e garantiscono un trapasso senza rotture violente dal moderno ordine sociale a un ordine superiore.<sup>59</sup>

Proprio come Bernstein, anche Renner concepiva il passaggio al socialismo in termini gradualistici e pacifici.<sup>60</sup> Come vedremo nelle prossime pagine, la prospettiva socialista era completamente assente negli articoli kelseniani, pubblicati nell'inverno del 1918-1919, ma in essi comparivano temi, interrogativi e problematiche fortemente analoghi nei contenuti e nei toni a quelli renneriani, appena delineati.

cf. U. Ranieri-U. Minopoli, *Il movimento è tutto. Rileggendo Eduard Bernstein*, Carcano, SugarCo, 1993, pp. 127-136, sulla concezione politica di E. Bernstein cf. B. Gustafsson, *Marxismus und Revisionismus. Eduard Bernsteins Kritik des Marxismus und ihre ideen-geschichtlichen Voraussetzungen*, Wien, Europäische Verlaganstalt, 1972, specie pp. 109-126. F. L. Carsten, *Eduard Bernstein. 1850-1932. Eine politische Biographie*, München, Verlag C. H. Beck, 1993, in particolare pp. 81-107.

<sup>56</sup> E. Bernstein, *op. cit.*, p. 185.

<sup>57</sup> S. Amato, *Parlamentarismo e socialdemocrazia nell'evoluzione del pensiero politico di Kautsky*, cit., p. 89. Amato ha richiamato l'attenzione sulla centralità che il concetto di compromesso e di democrazia quale «alta scuola del compromesso» svolge in Bernstein, osservando come il nesso tra democrazia e pratica compromissoria, che si realizza in parlamento, ricompaia nella prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* di Kelsen. Ivi, p. 159. Il "tramite" tra Bernstein e Kelsen potrebbe essere stato proprio Renner.

<sup>58</sup> E. Bernstein, *op. cit.*, pp. 187-189.

<sup>59</sup> Ivi, p. 185; p. 189.

<sup>60</sup> H. Böhm, *op. cit.*, pp. 4-8. M. Maccaroni, *op. cit.*, p. 49.

#### 4.2. Hans Kelsen e Karl Renner sull'introduzione del sistema proporzionale nella Repubblica austro-tedesca.

La legge che introduceva il sistema proporzionale nella repubblica austriaca venne approvata ufficialmente dalla Assemblea provvisoria il 18 dicembre.<sup>61</sup> Proprio tra il novembre e il dicembre del 1918 Kelsen dedicò al nuovo meccanismo elettorale alcuni interventi che dimostrano sia la sua personale attenzione per il tema, sia una evidente presa di posizione politica a favore di questo particolare sistema e, al contempo, costituiscono una interessante testimonianza della vicinanza intellettuale tra lui e Karl Renner.

Il 23 e il 24 novembre 1918 Kelsen pubblicò su «Der österreichische Volkswirt», quotidiano vicino agli ambienti conservatori, e sulla socialdemocratica «Arbeiter Zeitung», due articoli, rispettivamente intitolati *Das Proportionalssystem (Il sistema proporzionale)* e *Ein einfaches Proportionalwahlssystem (Un semplice sistema elettorale proporzionale)*, che volevano essere anzitutto una serrata critica al tradizionale sistema di votazione dell'Impero asburgico e, insieme, una proposta politica a favore del «Proportionalwahlssystem» che, a giudizio di Kelsen, appariva un meccanismo di votazione «migliore e più giusto del maggioritario».<sup>62</sup>

Il proporzionale era presentato da Kelsen come uno strumento efficace per permettere al più alto numero possibile di partiti di avere «voce» nella futura Assemblea costituente e di partecipare attivamente al processo costituente. In entrambi i contributi, e segnatamente in quello per l'«Arbeiter Zeitung», Kelsen sembrava richiamarsi al breve e denso saggio, *Mehrheits oder Volksvertretung?*, pubblicato da Renner nel 1904, in cui erano state proposte l'introduzione del sistema proporzionale che sostituisse quello maggioritario vigente e l'estensione all'intera cittadinanza del diritto di voto, affinché anche nell'Impero asburgico la rappresentanza

<sup>61</sup> Sul dibattito attorno alla approvazione della legge elettorale del 18 dicembre cfr. Cap. 3.

<sup>62</sup> H. Kelsen, *Das Proportionalssystem*, «Der österreichische Volkswirt», 23/11/1918, p. 116. Nel 1907, Kelsen aveva pubblicato un breve commentario sulla introduzione del suffragio universale nell'Impero asburgico. Il saggio era una esposizione prettamente tecnica dei poteri e delle particolari caratteristiche che assumeva il Parlamento imperiale grazie alla legge del 1907. L'opera non aveva alcuno spessore teorico, sembrava piuttosto l'"esercitazione" di un giovane studioso che stava iniziando la sua carriera accademica. È, però, da notare che tra le "fonti" del suo commentario, Kelsen ricordava lo studio di Bernatzik sulle leggi costituzionali dell'impero, *Die österreichischen Verfassungsgesetze* (Leipzig, 1906). H. Kelsen, *Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung*, Wien, Manzsche und Universitätsbuchhandlung, 1907, p. 1.

popolare sostituisse quella «per interessi», che si fondava essenzialmente sulla suddivisione della popolazione in «curie».<sup>63</sup>

Tali richieste erano, peraltro, già state formulate in *Staat und Parlament* (1901), con cui Renner aveva ribadito che la conquista del suffragio universale e la riforma democratica del corpo rappresentativo erano le premesse necessarie per la modernizzazione politica dell'Austria.<sup>64</sup>

L'analogia tra *Mehrheits oder Volksvertretung?* e i due articoli di Kelsen non si riduceva, però, alla medesima opzione politica a favore del «Proportionalwahlssystem»; l'argomentazione e il contenuto di entrambi i contributi kelseniani sembrano testimoniare il sostanziale influsso che il saggio renneriano del 1904 aveva esercitato sul giurista. L'*Incipit* di *Mehrheits oder Volksvertretung?* e quello dei due articoli erano molto simili, per non dire identici; il saggio renneriano del 1904 individuava nel sistema politico asburgico due gravi limiti: il principio di maggioranza assoluta e la divisione del territorio in collegi elettorali, straordinariamente disomogenei per grandezza e per numero di abitanti.<sup>65</sup>

Quattordici anni più tardi Kelsen osservava come entrambi questi principi, che avevano profondamente caratterizzato l'Impero, non fossero stati eliminati neppure dall'introduzione del suffragio universale nel 1907.<sup>66</sup>

Agli inizi del nuovo secolo, Renner aveva denunciato la suddivisione del territorio austriaco in collegi elettorali del tutto arbitrari e come questa avesse, da un lato, determinato la separazione dell'elettorato delle campagne da quello delle città, e, dall'altro, avesse paradossalmente consentito ai gruppi che ottenevano meno voti di avere un numero elevato di deputati al Parlamento imperiale:

sarebbe superfluo parlare di geometria elettorale, è sufficiente sottolineare come [tale sistema trasformi] la maggioranza degli elettori in minoranza di eletti. [e] anche se i collegi elettorali fossero matematicamente eguali gli uni agli altri, non ci sarebbe nessuna garanzia che la scelta della maggioranza sarebbe [coinciderebbe] [con] il governo della maggioranza.<sup>67</sup>

<sup>63</sup> R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., pp. 9-13.

<sup>64</sup> R. Springer [K. Renner], *Staat und Parlament* cit., pp. 1-5. Agli inizi del secolo, i due saggi renneriani avevano esplicitato, sul piano teorico, principi come il riconoscimento del suffragio universale e l'adozione del sistema proporzionale, per i quali, in quegli anni, si stava attivamente impegnando proprio la SPÖ. K. Uecker, *op. cit.*, p. 136.

<sup>65</sup> R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., p. 8. Sull'argomento cfr. O. Lehner, *op. cit.*, p. 247.

<sup>66</sup> H. Kelsen, *Ein einfaches Proportionalwahlssystem*, «Arbeiter Zeitung», 24/11/1918, p. 2.

<sup>67</sup> R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., pp. 1-2. Lo stesso argomento era già comparso in *Staat und Parlament*: «consideriamo appunto la contrap-

Così Kelsen in *Das Proportionalsystem* criticava il meccanismo elettorale asburgico per aver trasformato «la maggioranza degli elettori in minoranza di eletti» e, nel contributo pubblicato il giorno successivo sulla «Arbeiter Zeitung», precisava con ancora maggiore incisività che:<sup>68</sup>

le mancanze di questo sistema sono evidenti. Non dobbiamo far uso della «geometria dei collegi elettorali», appena utilizzata, [per capire] che [questo sistema] si trova in contraddizione con i rapporti politici [esistenti] nell'elettorato.<sup>69</sup>

Tale «contraddizione» scaturiva dal fatto che la suddivisione del popolo su base territoriale era contraria al principio su cui, secondo Kelsen, poggiava la formazione stessa del «Vertretungskörper» (corpo rappresentativo), ossia il principio della unitarietà del corpo elettorale. Il corpo rappresentativo e legislativo era tale poiché scelto dal «Wahlkörper» (corpo elettorale) in quanto unità: «soggetto dell'elezione è il corpo elettorale [...] pensato come unità».<sup>70</sup> Questo stesso concetto aveva svolto un ruolo particolarmente rilevante in *Staat und Parlament*, in cui Renner aveva rigettato la rappresentanza «per interessi», tipica del regime asburgico, proprio perché essa introduceva nel popolo distinzioni, suddivisioni, separazioni, laddove esso doveva rappresentare una realtà unitaria che, in quanto tale, eleggeva i propri rappresentanti:<sup>71</sup>

i diversi ceti sociali («Schichten») devono essere messi gli uni accanto agli altri, non divisi, messi insieme pacificamente in un corpo elettorale e in una assemblea elettorale, non posti gli uni contro gli altri.<sup>72</sup>

posizione tra città e la campagna. Da noi votano [totalmente separate, ciascuna come se non ci fosse l'altra]. R. Springer [K. Renner], *Staat und Parlament* cit., p. 8.

<sup>68</sup> H. Kelsen, *Das Proportionalsystem* cit., p. 116.

<sup>69</sup> H. Kelsen, *Ein einfaches Proportionalwahlssystem* cit., p. 2. Kelsen precisava che il mantenimento della suddivisione in collegi elettorali avrebbe condannato il partito socialdemocratico a rimanere un partito di «minoranza». *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Ivi*, p. 117.

<sup>71</sup> R. Springer [K. Renner], *Staat und Parlament* cit., pp. 5-6. Renner individuava tre diverse tipologie della rappresentanza «per interessi»: la «rappresentanza attuale», per cui la popolazione era suddivisa in nobiltà, clero e ufficiali, laddove borghesi, artigiani, commercianti, contadini e operai non costituivano alcun ceto; la rappresentanza basata sugli «interessi professionali», che prevedeva quattro principali classi: gli agrari, gli industriali, i commercianti e i burocrati. Infine, Renner prendeva in considerazione la «rappresentanza sociale» che distingueva tra imprenditori, dipendenti, lavoratori e domestici. Contro la «rappresentanza per interessi», Renner ricordava che «esistono numerose classi di interesse l'una accanto all'altra, in un indistinto e amorfo aggregato di interessi: attuali, professionali e sociali». *Ivi*, pp. 2-3.

<sup>72</sup> *Ivi*, p. 6.

Kelsen non faceva alcun riferimento alla «Interessenvertretung» (rappresentanza per interessi), ma sembrava recuperare da Renner l'idea che qualsiasi forma di suddivisione preconstituita del popolo – fosse essa una divisione basata sulla condizione socio-economica, fosse essa basata sui distretti elettorali – confliggesse con la rappresentanza popolare e con la democrazia politica.<sup>73</sup>

Sia per Renner, sia per Kelsen l'alterazione dei rapporti politici tra corpo elettorale e corpo rappresentativo era ulteriormente aggravata dal «principio maggioritario assoluto», in base al quale i gruppi politici di minoranza, che in *Mehrheits oder Volksvertretung?* erano tali a causa dell'ingiusta suddivisione in collegi elettorali, venivano esclusi dall'organo rappresentativo.

Nell'articolo del 23 novembre, *Das Proportionalsystem*, molto più sistematicamente che non in quello del 24, *Ein einfaches Proportionalwahlssystem*, Kelsen puntualizzava che i limiti intrinseci al sistema maggioritario di epoca imperiale non riguardavano soltanto la «tecnica elettorale», ma anche «il principio elettorale della maggioranza»: il meccanismo elettorale maggioritario, applicato alla creazione dell'organo rappresentativo, doveva essere rifiutato poiché prevedeva la esclusione delle minoranze dalla rappresentanza parlamentare.<sup>74</sup>

Nella prospettiva di Kelsen, soltanto il riconoscimento a ciascun partito di una rappresentanza proporzionale alla propria forza avrebbe permesso al parlamento di essere un organo rappresentativo del «popolo nella sua unità», piuttosto che di una o di alcune parti di esso.<sup>75</sup> Il riconoscimento alle minoranze del diritto ad essere rappresentate avrebbe portato al superamento di quella «mentalità da guerra» che, secondo Kelsen, caratterizzava il sistema politico ed elettorale di epoca imperiale. In *Staat und Parlament* Renner aveva già esplicitato questa riflessione, quando osservava che:

l'elezione secondo il criterio maggioritario è anzitutto un gioco al massacro. Per il partito politico che si presenta in un determinato collegio elettorale si tratta di un tutto o di un niente. Questo dilemma o Cesare o niente provoca la radicalizzazione della competizione elettorale [...] Invece, la rappresentanza delle minoranze trasforma la questione dell'Essere o del Non Essere in quella del maggiore o del minore potere, essa civilizza la battaglia elettorale.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> *Ivi*, pp. 5-6.

<sup>74</sup> H. Kelsen, *Das Proportionalsystem* cit., p. 117.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> R. Springer [K. Renner], *Staat und Parlament* cit., p. 28.

A tale concetto sembrava richiamarsi Kelsen nel primo dei due articoli, *Das Proportionalsystem*, quando spiegava il passaggio dal sistema maggioritario a quello proporzionale nei termini del passaggio da una concezione della politica che non ammetteva diritto di rappresentanza per le minoranze ad una che, di per sé, rifiutava di distinguere tra partiti «vincenti» e partiti «sconfitti». Come i partiti di minoranza avevano la possibilità di essere rappresentati nell'organo legislativo, così i candidati di una medesima lista partitica non si escludevano a vicenda bensì si «rafforzavano reciprocamente in rapporto al risultato finale». <sup>77</sup>

per essere eletti non è però necessario che si ottenga una "maggioranza" di voti, bensì è sufficiente un "numero" il cui conteggio costituisca l'aspetto specifico della tecnica elettorale del sistema proporzionale. <sup>78</sup>

Sia in Renner, sia in Kelsen la «civiltizzazione» del confronto politico, determinata dal sistema proporzionale, avrebbe condizionato in positivo lo stesso processo decisionale del corpo rappresentativo. In *Staat und Parlament*, l'essenza stessa delle decisioni parlamentari consisteva nella costante ricerca di un compromesso tra maggioranza e minoranza:

ogni maggioranza parlamentare poggia in se stessa su un compromesso fra interessi, ogni decisione della maggioranza proprio su un compromesso con la minoranza. <sup>79</sup>

Questa riflessione costituiva il «filo conduttore» tra il saggio renneriano del 1901, *Staat und Parlament*, e quello del 1904, *Mehrheits oder Volksvertretung?*, in cui il leader della SPÖ asseriva che soltanto una adeguata rappresentanza delle minoranze avrebbe contribuito alla formazione di «partiti di centro», da lui ritenuti necessari per il raggiungimento di durevoli compromessi tra le forze politiche e, quindi, per la creazione di leggi che non riflettessero semplicemente la volontà e gli interessi dei partiti più forti. <sup>80</sup>

Nell'articolo pubblicato su «Der österreichische Volkswirt», *Das Proportionalsystem*, Kelsen si appropriava della tematica del compromesso, precisando che il significato della rappresentanza delle minoranze non consisteva tanto nella funzione di controllo esercitata da queste sulla maggioranza, <sup>81</sup> quanto nella possibilità di influire sul processo decisionale,

<sup>77</sup> H. Kelsen, *Das Proportionalsystem* cit., p. 116.

<sup>78</sup> Ivi, p. 117.

<sup>79</sup> R. Springer [K. Renner], *Staat und Parlament* cit., p. 7.

<sup>80</sup> R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., pp. 10-11.

<sup>81</sup> H. Kelsen, *Das Proportionalsystem* cit., p. 118. Nel negare l'idea, spicca invece della concezione liberale inglese, secondo cui la minoranza svolgeva un ruolo di con-

impedendo che le leggi emanate divenissero *diktat* della maggioranza:

da un punto di vista giuridico le minoranze non hanno alcun diritto di ingerenza nel merito delle decisioni prese dalla maggioranza. Ma sul piano fattuale esse [esercitano] un condizionamento, un condizionamento sociale sulla formazione della volontà dei rappresentanti della maggioranza che è tanto più forte quanto più grande è la rappresentanza delle minoranze. Più i rappresentanti delle minoranze si avvicinano per numero e valore a quelli della maggioranza, in maniera più intensa fanno valere le loro [...] visioni politiche, e quindi gli atti del corpo legislativo acquisiscono di più il carattere del compromesso. <sup>82</sup>

L'idea kelseniana di compromesso, così come essa veniva delineata in *Das Proportionalsystem*, era analoga a quella elaborata da Renner, ma si distingueva da essa nel presupposto su cui poggiava: essa era strettamente correlata ad una precisa concezione della libertà politica che rimandava al *Contratto sociale* di Rousseau. <sup>83</sup> Nell'*Incipit* dell'articolo, Kelsen muoveva dall'idea, espressa dal Ginevrino, secondo cui i cittadini sono liberi nella misura in cui si sottomettono a leggi che essi stessi hanno determinato. <sup>84</sup>

se l'essenza della libertà è che ognuno si sottomette solo alla propria volontà, allora la libertà è il principio alla base della democrazia. Questa forma di organizzazione si caratterizza per la tendenza a identificare oggetto e soggetto della sovranità. Il popolo dovrebbe essere nella stessa misura governante («Herrscher») e governato («Beherrscht») [...] L'esercizio del potere legislativo come del potere esecutivo nella Assemblea popolare, alla quale partecipano tutti i membri del popolo, è la forma funzionante di questo tipo puro di democrazia. <sup>85</sup>

Il giurista constatava l'impossibilità pratica di inverare l'ideale di libertà presupposto dalla democrazia diretta, osservando, però, che ci si poteva approssimare ad esso attraverso il sistema proporzionale: un'ampia rappresentanza delle minoranze e la produzione di leggi, frutto di uno stabile compromesso tra maggioranza e minoranza, avrebbero diminuito la distanza tra governati e governanti. <sup>86</sup>

trollo sulla maggioranza, Kelsen si richiamava ad un saggio del suo maestro Edmund Bematzik, intitolato *Das System der Proportionalwahl*, su cui torneremo nell'ultimo capitolo dedicato a *Essenza e valore della democrazia*.

<sup>82</sup> H. Kelsen, *Das Proportionalsystem* cit., p. 118.

<sup>83</sup> Il *Contratto sociale* è immediatamente citato all'inizio dell'articolo.

<sup>84</sup> Si veda a proposito, J. J. Rousseau, *Contratto sociale*, Lib. II, cap. VII, in Id., *Scritti politici*, a cura di E. Garin, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 114-127.

<sup>85</sup> H. Kelsen, *Das Proportionalsystem* cit., p. 115.

<sup>86</sup> Ivi, p. 118.

Il primo articolo di Kelsen, *Das Proportionalssystem*, e i contributi renneriani erano dunque accomunati dalla tematica del *compromesso politico* tra maggioranza e minoranza, tuttavia nell'articolo kelseniano questa stessa tematica era giustificata sulla base della democrazia politica come avvicinamento, sebbene mai coincidenza, ad una originaria «*Freiheitsidee*» (idea di libertà), la cui formulazione più compiuta apparteneva, secondo Kelsen, a Jean Jacques Rousseau.<sup>87</sup>

Seppur con questa debita distinzione, sia Renner, sia Kelsen proponevano un sistema democratico-parlamentare pluralista, capace di superare quella falsificazione nei rapporti tra rappresentanti e rappresentati, tipica del periodo asburgico.<sup>88</sup> Ed è proprio sul piano di una democrazia rappresentativa, fondata sull'uguaglianza dei diritti, che si verifica "l'incontro" teorico-politico tra il leader socialdemocratico e il giurista, e dove si approfondisce la rottura di Kelsen dal maestro Jellinek sul tema del parlamento. Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen aveva definito il parlamento "organo della società"; trascorsi alcuni anni, a contatto con le trasformazioni democratiche del suo paese, egli faceva un passo ulteriore, spostando il confronto con Jellinek su *un livello più propriamente politico*.

Nei suoi primi articoli, Kelsen si soffermava con particolare attenzione sul problema delle minoranze, con cui si era misurato anche Jellinek.<sup>89</sup> Nel maestro come nell'allievo vi era il timore di una maggioranza dispotica, ma Kelsen, diversamente da Jellinek, credeva che questo stesso pericolo potesse essere evitato attraverso il sistema proporzionale, attraverso una rappresentanza popolare ampia e articolata. Mentre Jellinek attaccava la tirannia della maggioranza da una prospettiva *liberale*, tesa a denunciare la violazione dei diritti e delle libertà da parte della maggioranza dispotica, Kelsen muoveva, invece, da una prospettiva *liberale* e al contempo *democratica*, in cui quel rischio poteva essere evitato solo attraverso la garanzia dei diritti politici ed un'ampia rappresentanza popolare, che non escludesse dal parlamento particolari settori sociali e politici. Questa differenza sembra riflettersi anche nella diversa concezione che Jellinek e Kelsen avevano di Rousseau: il primo aveva denunciato la deriva liberticida della

<sup>87</sup> Sebbene non nei medesimi termini, questa specifica questione sarebbe ricomparsa nella prima edizione di *Essenza e valore della democrazia*, che si caratterizza infatti per alcuni significativi richiami a Rousseau e alla sua concezione democratica.

<sup>88</sup> R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., p. 1; H. Kelsen, *Ein einfaches Proportionalwahlsystem* cit., p. 2.

<sup>89</sup> Cfr. Cap. 2.

democrazia roussoiana, il secondo vedeva nel Ginevrino il teorico che, meglio di altri, aveva individuato nella «autodeterminazione politica» l'«*essenza* ultima della democrazia ideale».<sup>90</sup>

In Jellinek, il parlamento era sostanzialmente lo spazio in cui poteva prendere forma la tirannia della maggioranza, in Kelsen esso era, anzitutto, il mezzo con cui i cittadini che godevano dei diritti politici creavano il contenuto della volontà statale e, proprio per questo, in democrazia diventava necessario assicurare alle minoranze un ruolo attivo nella produzione legislativa. Anche in questo senso, possiamo affermare che gli interventi di Kelsen sul sistema proporzionale approfondivano, *sul piano teorico-politico*, quella risposta (polemica) alla concezione jellinekiana del parlamento, che, dalla prospettiva della *Rechts* e *Staatslehre*, era stata formulata negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.

#### 4.3 Il sistema proporzionale dalla teoria alla pratica: il distacco di Kelsen da Renner

Relativamente ad un sistema elettorale che garantisse una rappresentanza popolare più articolata possibile, Kelsen si interrogò su quali fossero le modalità migliori con cui applicare il sistema proporzionale, questione che si era già posta Renner in *Mehrheits oder Volksvertretung?*<sup>91</sup> Il leader socialdemocratico aveva distinto tra due tipi di liste elettorali: le «liste vincolate» e le «liste aperte».<sup>92</sup> In *Ein einfaches Proportionalwahlsystem*, Kelsen si appropriava quasi esattamente della definizione formulata da Renner, quando stabiliva che, in base alla «lista vincolata», ciascun partito poteva presentare una propria lista di candidati e che i voti espressi dall'elettorato dovevano essere successivamente divisi per il

<sup>90</sup> Su Jellinek critico di Rousseau cfr. Cap. 2.

<sup>91</sup> Ci stiamo riferendo al capitolo *Das System des Verhältniswahl*.

<sup>92</sup> In *Mehrheits oder Volksvertretung?*, Renner aveva previsto quattro tipologie di liste: le «liste di concorrenza», per cui ciascun partito presentava una lista con i nomi di candidati prefissati; le «liste di concorrenza con preferenza», in base alla quale l'elettore sceglieva la lista da votare e contemporaneamente uno dei candidati indicati nella lista scelta; le «liste aperte» che permettevano agli elettori di scegliere tra una serie di possibili candidati e infine il «sistema dei singoli candidati riuniti», secondo cui ogni singolo collegio elettorale veniva suddiviso in cinque collegi e gli elettori di ciascun collegio dovevano esprimere una singola preferenza fra i nomi presenti nella lista. I candidati che ottenevano più voti entravano a far parte della lista ufficiale presentata alle elezioni. R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., pp. 27-28.

numero di mandati.<sup>93</sup> Nel meccanismo delle «liste vincolate» Kelsen individuava però un sostanziale limite poiché:

gli elettori non hanno nessuna influenza sulla scelta dei singoli candidati. [...] viene perduta la fiducia personale dell'elettore nei confronti del deputato [...] e la dittatura della «élite partitica» acquisisce uno spazio troppo ampio. [In questo modo] la scelta del singolo elettore si trasforma in un culto del partito.<sup>94</sup>

Alla «lista vincolata» egli contrapponeva la «lista aperta» che, a suo giudizio, avrebbe garantito agli elettori:

la possibilità [...] di modificare la priorità dei candidati sulla base della lista proposta, di fare la preferenza a particolari candidati per mezzo di una indicazione scritta sulla lista, ma anche di eliminarli [ausstreichen] e, eventualmente, di sostituirli con altri candidati.<sup>95</sup>

In *Mehrheits oder Volksvertretung?*, Renner aveva però sottolineato che la «lista aperta» avrebbe comportato uno «scrutinio continuo». Nel 1918, con *Ein einfaches Proportionalwahlsystem*, Kelsen si chiedeva proprio come Renner, quale fosse la modalità migliore per rispettare la volontà politica degli elettori e, al contempo, per rafforzare il legame tra elettori e eletti.<sup>96</sup>

In *Mehrheits oder Volksvertretung?* Renner aveva posto questo tema cruciale in merito alla democratizzazione del Parlamento imperiale asburgico, affinché fosse garantita una adeguata rappresentanza alle forze popolari; quattordici anni più tardi Kelsen riportava il medesimo problema alla elezione della Assemblea costituente. Il giurista riconosceva che i principali partiti austro-tedeschi si erano già espressi per l'adozione del sistema proporzionale, e si dichiarava fiducioso che la sua introduzione avrebbe contribuito a creare una pratica elettorale più semplice, e maggiormente rispettosa della reale volontà degli elettori:

ad ognuno deve risultare chiara l'influenza con cui il suo voto ha condizionato il risultato finale, a nessuno deve essere nascosto, attraverso un sistema [di votazione] troppo complicato, la consapevolezza della sua attività e sminuiti i suoi interessi [...] [Ad ognuno deve risultare chiaro] che non c'è spazio per manovre elettorali che possono pregiudicare sensibilmente il risultato generale.<sup>97</sup>

<sup>93</sup> H. Kelsen, *Ein einfaches Proportionalwahlsystem* cit., p. 2.

<sup>94</sup> *Ibidem*.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., p. 28.

<sup>97</sup> H. Kelsen, *Ein einfaches Proportionalwahlsystem* cit., p. 2.

Nella prospettiva kelseniana, il nuovo sistema elettorale non appariva come una astratta costruzione giuridica; la sua validità ultima era altresì collegata alla sua capacità di «dare voce», nel contesto della creazione della Assemblea nazionale costituente, ad un ampio «ventaglio» di interessi e posizioni; senza alterare o falsificare il reale rapporto tra eletti e elettori. Ma, come anticipato in *Das Proportionalssystem*, la logica dei vecchi collegi elettorali doveva essere definitivamente superata, poiché il corpo elettorale era una unità costituita da individui dotati dei medesimi diritti:

il significato del sistema proporzionale consiste nel fatto che non viene rappresentato l'elettorato territoriale, il cui fondamento è il collegio elettorale, bensì l'elettorato personale che scaturisce dalla somma di coloro che sono mossi dalle medesime convinzioni («Gleichgesinnten»)<sup>98</sup>

Il sistema proporzionale diventava così parte integrante di una concezione democratica che collegava l'elezione della Assemblea nazionale costituente alle persone; agli individui portatori di diritti, intesi come soggetti attivi e partecipi della vita politica e democratica, che si univano sulla base di comune convinzioni, ideali, interessi. Kelsen sembrava così esprimere una posizione sostanzialmente analoga a quella di *Mehrheits oder Volksvertretung?*, in cui Renner aveva chiarito il significato della rappresentanza popolare nei seguenti termini:

[nella rappresentanza popolare] non sono più solo gli interessi territoriali a muovere gli uomini, bensì gli interessi di classe, di professione, di formazione, di cultura, l'uomo è stato liberato dalla terra e legato agli altri uomini. L'associazione degli uomini liberamente mutevole, il partito, è innegabilmente diventato il vettore della rappresentanza popolare e della vita pubblica.<sup>99</sup>

Una riforma elettorale che, nel 1918, avesse voluto restituire alle persone e ai partiti una adeguata importanza e un adeguato rilievo doveva perciò, secondo Kelsen, sostituire il «principio territoriale», proprio del meccanismo asburgico, con il «principio personale».<sup>100</sup>

Tale principio costituisce, a nostro giudizio, uno degli elementi di maggiore vicinanza teorica tra Renner e Kelsen: come Renner, attento osservatore e studioso della questione asburgica, aveva proposto di considerare la nazione quale soggetto di diritti, piuttosto che entità territoriale, individuando in questo passaggio una delle condizioni per democratizza-

<sup>98</sup> *Ivi*, p. 3.

<sup>99</sup> R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., p. 17.

<sup>100</sup> K. Ucacker, *op. cit.*, p. 393. Secondo Kelsen, la rappresentanza popolare era tale perché accettava e presupponeva il «principio della personalità» come uno dei suoi fondamenti. *Ibidem*

re pienamente lo stato austriaco, così Kelsen pensava che in parlamento non dovessero essere rappresentati «interessi territoriali», quanto le persone, titolari di diritti, che si riunivano sulla base di comuni posizioni.

Analogamente a Renner, Kelsen proponeva inoltre che l'adozione del sistema proporzionale comportasse sia l'eliminazione della suddivisione del corpo elettorale in collegi del tutto arbitrari, sia la garanzia per l'elettore di esercitare una qualche forma di condizionamento sulle scelte dei partiti. Richiamandosi ancora una volta a quanto affermato dal leader socialdemocratico in *Mehrheits oder Volksvertretung?*, Kelsen chiedeva che, prima della convocazione elettorale, ciascun partito presentasse una lista di nomi: gli elettori avrebbero espresso una singola preferenza per ciascuna lista e dopo aver scrutinato i voti in tutto il paese, i nomi che avevano ottenuto il numero maggiore di preferenze sarebbero stati inseriti dai rispettivi partiti nelle liste ufficiali.<sup>101</sup> Questo particolare sistema avrebbe permesso agli elettori di esercitare un certo grado di influenza sulla composizione delle liste, evitando però uno «scrutinio permanente».<sup>102</sup>

Negli articoli del 23 e del 24 novembre 1918, Kelsen sembrava in parte ispirarsi alla «lezione» renneriana, così come questa si era espressa in *Staat und Parlament* e in *Mehrheits oder Volksvertretung?*. Sia nei saggi di Renner, sia nei due interventi di Kelsen il sistema proporzionale era correlato al principio della rappresentanza popolare, che doveva essere la più articolata possibile.

Se i primi due articoli kelseniani si caratterizzavano per una sostanziale adesione alle posizioni di Renner, in merito al significato e alle caratteristiche del «Proportionalwahlsystem», l'articolo apparso il 1° dicembre per la «Neue Freie Presse», intitolato *Der Proporz im Wahlordnungsentwurf (Il proporzionale nel progetto di ordinamento elettorale)*, sanciva invece un atteggiamento fortemente critico di Kelsen nei confronti del leader socialdemocratico che proprio in quei giorni presentava il suo progetto di votazione alla Cancelleria di stato.<sup>103</sup> La decisione del giurista di pubblicare questo articolo non sui giornali vicini alla SPÖ, ma sulla «Neue Freie Presse», quotidiano vicino alla CSO, sembrava testimoniare l'avvenuto «strappo».<sup>104</sup>

<sup>101</sup> H. Kelsen, *Ein einfaches Proportionalwahlsystem* cit., p. 2; R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., p. 32. Kelsen proponeva il «sistema dei singoli candidati riuniti».

<sup>102</sup> H. Kelsen, *Ein einfaches Proportionalwahlsystem* cit., p. 2.

<sup>103</sup> Sul progetto di votazione presentato da Renner alla Assemblea nazionale il 18 dicembre cfr. Cap. 3.

<sup>104</sup> L'articolo comparve sulla «Neue Freie Presse» il 1° dicembre, ma era datato al 30 novembre.

L'*Incipit* era apertamente e dichiaratamente polemico:

è indubbiamente lodevole che la bozza [presentata da Renner alla Cancelleria di stato in merito al progetto di votazione proporzionale] accetti il sistema del voto proporzionale. Ma fra tutte le possibilità esistenti disponibili per questo sistema non è stata scelta la migliore.<sup>105</sup>

Kelsen criticava l'introduzione, prevista nel progetto renneriano, della suddivisione in collegi elettorali.<sup>106</sup> La bozza di Renner stabiliva le cosiddette «liste vincolate», in base alle quali «ogni elettore [poteva] segnare sulla sua scheda elettorale solo una delle liste partitiche presentate, [ciascuna delle quali] conteneva una sola presentazione di candidati per tutti i mandati di questo collegio». In tal senso, secondo Kelsen, il meccanismo elettorale elaborato da Renner finiva per ostacolare e impedire di fatto qualsiasi «influsso sulla scelta dei candidati».<sup>107</sup>

Ancor più grave e pericoloso per la realizzazione di una ampia rappresentanza popolare, appariva al giurista la divisione in collegi elettorali, che egli rifiutava a favore della creazione di un unico grande collegio nazionale, sulla base di motivazioni pressoché identiche a quelle espresse nei due precedenti articoli:

il principale motivo contro questo sistema [...] è la suddivisione in collegi elettorali. Il principio fondante alla base del sistema proporzionale consiste nel fatto che l'elettorato non si compone secondo il criterio territoriale, bensì secondo quello della personalità. Solamente se tutti coloro che condividono una medesima convinzione politica possono riunirsi in un gruppo è soddisfatto il principio del sistema proporzionale: che ogni gruppo politico sia rappresentato secondo la sua forza numerica.<sup>108</sup>

Il *Proportionalssystem* doveva offrire a tutte le forze politiche la possibilità di essere rappresentate, possibilità che sarebbe stata drasticamente limitata dal sistema di votazione renneriano, poiché «d'inevitabile arbitrarietà della divisione per collegi elettorali implica[va] sempre un grave

<sup>105</sup> H. Kelsen, *Der Proporz im Wahlordnungsentwurf*, «Neue Freie Presse», 01/12/1918, p. 3.

<sup>106</sup> L'intero territorio nazionale sarebbe stato suddiviso in 41 collegi e ad ogni collegio «ossia ad ogni corpo elettorale formato sulla base del collegio territoriale» sarebbe stato assegnato un numero di mandati da 4 a 7. *Ibidem*

<sup>107</sup> *Ibidem*

<sup>108</sup> *Ibidem* In *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., p. 32, Renner aveva proposto una riforma dei collegi elettorali, ma mai la loro sostituzione con un unico collegio elettorale a livello nazionale.

pericolo per l'uguaglianza del diritto di voto»,<sup>109</sup> e senza quest'ultima il sistema proporzionale si sarebbe trasformato, per Kelsen, in un «metodo di voto immoderato».<sup>110</sup>

Meccanismo proporzionale, liste di candidati su cui gli elettori potevano esercitare il loro controllo e un unico collegio elettorale per tutto il territorio nazionale costituivano, secondo Kelsen, le garanzie fondamentali per una rappresentanza popolare estesa, per la partecipazione di un ampio ventaglio di forze e soggetti alle decisioni politiche.<sup>111</sup>

L'ultimo articolo dedicato da Kelsen al problema del sistema proporzionale fu pubblicato il 7 dicembre 1918 su «Der österreichische Volkswirt», col titolo *Das Proportionalwahlsystem*.<sup>112</sup>

A poco più di una settimana dalla discussione sul sistema di votazione per l'elezione della Assemblea costituente, Kelsen ribadiva il suo scetticismo circa la proposta renneriana di introdurre il voto proporzionale mantenendo la divisione del corpo elettorale su base territoriale: la commissione del sistema proporzionale con «la molteplicità dei corpi elettorali» avrebbe riproposto, in era repubblicana e democratica, il grave paradosso del periodo asburgico, per cui «la minoranza nel popolo corrispondeva ad una maggioranza in Parlamento».<sup>113</sup> Secondo Kelsen, soltanto

<sup>109</sup> H. Kelsen, *Der Proporz im Wahlordnungsentwurf* cit., p. 3.

<sup>110</sup> *Ibidem*

<sup>111</sup> Al professore e giurista Schiff che, proprio sulle pagine della «Neue Freie Presse», aveva attaccato il progetto di un unico collegio elettorale nazionale per il suo carattere centralistico, Kelsen replicava in *Der Proporz im Wahlordnungsentwurf* che un collegio a livello nazionale significava semplicemente «uno scrutinio centrale» e che non avrebbe pregiudicato le autonomie regionali. Nella prospettiva di un sistema di votazione che garantisse una piena rappresentanza delle forze politiche di minoranza, Kelsen proponeva di «collegare tutte le liste regionali di un partito, i cui membri sono suddivisi in più Länder». Egli ribadiva così che il sistema proporzionale doveva basarsi sul «principio della personalità» e non su quello «territoriale», poiché soltanto il primo dei due era tipico della rappresentanza popolare. *Ibidem*

<sup>112</sup> Vi venivano riproposti, in termini pressoché identici, i temi discussi sia in *Ein einfaches Proportionalwahlsystem*, sia in *Der Proporz im Wahlordnungsentwurf*.

<sup>113</sup> H. Kelsen, *Das Proportionalwahlsystem*, «Der österreichische Volkswirt», 7/12/1918, p. 149. In quest'ultimo articolo Kelsen citava in nota *Mehrheits oder Volksvertretung?*, come una delle fonti cui si era ispirato per la sua proposta a favore del sistema proporzionale. *Ivi*, p. 150. Kelsen ricordava, inoltre, che la commissione tra il sistema proporzionale e la divisione del popolo per collegi elettorali aveva fatto sì che in Svizzera, alle elezioni per l'Assemblea costituente del Cantone Ticino, del 5 marzo 1835, i conservatori, con 127.131 voti, ottenessero 50 mandati, mentre i radicali, con 135.704, solamente 45. *Ivi*, p. 149.

una «completa emancipazione dai corpi elettorali territoriali» avrebbe realizzato un vero sistema proporzionale.<sup>114</sup>

Il giurista ricordava che la quasi totalità del mondo politico austro-tedesco si era espressa a favore del sistema proporzionale, consapevole che soltanto questo avrebbe ridotto al minimo il «rischio» per le minoranze di non aver alcuna voce nella nuova Assemblea. Per Kelsen era implicito che il progetto di votazione voluto da Renner avrebbe aumentato notevolmente quel «rischio».<sup>115</sup>

Come emergeva chiaramente dagli articoli sul sistema proporzionale, Kelsen condivideva fortemente con Renner la rappresentanza delle minoranze. Eppure, proprio sul significato ultimo di minoranza la proposta politica di Kelsen si distingueva da quella di Renner. In *Staat und Parlament* e in *Mehrheits oder Volksvertretung?* il leader socialdemocratico aveva individuato nel meccanismo proporzionale uno degli strumenti politici più adatti per combattere i privilegi delle minoranze che erano sovrarappresentate al Parlamento Imperiale:

Noi qui non ci stiamo occupando in prima istanza della privazione dei diritti delle minoranze, bensì della incredibile mancanza dei diritti delle maggioranze fattive, perché minoranze infinitamente piccole, raggruppamenti della popolazione insignificanti hanno privilegi così decisivi che non possiamo parlare in nessun senso di rappresentanza popolare.<sup>116</sup>

Minoranza assumeva qui il significato di «aristocrazia», di gruppo minoritario privilegiato che godeva di una ampia (e immeritata) rappresentanza al Parlamento imperiale. Nel passo appena citato, Renner si riferiva ai ceti sociali politicamente ed economicamente più influenti dell'Impero asburgico, come i grandi proprietari terrieri e l'aristocrazia, individuando nella democrazia politica la possibilità concreta di spezzare il loro monopolio politico.<sup>117</sup> A questo significato di minoranza Renner ne contrapponeva un altro, in base al quale la minoranza era intesa come gruppo nazionale o politico che aveva diritto ad una giusta rappresentanza poiché,

<sup>114</sup> *Ibidem*

<sup>115</sup> *Ivi*, p. 151.

<sup>116</sup> R. Springer [K. Renner], *Mehrheits oder Volksvertretung?* cit., p. 42.

<sup>117</sup> Renner aveva anticipato questo tema già nel 1901 con *Staat und Parlament*: «una comunità moderna si può sviluppare tranquillamente e proficuamente solo su base democratica, giammai su base aristocratica, considerando l'aristocrazia di nascita, di professione, di proprietà terriera e di proprietà, poiché ogni aristocrazia è governo della minoranza, e ogni privilegio della minoranza autorizza il diritto alla resistenza da parte della maggioranza». R. Springer [K. Renner], *Staat und Parlament* cit., p. 42.

come egli ribadiva in un breve contributo del 1914, *Der Proporz in den Industriegemeinden Niederösterreichs* (Il sistema proporzionale nella zona industriale della Bassa Austria):

secondo le regole della democrazia è alla maggioranza che compete il governo. Ma non per questo la minoranza deve essere priva di diritti. [...] il sistema che concede invero il governo della maggioranza, garantendo tuttavia alla minoranza una opportuna rappresentanza, è il sistema proporzionale.<sup>118</sup>

In Renner minoranza indicava, da un lato, quelle componenti nazionali o politiche che, in uno stato democratico, avevano diritto ad esistere e ad essere rappresentate e, dall'altro, le «aristocrazie», le «oligarchie» che come tali non potevano avere alcuna legittimazione e alcuno spazio negli organi democratico-rappresentativi. Quest'ultima accezione era completamente assente negli interventi di Kelsen. In opere come *Staat und Parlament, Mehrheits oder Volksvertretung?* o *Was ist die nationale Autonomie?* Renner si era confrontato con una realtà politica caratterizzata dal «privilegio», in cui la divisione della popolazione in «curie» e in collegi elettorali «arbitrari» consentiva ai gruppi sociali più influenti ma meno numerosi di avere un numero di rappresentanti maggiore rispetto alle classi popolari.<sup>119</sup>

Questa situazione era stata denunciata in un passo di *Was ist die nationale Autonomie?*, dove Renner identificava la lotta contro i privilegi con la lotta (socialista) per un ordine politico democratico, affinché la maggioranza reale, costituita dal mondo operaio, avesse una adeguata rappresentanza:

voi [socialdemocratici] siete democratici e la democrazia esige che la minoranza si sottometta alla maggioranza. Il principio è comprensibilmente legittimo [...] anzitutto perché sarebbe sicuramente peggiore se la maggioranza si sottomettesse alla minoranza.<sup>120</sup>

La democrazia politica basata sulla rappresentanza popolare e, in ultima analisi, sulla uguaglianza dei diritti, si sarebbe inverata, per Renner, quando la forza di governo non avesse più espresso gli interessi dei gruppi privilegiati e avesse condotto la sua attività politica in rapporto dialettico con la minoranza.

<sup>118</sup> K. Renner, *Der Proporz in den Industriegemeinden Niederösterreichs*, Wien, 1914, p. 8.

<sup>119</sup> R. Springer [K. Renner], *Staat und Parlament* cit., pp. 17-18.

<sup>120</sup> K. Renner, *Was ist die nationale Autonomie?* cit., p. 23.

Nei mesi immediatamente successivi alla fine del conflitto, caratterizzati dalla nascita della repubblica e dalla presenza di grandi partiti di massa (CSÖ e SPÖ) in grado di influire sulle principali decisioni della Assemblea nazionale, il problema centrale diventava, per Kelsen, proteggere le minoranze politiche, assicurando ad esse un ruolo nella Assemblea costituente e nel processo costituente, poiché, a suo giudizio, solo in questi termini poteva realizzarsi una effettiva rappresentanza popolare. In tal senso, Kelsen finiva per attribuire al concetto di minoranza un significato parzialmente differente da quello di Renner, poiché differenti erano i contesti storico-politici con cui i due si erano e si stavano confrontando.

Gli articoli pubblicati da Kelsen sull'«Arbeiter Zeitung», su «Der österreichische Volkswirt» e sulla «Neue Freie Presse» precedettero di poche settimane la discussione ufficiale che si tenne all'Assemblea nazionale sul sistema di voto per la creazione della Assemblea costituente.<sup>121</sup>

La CSÖ e la SPÖ si dichiararono immediatamente favorevoli al progetto di votazione del Cancelliere socialdemocratico, basato sulle «liste vincolate» e sulla divisione del territorio in piccoli collegi elettorali, perché esso avrebbe consentito ai grandi partiti di controllare le liste dei candidati e avrebbe limitato, come intuito da Kelsen, la formazione e la conseguente rappresentanza dei gruppi di minoranza.<sup>122</sup> Al progetto renneriano si opposero numerosi deputati tedesco nazionalisti, in particolare Gustav Hummer, secondo cui il progetto renneriano avrebbe eliminato i piccoli partiti:

Voi [si sta riferendo a Renner, ai socialdemocratici e ai cristiano-sociali] vi state macchiando dell'uccisione dei partiti più piccoli. Ma, Signori miei, non saranno solo i partiti più piccoli a cadere vittima del vostro coltello; può accadere infatti che un partito con 300.000 sostenitori, magari con 350.000 [...] non ottenga un solo seggio in parlamento.<sup>123</sup>

Con una argomentazione che ricordava quella degli articoli kelseniani, il deputato tedesco-nazionale accusava Renner (e con lui i cristiano-sociali e i socialdemocratici) di volere alterare il reale rapporto tra rappresentanti e rappresentati a vantaggio dei grandi partiti di massa. Proprio come Kelsen, anche Hummer riteneva che questa «falsificazione» fosse finalizzata a ostacolare, privandole di una adeguata rappresentanza, le minoranze organizzate:

<sup>121</sup> Sul dibattito politico che si tenne nella Assemblea nazionale provvisoria attorno alla approvazione del sistema proporzionale cfr. Cap. 3.

<sup>122</sup> K. Ucakar, *op. cit.*, p. 394.

<sup>123</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 335.

È naturale che tutti i voti debbano trovare un'espressione sulla base del loro peso, e ciò non accade se, appena possibile, si priva brutalmente una minoranza della propria rappresentanza.<sup>124</sup>

Come proposto da Kelsen nei suoi lunghi articoli sul proporzionale, anche Hummer chiedeva di considerare l'intero paese «un unico collegio elettorale».<sup>125</sup>

Le considerazioni di Kelsen e Hummer erano entrambe motivate da una serrata critica la progetto elettorale di Renner; sia il giurista, sia il deputato tedesco-nazionale erano mossi, nei rispettivi interventi, dalla preoccupazione che il nuovo meccanismo di votazione garantisse una efficace rappresentanza delle minoranze, ma profondamente differenti erano le idealità e i principi ai quali i due personaggi si richiamavano. Hummer era chiaramente spinto dall'interesse (di partito) a difendere, tutelare le minoranze politiche di ispirazione nazionalista e, di conseguenza, l'elettorato di quelle specifiche formazioni politiche; Kelsen invece individuava nel collegio elettorale unico e nella partecipazione degli elettori alla formazione delle liste dei candidati strumenti necessari, non per proteggere un particolare partito e il suo elettorato, bensì per realizzare una rappresentanza popolare che «desse voce» alla pluralità di idee e convincimenti.

Nella seduta del 18 dicembre 1918 il progetto renneriano di votazione fu ufficialmente accettato dalla netta maggioranza della Assemblea, ma ciò non impedì a Kelsen di riproporre le sue critiche e i suoi dubbi nella prima parte del suo monumentale commentario alle leggi costituzionali emanate nell'Austria tedesca tra il 1918 e il 1920, *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (La costituzione della Repubblica austro-tedesca)*. Tra tutte le leggi analizzate, il giurista si soffermava con particolare attenzione (e con una malcelata *vis polemica*) su quella per l'elezione della Assemblea costituente, cogliendo l'occasione per criticare nuovamente la suddivisione del territorio in collegi elettorali come una «inevitabile limitazione della uguaglianza [del diritto di voto]».<sup>126</sup>

<sup>124</sup> Ivi, pp. 337-338. Altro aspetto del progetto di votazione contestato da Hummer era l'adozione delle «liste vincolate» che, a suo giudizio, avrebbero impedito qualsiasi forma di controllo degli elettori sulla scelta dei candidati. *Ibidem* La richiesta di liste elettorali «controllabili» da parte dei cittadini venne avanzata anche dai nazionalisti Mühlwert e Friedmann durante il dibattito sulla legge elettorale. Cfr. Cap. 3.

<sup>125</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., pp. 338-340.

<sup>126</sup> H. Kelsen, *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterung herausgegeben*, Erster Teil, Wien-Leipzig, F. Deuticke, 1919, p. 7. Nonostante la rinnovata critica al meccanismo proporzionale, Renner firmò la prefazione alla prima parte del Commentario.

Kelsen non si fermava, però, a questa considerazione che già, di per sé, rappresenta un interessante e diretto collegamento tra gli articoli precedentemente esaminati e *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich*. Nel commentario, il giurista riproduceva «il memorandum sulle motivazioni» («Motivenbericht») presentato da Renner alla Cancelleria di stato per giustificare il suo progetto elettorale.<sup>127</sup> Nel suo «Motivenbericht», Renner aveva proposto una profonda riforma elettorale che superasse definitivamente la separazione tra campagna, da un lato, e città e centri industriali, dall'altro, tipica del passato asburgico, e che consentisse una adeguata rappresentanza delle minoranze.<sup>128</sup> Renner chiedeva così un sistema proporzionale con «liste vincolate».<sup>129</sup> Egli credeva infatti che la situazione politica austriaca non fosse ancora sufficientemente matura e sviluppata per l'adozione delle «liste aperte».<sup>130</sup>

Nelle pagine del commentario, Kelsen si scagliava contro i passaggi concettualmente più rilevanti del «Motivenbericht» renneriano, poiché riteneva che il sistema di votazione del Cancelliere avrebbe tradito il significato politico del sistema proporzionale e, con esso, la realizzazione di una efficace rappresentanza popolare:

se il concetto fondamentale del sistema di votazione proporzionale è assicurare a tutti i gruppi politici dello stato una rappresentanza proporzionale, ossia corrispondente alla loro forza numerica, allora questo sistema di votazione presuppone che il raggruppamento politico si compia liberamente. Ma ciò è impedito se, attraverso la creazione di collegi elettorali, la popolazione è ordinata in corpi elettorali territoriali. [...] Secondo l'idea del sistema proporzionale, il soggetto dell'atto elettorale dovrebbe essere il partito, o il gruppo politico, costituito secondo il puro principio della personalità, laddove con la divisione del territorio in collegi elettorali è il corpo elettorale territoriale a diventare il soggetto collettivo dell'elezione.<sup>131</sup>

<sup>127</sup> Ivi, pp. 41-42. Nel corpo del testo, il «Motivenbericht» di Renner è riportato tra virgolette.

<sup>128</sup> Ivi, pp. 43-44.

<sup>129</sup> Osservava Renner: «Solo attraverso un simile sistema elettorale («Wahlverfassung») gli interessi economici non scompaiono, [solo attraverso esso] le preziose minoranze non sono schiacciate dalle maggioranze vittoriose [...] la lotta elettorale non riguarda più la presenza o meno del partito in un collegio, né la esistenza politica o la non esistenza politica degli eletti, bensì [una questione] [...] di più o meno mandati.» Ivi, p. 45.

<sup>130</sup> Renner era consapevole che il meccanismo della «lista aperta» avrebbe permesso la realizzazione del «sistema proporzionale più puro», ma al contempo riconosceva che il progetto elettorale presentato alla Cancelleria di stato era «ancora incomprensibile» alla maggioranza dei cittadini. Ivi, pp. 46-47.

<sup>131</sup> Ivi, p. 48.

Kelsen ribadiva con forza l'idea che il passaggio dalla monarchia costituzionale alla repubblica democratica, inteso come transizione da un sistema maggioritario ad uno proporzionale, implicasse, sul piano più propriamente teorico-politico, il passaggio dal «principio territoriale» e quello della «personalità». La commissione tra sistema proporzionale e divisione in collegi elettorali avrebbe invece determinato, secondo il giurista, la negazione di questo stesso sistema e del suo principio fondante, ossia la centralità delle persone con il loro portato di scelte, interessi, decisioni e, nell'organo rappresentativo, la centralità dei partiti in cui i cittadini si riconoscevano.<sup>132</sup>

Per Kelsen, l'adozione del progetto renneriano, con il suo «contraddittorio» tentativo di collegare il principio della «personalità», proprio del meccanismo proporzionale, al vecchio «principio territoriale», avrebbe limitato la rappresentanza delle minoranze, laddove «nessun partito può perdere un solo voto» nella formazione della Assemblea nazionale costituente.<sup>133</sup> L'adozione delle «liste vincolate» avrebbe infine pregiudicato l'influenza degli elettori sulla scelta dei candidati poiché:

la decisione è esclusivamente nelle mani della élite di partito ed è difficile evitare il pericolo di una dittatura di partito [...] la «lista vincolata» non è una scelta, bensì una investitura da parte della dirigenza del partito.<sup>134</sup>

In un immaginario, serrato confronto a distanza con Renner, Kelsen ricordava che il Cancelliere, in un suo intervento alla Assemblea provvisoria, aveva difeso un nuovo sistema elettorale in grado di rappresentare i grandi interessi, le grandi visioni politiche, piuttosto che i cosiddetti «restii».<sup>135</sup>

Polemicamente Kelsen concludeva che, con quella dichiarazione, Renner aveva finito per negare il senso stesso del sistema proporzionale.<sup>136</sup>

Gli interventi di Kelsen sul sistema proporzionale offrono quindi una serie di interessanti coordinate e punti di riferimento circa la sua posizione sulla rappresentanza popolare, sulla democrazia parlamentare, sulla rappresentanza delle minoranze. Nei suoi articoli, il giurista si confrontava con la nuova realtà politica austriaca basata, come abbiamo osservato,

<sup>132</sup> Ivi, pp. 48-50.

<sup>133</sup> Ivi, p. 50.

<sup>134</sup> Ivi, p. 90. È ragionevole supporre che Kelsen si riferisse proprio ai tedeschi nazionali quando osservava che «contro le "liste vincolate" erano state sollevate serie obiezioni sia nella Commissione per la legge elettorale, sia in Assemblea». *Ibidem*.

<sup>135</sup> Su questo specifico aspetto cfr. Cap. 3.

<sup>136</sup> Ivi, p. 51.

sulla centralità del parlamento. Rispetto agli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, nel biennio 1918-1919 Kelsen spostava la sua analisi dell'organo legislativo dalla dottrina giuridica a quella democratica e liberale, anche se con la *Habilitationschrift* del 1911 continuava a condividere l'idea che la volontà statale fosse frutto di un concreto processo di creazione che partiva dai cittadini. L'esperienza rappresentata dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, sul piano giuridico, e dagli articoli dedicati al proporzionale, sul piano politico, sarebbe stata successivamente rielaborata da Kelsen in *Essenza e valore della democrazia*. Non meno decisiva si sarebbe rivelata la scrittura della Costituzione austriaca, cui Kelsen diede il suo personale contributo, e che costituisce un'altra decisiva tappa nel percorso che conduce al saggio del 1920.

## CAPITOLO 5

### Hans Kelsen e la Corte costituzionale

#### 5.1. Karl Renner e Georg Jellinek: due modelli di Corte costituzionale.

Il dissenso manifestato da Kelsen per il progetto di sistema elettorale non pregiudicò il suo rapporto di collaborazione col Cancelliere socialdemocratico, che gli affidò un duplice compito: stilare le prime bozze costituzionali e preparare la ricezione nel nuovo ordinamento repubblicano del Reichsgerichtshof, il Tribunale imperiale di epoca asburgica.

La partecipazione di Kelsen al processo costituente, tra il 1918 e il 1920, mostra come i due compiti fossero strettamente collegati l'uno all'altro, poiché ad entrambi era sotteso un medesimo specifico problema, il consolidamento dello stato repubblicano democratico che, nella prospettiva del periodo, implicava anzitutto un'efficace soluzione del conflitto tra Bund e Länder, che si era palesato sin dall'autunno del 1918.<sup>1</sup>

I primi tentativi di istituire un Tribunale imperiale risalivano alla costituzione «octroïée» del marzo (1849), concessa dall'Imperatore con lo scopo di neutralizzare e controllare le spinte più radicali del movimento rivoluzionario, che nell'Austria asburgica, così come nel resto d'Europa, si era diffuso nel biennio 1848-1849.<sup>2</sup> La fine dell'ondata rivoluzionaria e il conseguente isolamento delle correnti riformiste dell'Impero determinò l'accantonamento del progetto di un Reichsgerichtshof che venne attuato soltanto nel 1867, in seguito alla trasformazione in senso compiutamente costituzionale della Monarchia asburgica.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Cfr. Cap. 3.

<sup>2</sup> La costituzione di Marzo prevedeva che il Reichsgerichtshof si occupasse della «violazione dei diritti» da parte dei funzionari di stato, e della deposizione, sospensione e sostituzione dei giudici; esso sarebbe intervenuto come suprema istanza di decisione in tutte le controversie tra «le autorità governative dei Länder e quella centrale», avrebbe deciso in merito a complotti o attentati contro il Capo dello stato e contro il Reichstag o il Landtag e si sarebbe espresso anche su casi di *impeachment*. Il progetto di un Reichsgerichtshof si inseriva direttamente nel tentativo di costituzionalizzare la monarchia asburgica. R. Walter, *Der Verfassungsgerichtshof in historischer Hinsicht*, in *Festschrift für E. C. Hellbling*, Salzburg, W. Fink Verlag, 1971, pp. 734-735; H. Rumpel-P. Urbanitsch (hrsg.), *Verfassung und Parlamentarismus...cit.*, pp. 187-188.

<sup>3</sup> Ivi, p. 738; G. Stourzh, *Altösterreichische Verfassungswirklichkeit und Verfassungs-*

La costituzione emanata nel 1867 prevedeva tre leggi fondamentali: la prima sui diritti dei cittadini, la seconda sulla autorità giudiziaria e la terza sulla istituzione del Reichsgerichtshof, strettamente connessa con il catalogo dei diritti. Esattamente come previsto nel progetto costituzionale del 1848, il Reichsgerichtshof era definito Spezialverwaltungsgerichtshof (Tribunale amministrativo speciale), poiché era posto a difesa dei «diritti politici», sebbene le sue decisioni in merito ai diritti violati non fossero «cassatorie».

Esso era al contempo Kausalgerichtshof, nella misura in cui decideva sulle rimostranze dei singoli contro l'autorità centrale o i Länder, laddove queste non competevano alla giurisdizione ordinaria e, infine, Kompetenzgerichtshof, che interveniva per assicurare il rispetto dei limiti di competenze tra l'autorità giudiziaria e amministrativa, tra autorità amministrativa regionale e quella statale, così come tra la Corte di cassazione e il Tribunale amministrativo.<sup>4</sup>

I compiti principali del Reichsgerichtshof consistevano dunque nella protezione dei diritti previsti dalla costituzione e nella risoluzione di eventuali contrasti tra Centro e Länder. Nonostante i deputati della Assemblea nazionale provvisoria avessero sottolineato la «rottura» con il passato asburgico, fu proprio Renner, nella seduta del 30 ottobre, a chiedere che un'istituzione analoga al Reichsgerichtshof, e cioè un Tribunale di stato, fosse accolta nel nuovo ordinamento:

Attualmente non abbiamo la possibilità di creare un Tribunale di stato con tutte le garanzie della a-partiticità e della obiettività giudiziaria. Abbiamo temporaneamente incaricato di questa funzione una Commissione di questa Assemblea composta da venti membri [si sta riferendo al Consiglio di stato] [...] Successivamente, in un futuro non troppo lontano, torneremo su questo punto e al posto di un Tribunale di stato avremo una Corte costituzionale (Verfassungsgesichtshof) che non dovrà occuparsi solo della protezione dei cittadini, bensì anche delle disposizioni statali, della libertà di voto e del nostro diritto pubblico.<sup>5</sup>

gerichtsbarkeit, in Georg Jellinek, *Beiträge zu Leben und Werk* cit., p. 247.

<sup>4</sup> Insieme al Reichsgerichtshof era stato introdotto anche uno Staatsgerichtshof che doveva decidere in merito a casi di impeachment. W. Brauner, *Österreichs Verfassungsgeschichte* cit., p. 174; G. Stourzh, *Altösterreichische Verfassungswirklichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit* cit., p. 249, R. Walter, *Der Verfassungsgerichtshof in historischer Hinsicht* cit., pp. 738-739.

<sup>5</sup> *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* cit., p. 33.

Renner invitava i costituenti austriaci a recepire la tradizione di tutela dei diritti, rappresentata dal Reichsgerichtshof, ampliandone le competenze per adattarlo al un mutato contesto storico-politico. Il Cancelliere, che negli anni antecedenti la prima guerra mondiale si era dimostrato un interessato e attento osservatore della realtà politica imperiale, aveva utilizzato il termine Bundesverfassungsgerichtshof (Corte costituzionale federale) in *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* del 1917.<sup>6</sup>

Nel saggio sul «diritto all'autodeterminazione», Renner aveva chiaramente difeso la trasformazione dell'Impero austro-ungarico in una compagine federale e democratica dei popoli danubiani e, muovendo dalla considerazione che negli stati federali «i conflitti di competenze» erano più frequenti e pericolosi che non negli stati unitari, egli concludeva che «ogni stato federale necessita di una particolare Corte costituzionale»; quest'ultima, nella prospettiva del leader socialdemocratico, costituiva lo strumento giuridico per assicurare una ordinata divisione tra i «compiti» del parlamento federale, delle rappresentanze delle singole nazioni e di quelle dei Länder.<sup>7</sup>

Nel concreto, la Corte costituzionale avrebbe esaminato la costituzionalità di una «legge» o di un «decreto» di uno stato membro, o di un Land, su richiesta del parlamento e del governo federale, senza, però, che gli stati membri potessero avanzare la stessa pretesa verso un atto del governo o del parlamento centrale. La legge che la Corte dichiarava incostituzionale diventava «nulla», per cui i cittadini non avevano più alcuno obbligo di rispettarla.

Come il Reichsgerichtshof del 1867, la Corte costituzionale immaginata da Renner doveva garantire i diritti previsti nella costituzione; agli occhi di Renner, essa rappresentava il completamento necessario dell'«edificio costituzionale della federazione».<sup>8</sup>

L'espressione Corte costituzionale non era stata inventata da Renner: egli si era ispirato, sia per il termine, sia per alcuni aspetti concettuali, a Georg Jellinek che, nel 1885, aveva pubblicato per l'editore viennese Alfred Hölder un breve saggio, intitolato *Ein Verfassungsgerichtshof für*

<sup>6</sup> In realtà, Renner aveva utilizzato per la prima volta il termine Verfassungsgerichtshof in *Der Kampf der österreichischen Nationen um den Staat* del 1902, di cui *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* costituiva l'edizione ampliata e aggiornata. Su *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* cfr. Cap. 4.

<sup>7</sup> K. Renner, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* cit., p. 292.

<sup>8</sup> Alla Corte sarebbe stato affiancato uno speciale Staatsgerichtshof che avrebbe assicurato la «responsabilità degli organi esecutivi nei confronti di quelli legislativi». K. Renner, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* cit., pp. 292-293.

*Österreich (Una Corte costituzionale per l'Austria)*.<sup>9</sup> Profondo conoscitore e attento osservatore della realtà costituzionale austriaca, Jellinek aveva proposto il termine «Verfassungsgerichtshof», concetto che, nel saggio del giurista, trovava «la sua prima espressione compiuta».<sup>10</sup>

La promessa teorica (e politica) su cui si basava *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* era fortemente antiparlamentare, laddove, osservava Jellinek, le «battaglie costituzionali» del passato erano state improntate alla lotta contro le violazioni e gli eccessi del governo; il problema attuale era impedire ai parlamenti di emanare leggi che violassero la costituzione: Jellinek non era, però, stato il primo a correlare la Corte costituzionale al controllo della attività parlamentare. La stessa considerazione era stata espressa alcuni anni prima dal giurista ed esponente del movimento liberale ungherese Joseph von Eötvös', che nel 1854 aveva pubblicato, *Der Einfluss der herrschenden Ideen des 19. Jahrhunderts auf den Staat (L'influenza dell'idea di autorità del 19. secolo sullo stato)*, in cui aveva proposto di adottare un «Tribunale superiore» per impedire al parlamento di violare la costituzione.<sup>11</sup>

Nella specifica situazione dell'Impero austro-ungarico, la «illegalità parlamentare» si manifestava, secondo Jellinek, nel caso di validità di elezioni contestate, nei conflitti tra legislazione semplice e costituzionale e nei conflitti tra la legislazione del Reich e quella dei Länder.<sup>12</sup> Jellinek si riferiva in particolare alla legge che, il 2 aprile del 1873, aveva conferito al Parlamento imperiale e alle Assemblee regionali il diritto di decidere sulla legittimazione dei loro membri e quindi sulla legittimità della elezione dei corpi elettivo-rappresentativi.<sup>13</sup> In aperta polemica con questa misura, Jellinek si chiedeva su quali premesse un «organo politico» e, in quanto tale, viziato

<sup>9</sup> Sembra che il saggio fosse stato occasionato da una serie di errori e mancanze commesse dal Reichsgerichtshof nella protezione dei diritti delle minoranze nazionali dell'Impero asburgico. G. Stourzh, *Altösterreichische Verfassungsentwicklung und Verfassungsgerichtsbarkeit* cit., p. 258. Stourzh richiama l'attenzione sul nesso tra il saggio del 1885 e il problema delle minoranze, che caratterizzò fortemente l'opera "politica" di Jellinek.

<sup>10</sup> A.J. Noll, *Georg Jellinek's Forderungen nach einem Verfassungsgerichtshof für Österreich*, in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk* cit., pp. 365-366.

<sup>11</sup> H. Haller, *Die Prüfung von Gesetzen*, Wien-New York, Springer Verlag, 1955, pp. 18-19; A. J. Noll, *op. cit.*, p. 261. Sull'opera politica del liberale ungherese cfr. G. Stourzh, *Die politischen Ideen Josef von Eötvös' und das österreichische Staatsproblem*, in *Id., Wege zur Grundrechtsdemokratie* cit., pp. 216-237.

<sup>12</sup> G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* cit., pp. 8-9.

<sup>13</sup> A.J. Noll, *op. cit.*, p. 265.

dal particolarismo dei partiti, potesse decidere, in ultima istanza, su un problema di legittimità: soltanto un «Wahlgerichtshof» (Tribunale elettorale) poteva giudicare «sul diritto degli eletti».<sup>14</sup>

Secondo le critiche di Jellinek, l'ordinamento asburgico si dimostrava poco sistematico e nebuloso anche nella distinzione della legislazione costituzionale da quella ordinaria. Jellinek osservava come in nessuna parte della costituzione del 1867 fossero specificate le materie nelle quali si decideva a maggioranza qualificata e nelle quali a maggioranza semplice. Egli proponeva di ricorrere alla maggioranza qualificata ogni qual volta fosse stato necessario apportare modifiche alla costituzione, riconoscendo altresì che ciò non avrebbe risolto completamente il problema della difesa della costituzione.<sup>15</sup> La soluzione risiedeva, ancora una volta, in un organo giudiziario che avrebbe dovuto avere le caratteristiche di un Tribunale arbitrale, di un «terzo neutro», lontano dalla realtà politica dei partiti, affinché il rispetto della costituzione non finisse per dipendere dall'«arbitrio del partito dominante e secondo la posizione dei partiti». Nel concreto, Jellinek attribuiva ad una minoranza della Camera il diritto di ricorrere al Tribunale arbitrale per verificare se un determinato progetto di legge modificasse indebitamente la costituzione.<sup>16</sup> Solo attraverso il ricorso ad una istanza giudiziaria la costituzione poteva essere efficacemente tutelata.<sup>17</sup>

La parte teorica più articolata del saggio riguardava i conflitti di competenza tra la legislazione dell'Impero e quella dei Länder. Un problema che appariva a Jellinek particolarmente scottante, poiché «nella costituzione di dicembre [del 1867] manca una specifica garanzia circa la decisione dei conflitti tra la legislazione imperiale e quella dei Länder».<sup>18</sup>

<sup>14</sup> G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* cit., pp. 14-16. Nella identificazione tra "politico", da un lato, e "fazioni", "particolarismo", "conflittualità", dall'altro, Jellinek sembrava aver recepito la lezione espressa da Paul Laband; cfr. S. Amato, *Il problema "partito" negli scrittori politici tedeschi (1815-1914)* cit., pp. 86-87.

<sup>15</sup> G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* cit., pp. 18-19.

<sup>16</sup> Ivi, pp. 23-24; cfr. B. Caravita, *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padova, CEDAM, 1985, p. 36.

<sup>17</sup> G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* cit., pp. 24-26. Alla osservazione che i giudici del Tribunale potevano essere mossi dalle loro «passioni» e quindi emettere giudizi falsati e faziosi, Jellinek obiettava che i giudici, a differenza degli uomini politici, erano vincolati nel loro operato al rispetto del diritto, piuttosto che agli interessi di partito. Ivi, p. 24.

<sup>18</sup> Ivi, p. 29.

Ciò accresceva il pericolo dei conflitti, pericolo che, a suo giudizio, non esisteva in America e in Svizzera, dove «la legislazione federale e statale non avevano lo stesso valore», poiché in entrambi gli stati «che poggiano sul principio federale, la preferenza è accordata alle leggi emanate dallo stato centrale rispetto a quelle emanate dagli stati membri»; in Austria, al contrario, le due tipologie di legislazione si trovavano sullo stesso piano.<sup>19</sup>

Per impedire conflitti di competenze, Jellinek proponeva il «controllo preventivo» sulle leggi attraverso un corpo giudiziario, ossia il Tribunale costituzionale, al quale potesse appellarsi un organismo rappresentativo o il governo.<sup>20</sup>

La trasformazione del già esistente Reichsgerichtshof in Verfassungsgsgerichtshof avrebbe così determinato la compiuta creazione di un solido «stato costituzionale austriaco».<sup>21</sup>

Il Tribunale elettorale, il Tribunale arbitrale e, segnatamente, la Corte costituzionale erano istanze necessarie per difendere la costituzione contro gli eccessi e le trasgressioni commesse dai partiti e dalla pratica parlamentare. In tal senso, *Ein Verfassungsgsgerichtshof für Österreich* era assai esemplificativo di quella diffidenza e di quell'atteggiamento critico nei confronti dell'organo legislativo che caratterizzò la riflessione più pro-

<sup>19</sup> Ivi, p. 31.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> Ivi, p. 66. Il saggio del 1885 si caratterizzava per la riuscita «fusione» tra la capacità teorica e una puntualissima conoscenza storica, un «tratto» peraltro tipico dell'opera di Jellinek. Questo aspetto emergeva con particolare efficacia nei passi in cui il giurista comparava lo sviluppo costituzionale tedesco e quello austriaco a partire dalla metà dell'800. Egli osservava che nel biennio rivoluzionario 1848-1849 anche i costituenti tedeschi avevano previsto un Reichsgericht, dimostrando di comprendere che «nelle questioni costituzionali i partiti delle rappresentanze popolari devono sottomettersi ad una istanza a-partitica». Tuttavia, diversamente dalla costituzione del 1848, quella bismarckiana del 1871 «mostrava limitati accenni alla protezione giudiziaria della costituzione così come dell'Impero e dei singoli stati», per cui, ad esempio, le controversie tra i singoli stati della Federazione erano «liquidati» dal Bundesrat su richiesta di una delle parti. Secondo Jellinek, nel biennio 1848-1849, l'esperienza costituzionale tedesca ed austriaca erano state accomunate dalla proposta di un Tribunale imperiale come suprema istanza posta a difesa dei diritti garantiti dalla costituzione e come risolutore di eventuali contrasti tra il Reich e i singoli stati. Ma dalla fine degli anni '60, tedeschi e austriaci avevano scelto percorsi differenti: il Reich tedesco aveva abbandonato l'idea di un Reichsgericht e senza di esso, osservava Jellinek, «uno stato federale [...] non è uno stato di diritto nel senso pieno del termine», mentre agli austriaci il giurista riconosceva il merito di essersi precocemente impegnati per la creazione di un Reichsgericht. Ivi, pp. 58-62. Riteniamo che la differenza tra il «per-

riamente politica di Jellinek.<sup>22</sup> Il saggio del 1885 anticipava anche un altro aspetto che Jellinek avrebbe approfondito nelle sue opere successive: l'idea del parlamento come mero «organo dello stato», le cui competenze erano fissate dalla costituzione.<sup>23</sup>

non il potere legislativo, bensì lo stato fa le leggi, non il governo le attua, bensì la volontà dello stato [...] la volontà dello stato stessa acquisisce forma concreta nella Esecuzione.<sup>24</sup>

Il punto di vista da cui osservare il potere legislativo ed esecutivo era la «volontà dello stato» che si articolava secondo le norme contenute nella costituzione, per cui salvaguardare la costituzione significava salvaguardare la corretta manifestazione di quella volontà. Tale protezione avveniva in particolare *contro* le eventuali «minacce» che potevano nascere nel parlamento.<sup>25</sup>

Nel suo *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, Renner sembrava aver ripreso da Jellinek una duplice considerazione: da un lato l'idea che «dove c'era da dirimere un conflitto questo poteva avvenire solo attraverso la sentenza di un giudice» e, dall'altro, la convinzione che gli stati federali, per la loro specifica conformazione, necessitassero di una Corte costituzionale in grado di risolvere le eventuali controversie tra autorità centrale e regionale.

Nel suo intervento alla Assemblea nazionale provvisoria, il leader socialdemocratico accoglieva l'istanza della Corte costituzionale in un significato, però, sostanzialmente differente da quello esposto in *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*. Nel discorso letto dinanzi alla Assemblea, egli non prevedeva che la Corte costituzionale si attivasse in merito a conflitti di competenze tra Bund e Länder. Ciò testimonia quanto Renner, e insieme con lui la maggioranza dei socialdemocratici, sperasse che la piccola repubblica austro-tedesca si trasformasse in uno stato unitario e centralizzato, piuttosto che federale.<sup>26</sup>

corso» tedesco e quello austriaco riemergesse, ancora una volta, dopo la fine della prima guerra mondiale, quando i costituenti tedeschi, dopo un lungo dibattito, decisero di non adottare la Corte costituzionale.

<sup>22</sup> Sull'argomento cfr. Cap. 2.

<sup>23</sup> G. Jellinek, *Ein Verfassungsgsgerichtshof für Österreich* cit., pp. 2-4.

<sup>24</sup> Ivi, p. 4.

<sup>25</sup> Ad esso Jellinek contrapponeva il Richteramt, (l'ordine giudiziario) cui riconosceva quei caratteri di a-partiticità, di neutralità che erano necessari per proteggere la costituzione, o meglio la volontà dello stato. D. Wyduckel, *Georg Jellinek's Beitrag zur Verfassungsgsgerichtsbarkeitentwicklung*, in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk* cit., p. 286.

<sup>26</sup> Esattamente come proposto da Jellinek nel saggio del 1885, Renner chiedeva che

Nei mesi di novembre e dicembre del 1918 l'opera della Cancelleria di stato per l'introduzione del Reichsgerichtshof fu molto intensa; partecipe di quella attività, Kelsen elaborò nel dicembre dello stesso anno un breve "memorandum", *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes* (Progetto di legge sulla attivazione di una Corte costituzionale), in cui esponeva alcune idee sulla trasformazione del Tribunale imperiale in Corte costituzionale.<sup>27</sup>

Kelsen osservava come, sul piano strettamente giuridico, l'esistenza del Reichsgerichtshof fosse «un contraddizione» con le nuove disposizioni costituzionali, poiché «insieme alla vecchia costituzione tutte le norme che si fondevano su di essa sono state cancellate». In questo modo, veniva sottolineata la forte discontinuità tra il periodo imperiale e quello repubblicano:

contro il mantenimento del nome "Tribunale imperiale" non parla solo il fatto che non esiste più un "Impero", ma anche la necessità di manifestare attraverso la modificazione del nome la mancanza di continuità giuridica.<sup>29</sup>

le competenze dell'antico Staatsgerichtshof, che decideva nei casi di *impeachment*, passassero al Verfassungsgerichtshof. Perfino nella richiesta di attribuire al Verfassungsgerichtshof le competenze di un Wahlgerichtshof, Renner sembrava essersi ispirato al saggio di Jellinek, in cui veniva avanzata l'ipotesi di trasferire al Tribunale costituzionale le competenze di un Tribunale elettorale poiché quest'ultimo, in ambito austriaco, si occupava della difesa dei diritti costituzionalmente garantiti. G. Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* cit., p. 33; cfr. G. Schmitz, *The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920*, «Ratio Juris», 2003, p. 241.

<sup>27</sup> G. Schmitz, *Briefe aus St. Germain*... cit., p. 22; Id., *The Constitutional Court of the Republic of Austria* cit., p. 242. Il "memorandum" fu scoperto da Stourzh negli Archivi della Cancelleria di stato di Vienna ed attribuito dallo studioso a Kelsen. Il testo è stato ripubblicato in appendice in Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens*... cit. Kelsen aveva già citato lo scritto di Jellinek sul *Verfassungsgerichtshof für Österreich* nel suo breve commentario del 1907 sull'ordinamento elettorale del Parlamento imperiale. H. Kelsen, *Kommentar der österreichischen Wahlordnung*... cit., p. 4.

<sup>28</sup> H. Kelsen, *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes*; in G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens*... cit., p. 308.

<sup>29</sup> *Ibidem*. Questa stessa osservazione sarebbe ricomparsa nella *Introduzione* alla prima parte del suo commentario sulle leggi costituzionali della Assemblée nazionale provvisoria, pubblicato nel dicembre del 1918: «la fondazione dello stato austro-tedesco ha un carattere puramente rivoluzionario, poiché la costituzione, che si è espressa col nuovo stato austro-tedesco, non ha nessun rapporto giuridico con la costituzione della vecchia Austria» e tale rottura era ricondotta da Kelsen «alla creazione di una «Assemblea nazionale provvisoria dell'Austria tedesca (che) si è arrogata per sé, relativamente ad un determinato ambito territoriale, la completa sovranità». Il carattere «rivoluzionario» di questa rivendicazione si era poi espresso definitivamente nella proclamazione della Repubblica democratica. H. Kelsen, *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreichs* cit., p. 10.

Inoltre, per Kelsen, la creazione del nuovo ordinamento consisteva nel passaggio della sovranità al parlamento che la esercitava in nome del popolo.<sup>30</sup> La proclamazione della repubblica democratica rendeva semplicemente impossibile la riproposizione del Reichsgerichtshof:

con l'antico stato austriaco hanno giuridicamente cessato di esistere anche i suoi organi. Al loro posto ne devono essere posti nuovi attraverso la Costituzione della repubblica austro-tedesca.<sup>31</sup>

All'antico Tribunale imperiale Kelsen riconosceva, però, il merito di aver garantito i diritti politici e di aver rappresentato uno strumento abbastanza efficace nella soluzione dei conflitti tra Reich e Länder, grazie alla sua «neutralità»; per questa ragione, egli chiedeva che entrambe le funzioni fossero preservate nell'ordinamento repubblicano, a condizione che il Tribunale non si chiamasse più Reichsgerichtshof, bensì Verfassungsgerichtshof (Corte costituzionale).<sup>32</sup> Analogamente a quanto sostenuto da Renner nel suo intervento del 30 ottobre, Kelsen sperava che le prerogative della nuova Corte fossero estese «alle decisioni circa le rimostranze ministeriali e alla verifica della legittimazione elettorale», e che essa fosse posto a «difesa della costituzione».<sup>33</sup>

Dal punto di vista teorico, il breve scritto del 1918 appariva sostanzialmente "acerbo", ma dimostrava ugualmente l'interesse di Kelsen per il tema, e si caratterizzava per la sistematicità con cui il giurista collegava la creazione della Corte costituzionale al mutamento politico e istituzionale avvenuto in Austria. Il "memorandum" stilato da Kelsen rappresenta inoltre una ulteriore testimonianza della distanza concettuale e storica che separava Kelsen dal maestro Jellinek, circa il ruolo e il significato di parlamento.

Con il preciso scopo di non attribuire la sovranità né al monarca, né alle rappresentanze popolari, la Corte costituzionale teorizzata da Jellinek era stata posta a tutela della costituzione, concepita come descrizione delle caratteristiche e delle prerogative dello stato, unico detentore della sovranità.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> H. Kelsen, *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes* cit., p. 308.

<sup>31</sup> *Ibidem*

<sup>32</sup> Kelsen esprime tutta la sua ammirazione e il suo riconoscimento per la «completa indipendenza e la straordinaria qualificazione scientifico-giuridica dei membri» del Reichsgerichtshof. *Ibidem*

<sup>33</sup> H. Kelsen, *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes* cit., p. 309.

<sup>34</sup> D. Quagliani, *La sovranità* cit., pp. 95-96; M. Fioravanti, *Costituzione* cit., p. 136-137.

In una prospettiva di generale diffidenza nei confronti dell'organo legislativo, Jellinek aveva inoltre attribuito alla Corte costituzionale il compito di controllare ed eventualmente neutralizzare quei comportamenti del parlamento che avrebbero potuto costituire una minaccia per la costituzione.

Al contrario, la Corte costituzionale cui pensava Kelsen nel suo "memorandum" non solo non era concepita in funzione antiparlamentare, ma riconosceva proprio al parlamento centrale, alla Assemblea nazionale, la piena sovranità sui territori dell'Austria tedesca. Questa profonda differenza era sicuramente riconducibile al particolare contesto storico-politico in cui Kelsen aveva scritto il suo breve saggio, ossia alla nascita di una repubblica democratica basata sul primato del parlamento, ma anche alla presenza nell'opera di Jellinek di un profondo pregiudizio antiparlamentare che Kelsen non aveva, e che aveva dimostrato di non avere sin dai celebri *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.

Come vedremo, le considerazioni che, tra il 1919 e il 1920, Kelsen elaborò attorno alla Corte costituzionale si intrecciarono strettamente alla posizione che egli assunse dinanzi al ruolo e al significato dell'Assemblea nazionale, il nuovo organo legislativo.

## 5.2. La creazione della Corte costituzionale: lo scontro tra Bund e Länder.

Con la legge del 25 gennaio 1919 veniva istituito, proprio come proposto dallo stesso Kelsen, la Corte costituzionale.

Le competenze della nuova Corte sarebbero state tre: 1) decisioni sui conflitti di competenza; 2) rimostranze contro il Bund o contro i Länder se questi non afferivano alla giurisdizione ordinaria e 3) reclami contro la violazione dei diritti politici.<sup>35</sup> Nel suo "memorandum" Kelsen chiedeva di introdurre una Corte costituzionale per dirimere le eventuali controversie tra Bund e Länder.

L'osservazione non era puramente teorica, poiché essa si inseriva in un contesto storico-politico caratterizzato da rapporti particolarmente con-

<sup>35</sup> G. Schmitz, *The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920* cit., pp. 245-246; G. Hellbing, *op. cit.*, p. 413; G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 159-160. Il *plenum* del *Verfassungsgerichtshof* includeva un presidente, un vice presidente, 8 membri e 4 membri sostitutivi; la scala del presidente, del vice-presidente e dei giudici era una prerogativa esclusiva del Consiglio di stato. G. Schmitz, *The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920* cit., p. 246.

troverci tra il potere centrale e i Länder. Di ciò Kelsen era perfettamente consapevole, come emergeva da un suo contributo, intitolato *Die Stellung der Länder in der künftigen Deutschösterreich* (*La posizione dei Länder nell'attuale Austria tedesca*). Scritto nelle settimane successive alla legge sulla «assunzione della sovranità nei Länder» del 14 marzo 1919, la versione definitiva del documento apparve tra il 1919 e il 1920 per la «*Zeitschrift für öffentliches Recht*».<sup>36</sup>

Kelsen individuava anzitutto tre possibili scenari per l'Austria: 1) stato burocratico centralizzato; 2) sistema di amministrazione autonoma e decentralizzata; 3) stato federale. Sebbene nutrisse serie perplessità sulla soluzione federalista, il giurista era consapevole che proprio quest'ultima avrebbe incontrato maggior consenso, non solo perché con la fine del conflitto mondiale i Länder avevano rivendicato la loro «originaria libertà e indipendenza», ma soprattutto perché essi costituivano «individualità politiche» che, a suo giudizio, avrebbero mal tollerato di essere ridotte a «limitate province di uno stato unitario».<sup>37</sup>

Ciò non comportava, però, la trasformazione dell'Austria tedesca in un «Bund der Länder» (Federazione dei Länder), perché il potere legislativo dell'Assemblea nazionale provvisoria non era stato concesso ad essa dai Länder, bensì era stato rivendicato per sé da quello stesso organo, attraverso la legge del 30 ottobre 1918 «sulla sovranità». Alla luce di questa considerazione, Kelsen coglieva nelle cosiddette «dichiarazioni di adesione», ideate da Renner, una contraddizione interna:<sup>38</sup> da un lato esse erano state concepite dai Länder come un «contratto» attraverso cui essi si univano, costituendo una sorta di Federazione; dall'altro nelle dichiarazioni veniva riconosciuta l'esistenza dello stato austro-tedesco nella «sua costituzione unitaria».<sup>39</sup>

<sup>36</sup> La prima versione del documento venne ritrovata da Felix Ermacora tra i documenti della Cancelleria di stato austriaca e da questi ripubblicata in F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform*, Band 9/II, Wien, W. Braumüller, 1989. Nelle note abbiamo riportato sia i passi dell'originale, sia quelli che corrispondono alla versione pubblicata per la «*Zeitschrift für öffentliches Recht*».

<sup>37</sup> H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, in F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform* cit., pp. 2-3 e H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, «*Zeitschrift für öffentliches Recht*», 1919/1920, pp. 98-101.

<sup>38</sup> Sulle «dichiarazioni di adesione» cfr. Cap. 3.

<sup>39</sup> H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, in

Il concetto di una unione libera e contrattualistica dei Länder ad un'Austria tedesca come Federazione di stati e il concetto di uno stato austro-tedesco esistente nella sua costituzione unitaria sono inconciliabili.<sup>40</sup>

Secondo Kelsen, lo stato austro-tedesco era sorto in seguito alla assunzione da parte della *Assemblea nazionale della piena sovranità* e non sulla base di un contratto tra Länder.<sup>41</sup> La nuova Assemblea costituente avrebbe probabilmente optato per la soluzione federalista, ma proprio in questa eventualità sarebbe diventato centrale e vitale *neutralizzare* le tendenze centrifughe dei Länder e mantenere l'equilibrio tra questi e il Centro, attivando un *Bundesverfassungsgerichtshof* (Corte costituzionale federale) al quale si sarebbe potuto appellato il Bund contro legislazioni anticostituzionali dei Länder, a difesa della costituzione.<sup>42</sup>

Kelsen esprimeva così una forte pregiudiziale verso gli organi legislativi dei Länder, perché in essi vedeva una seria minaccia alla unità dello stato che, a suo giudizio, era stata sancita dal potere della *Assemblea nazionale*.<sup>43</sup>

L'atteggiamento critico di Kelsen nei confronti della attività legislativa dei Länder rispecchiava la legge del 14 marzo 1919 sulla «assunzione della sovranità nei Länder». Questa aveva introdotto il controllo pre-

F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920* cit., pp. 5-7 e H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs* cit., pp. 106-107.

<sup>40</sup> H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, in F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920* cit., p. 9; H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs* cit., p. 107.

<sup>41</sup> In questo senso, Kelsen attribuiva alla sovranità un carattere decisamente concreto, potremmo dire "sostanziale", assente negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.

<sup>42</sup> H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, in F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920* cit., p. 11; H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs* cit., p. 113. Il termine *Bundesverfassungsgerichtshof* rimandava a quello coniato nel 1917 da Renner in *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*. Cf. Stourzh, *Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie*, in *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift Erwin Meißner zum 70. Geburtstag*, a cura di H. Schäfer, Wien, Manz, 1993, p. 12. Secondo il documentatissimo contributo di Stourzh, Kelsen avrebbe utilizzato per la prima volta l'idea di Corte costituzionale, come mezzo per proteggere la costituzione, in *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*. Questo concetto era, però, già comparso in *Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung eines Verfassungsgerichtshofes*.

<sup>43</sup> H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, in F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920* cit., p. 11; H. Kelsen, *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs* cit., p. 113.

ventivo sulle leggi dei Länder da parte del governo centrale, nel caso in cui vi fosse stato il sospetto di incostituzionalità.<sup>44</sup>

Nella primavera del 1919, Kelsen ricevette da Renner il compito di stilare alcune bozze di costituzione per uno stato federale.<sup>45</sup> Tra maggio e novembre del 1919 Kelsen elaborò sei progetti costituzionali, o meglio, disegnò un progetto costituzionale di partenza e le sue cinque variazioni, secondo le indicazioni che gli venivano date da Renner: il nuovo stato avrebbe avuto molto probabilmente un assetto federale, ma le competenze più importanti sarebbe state affidate agli organi centrali, inoltre l'Austria tedesca sarebbe stata una repubblica parlamentare, proprio come stabilito sin dall'inizio del processo costituente.<sup>46</sup>

Il primo progetto (K-I) era il «più favorevole ai Länder» e in tal senso sembrava ispirarsi alla Costituzione federale svizzera del 1874 poiché, proprio come questa, prevedeva la equiparazione della Camera federale con quella dei Länder (entrambe partecipavano alla legislazione) e la sostanziale indipendenza della legislazione dei Länder da quella del Bund.<sup>47</sup>

Il carattere «länderfreundlich» (favorevole ai Länder) del K-I suscitò le critiche di Renner e proprio da questa «disapprovazione» scaturirono il secondo e terzo progetto (K-II; K-III), che denotano invece una marcata influenza da parte del leader socialdemocratico. Fortemente prevenuto nei confronti dei Länder, Renner chiese a Kelsen di impostare i progetti successivi al K-I, ispirandosi alla Costituzione federale di Weimar che,

<sup>44</sup> In *Die Stellung der Länder* Kelsen aveva espresso una serie di istanze teorico-politiche che, nel 1919, circolavano nella stessa Cancelleria di stato di cui egli era consulente. Nel «memorandum» *Gedanken zur Frage der verfassungsrechtlichen Neugestaltung Deutschösterreich*, il presidente della Cancelleria di stato e giurista Georg Mannlicher riteneva indispensabile, analogamente a Kelsen, affidare alle istituzioni centrali tutte quelle competenze necessarie a tutelare «l'esistenza di tutto il corpo politico ed economico». *Anträge der Abteilung für Verfassungsgesetzgebung bezüglich des weitern Vorgehens über den Entwurf einer bundesstaatlichen Verfassungsurkunde* cit., in F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform* cit., pp. 32-33.

<sup>45</sup> Il primo progetto fu elaborato tra maggio e luglio del 1919 e il 4 luglio dello stesso anno il responsabile dell'ufficio stampa della Cancelleria di stato, Ludwig Brügel, lo inviava a Renner che si trovava a St. Germain per le trattative di pace. G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen* cit., p. 31.

<sup>46</sup> Ivi, p. 44. D'ora in poi i 6 progetti kelseniani saranno indicati con l'iniziale e il numero: K-I; K-II etc.

<sup>47</sup> H. Kelsen, *Die Verfassungsvorentwürfe Hans Kelsens*, in G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die Bundesverfassung* cit., p. 114; cf. G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen* cit., pp. 49-50. Il carattere «länder-

approvata nell'agosto del 1919, prevedeva una Camera dei Länder (Reichsrat) non «partimenti ordinata rispetto al Reichstag». <sup>48</sup> Così nel K-II lo stato austro-tedesco era definito «una repubblica democratica, basata sulla sovranità del popolo» e il rapporto tra Bund e Länder veniva modificato a favore del primo. <sup>49</sup> Tale cambiamento è sicuramente riconducibile al condizionamento «a distanza» esercitato da Renner, che in uno scritto stilato nell'estate del 1919, *Die Leitsätze für ein politisch-ökonomisches Programm der Koalition* (Indicazioni per un programma politico economico) rifiutava qualsiasi possibilità che la Camera dei Länder potesse partecipare alla legislazione su un piano di parità con la Camera federale. Dalle iniziali posizioni «länderfreundlich», i progetti di Kelsen giungevano nella quinta e nella sesta versione a coincidere sostanzialmente con ciò che era stato richiesto da Renner, ossia uno stato federale, in cui i poteri dei Länder fossero limitati. <sup>50</sup>

La centralità del rapporto tra Bund e Länder nel processo costituyente austro-tedesco e, di riflesso, nella creazione della Corte costituzionale emergeva ancora più chiaramente dai colloqui interministeriali che si svolsero nella Cancelleria di stato nell'autunno del 1919, e ai quali prese parte lo stesso Kelsen. Gli incontri promossi dalla Cancelleria esplicitavano ciò che era sotteso ai progetti costituzionali di Kelsen e alle indicazioni che a lui erano giunte da Renner, ossia la preoccupazione di proteggere la unitarietà della costituzione contro i tentativi da parte dei Länder di pregiudicare la sovranità del nuovo stato. Con questo obiettivo venivano portate ad esempio le costituzioni della Svizzera e degli U.S.A. che «avevano impedito la distruzione, [ed] avevano garantito la fusione degli stati membri in un tutto organico». <sup>51</sup>

freundlich» del K-I potrebbe contraddire quanto affermato in *Die Stellung der Länder*, dobbiamo però considerare che nello stilare le bozze costituzionali Kelsen svolgeva un ruolo «istituzionale» e, in quanto consulente della Cancelleria, aveva il dovere e il compito di prendere in considerazione più opzioni circa il futuro assetto dello stato austro-tedesco, tra le quali anche l'opzione più favorevole alle richieste delle Regioni.

<sup>48</sup> *La costituzione di Weimar*, a cura di A. Mörati, Firenze, Sansoni, 1946, p. 31.

<sup>49</sup> H. Kelsen, *Die Verfassungsvorentwürfe Hans Kelsens* cit., p. 114. Al governo federale spettava «il diritto di veto» contro la legislazione regionale nel caso in cui questa costituisse un serio pericolo per gli interessi federali. *Ibidem*.

<sup>50</sup> K. Renner, *Die Leitsätze für ein politisch-ökonomisches Programm der Koalition*, in G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitische Folgen* cit., pp. 186-198. Alla Camera federale Renner riconosceva il diritto di chiedere una modifica o una precisazione circa le leggi elaborate dal Bundestag, ma la decisione finale spettava a quest'ultimo. *Ivi*, p. 197.

<sup>51</sup> F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staats-*

Il problema principale diventava assorbire nella sovranità del futuro stato federale le spinte centrifughe dei Länder. Proprio questo concetto veniva espresso da Renner nella seduta interministeriale dell'11 ottobre 1919, quando egli osservava come il passaggio allo stato federale comportasse un concreto impegno per salvaguardare «l'interesse generale» che, nella sua prospettiva, significava anzitutto impedire al diritto prodotto dai Länder di prevalere su quello del Bund. <sup>52</sup>

La riaffermazione del principio, sancito dalla legge del 14 marzo 1919 sulla «assunzione della sovranità nei Länder», per cui «Bundesrecht bricht Landesrecht» (il diritto federale prevale su quello dei Länder), si accompagnava, però, alla proposta del leader socialdemocratico di creare una Corte costituzionale alla quale si potesse appellare il Bund nel caso in cui un Land assumesse per sé una competenza che non gli apparteneva e «vice versa». <sup>53</sup>

Il riconoscimento di tale reciprocità proveniva a Renner molto probabilmente dal progetto di costituzione del Land del Tirolo, pubblicato il 27 settembre del 1919 e scritto da Stephan Falser, giurista e presidente del Tribunale amministrativo. Estremamente restii a riconoscere le nuove istituzioni centrali, i rappresentanti del Landtag tirolese avevano affidato a Falser il compito di stilare una bozza di costituzione in cui, richiamandosi alla costituzione svizzera del 1874, la legislazione federale fosse affidata, su un piano di perfetta parità, ad una Assemblea federale e ad una Camera regionale; l'assoluta pariteticità delle due Camere si accompagnava alla proposta di creare una Corte costituzionale cui potevano appellarsi anche i parlamenti regionali, nel caso in cui una legge federale fosse anticostituzionale. <sup>54</sup>

*kanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform* cit., p. 55. Agli inizi del secolo, Renner aveva espresso una serie di dure critiche contro le pretese di autonomia avanzate dai Länder della Corona. Ciò testimonia come la diffidenza del Cancelliere socialdemocratico verso i Länder provenisse da un periodo antecedente al crollo dell'Impero. K. Renner, *Was sind unsere Kronländer? Ein kritischer Beitrag zur Autonomiefrage*, «Der Kampf», 9 Heft, 1908, pp. 404-408.

<sup>52</sup> *Protokoll über die zwischenstaatsamtliche Besprechung in der Staatskanzlei am 11. Oktober 1919*, in F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform* cit., p. 73. In tal senso, egli non faceva che ribadire l'idea del «Bundesrecht bricht Landesrecht», contenuta nella legge del 14 marzo 1919, in merito alla quale cfr. Cap. 3.

<sup>53</sup> *Protokoll über die zwischenstaatsamtliche Besprechung in der Staatskanzlei am 11. Oktober 1919* cit., pp. 73-78.

<sup>54</sup> G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...* cit., p. 62.

In un momento storico, caratterizzato dal confronto aspro e costante tra organi centrali e i Länder, Renner non poteva aver ignorato il progetto del Tirolo. Nella richiesta di una sostanziale reciprocità tra Centro e Regioni nell'appellarsi alla Corte costituzionale, Renner era stato influenzato dagli incontri che egli aveva condotto tra gennaio e ottobre del 1919 con i governatori dei Länder, e che avevano evidenziato la ferma volontà da parte di questi e in particolare del Tirolo, del Vorarlberg e del Land di Salisburgo a non sottomettersi completamente alla volontà delle istituzioni centrali.

Durante il sesto (15 settembre 1919) e il settimo (12-13 ottobre 1919) "colloquio", il governatore della Bassa Austria, Steiner, e del Tirolo, Schlegel, giustificarono le rivendicazioni dei Länder ad una forte autonomia sulla base del «contratto» che essi, «soggetti di diritto indipendenti», avevano siglato con l'Assemblea nazionale dopo il crollo dell'Impero.<sup>55</sup> I Länder erano così rappresentati come «soggetti» che, tornati in possesso della loro originaria sovranità dopo il 1918, avevano «siglato un contratto sulla struttura interna dell'[...] edificio statale». In base a questa considerazione il vice-governatore di Salisburgo Rehr chiedeva, in occasione della settima seduta, che fosse garantita una perfetta «equiparazione» tra Bund e Länder e una chiara divisione delle competenze.<sup>56</sup> L'idea, espressa da Rehr, di un rapporto paritetico tra Centro e Regioni sembrava trovare una eco nella proposta avanzata da Renner nell'incontro interministeriale dell'11 ottobre sulla attivazione del Corte costituzionale.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> F. Ermacora, *Die Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*, Wien, Universitätsvolksbuchhandlung, 1981 p. 15; Id., *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Die Sammlung der Entwürfe zur Staats- bzw. Bundesverfassung*, Band 9/IV, Wien, W. Braumüller, 1989, p. 6. Col termine «contratto» i governatori dei Länder si riferivano alle «dichiarazioni di adesione».

<sup>56</sup> F. Ermacora, *Die Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien* cit., pp. 17-18. Le dichiarazioni rilasciate in occasione dei "colloqui" di ottobre furono riportate dalla «Neue Freie Presse». L'articolo *Die Länderkonferenz und die neue Verfassung* evidenziava come, secondo la maggioranza dei governatori regionali, i Länder fossero «autonomi soggetti di diritto». *Die Länderkonferenz und die neue Verfassung*, «Neue Freie Presse», Wien, 13 Oktober 1919 pp. 2-3.

<sup>57</sup> Renner colse perfettamente la pericolosità, per la continuazione delle trattative, del concetto di sovranità cui si erano richiamati Schurnacher e Rehr ed intervenne direttamente nella discussione: «non vorrei sollevare una disputa sulla sovranità. Se ci sono sovranità divise, chi sia il sovrano, se la federazione o gli stati membri [...] ci dovremmo piuttosto chiedere di cosa necessitano i Länder per la pienezza del potere e quali siano i compiti amministrativi che essi hanno la forza di assolvere autonomamente e

Esisteva, però, una evidente frattura tra il Renner che, in qualità di Cancelliere, aveva presieduto alle riunioni interministeriali e il Renner che, in accordo con i membri del suo partito, elaborava in quegli stessi giorni un nuovo programma politico con cui la SPÖ avrebbe dovuto "legittimare" il nuovo governo di coalizione con la CSÖ. Nel progetto di coalizione socialdemocratico, pubblicato il 17 ottobre, il diritto di appellarsi alla Corte costituzionale era riconosciuto solo al parlamento federale, nel caso in cui un Land si fosse arrogato una competenza che costituzionalmente non gli apparteneva.<sup>58</sup> La "contraddizione" tra la posizione assunta da Renner in occasione delle sedute interministeriali e quella espressa nel programma di coalizione ci permette di cogliere il nesso tra la discussione sulla Corte costituzionale e le istanze dei Länder. Fu Michael Mayr, segretario cristiano-sociale per gli affari costituzionali, che cercò di risolvere i contrasti tra le Regioni e il Centro,<sup>59</sup> organizzando a Salisburgo la prima Conferenza ufficiale dei Länder.<sup>60</sup>

quali debbano essere condivisi». In polemica con il vice-governatore tirolese Schlegel, secondo cui la bozza costituzionale preparata dalla Assemblea costituente doveva essere approvata da tutti i Länder prima di entrare in vigore, Renner ribadiva, esattamente come ricordato da Kelsen in *Die Stellung der Länder*, che la decisione ultima sulla costituzione spettava unicamente alla Assemblea nazionale. F. Ermacora, *Die Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien* cit., p. 19.

<sup>58</sup> G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitische Folgen* cit., pp. 80-81. Il programma, che doveva sancire la rinnovata cooperazione tra SPÖ e CSÖ dopo le elezioni della Assemblea costituente, si caratterizzava per una certa "apertura" verso le istanze federali del partito cristiano, anche se ribadiva la subordinazione della Camera dei Länder a quella federale e la necessità di indicare «tassativamente» le competenze della Federazione. Ivi, p. 79; W. Goldinger-D. A. Binder, *op. cit.*, p. 87. Sul progetto di coalizione tra SPÖ e CSÖ cfr. *Das Koalitionsprogramm*, «Neue Freie Presse», 18. Oktober 1919, p. 2.

<sup>59</sup> F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Die Sammlung der Entwürfe zur Staats- bzw. Bundesverfassung* cit., p. 6; R. Palme, *Der Anteil Tirols am Entstehen der Österreichischen Bundesverfassung von 1920*, in *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder. Demokratisierung und Verfassung in den Ländern 1918-1920*, Wien, Manzsche Verlag, 1996, p. 85. Nel saggio dedicato alla storia del processo costituzionale austriaco, *Österreichisches Staatsrecht (Il diritto pubblico austriaco)*, pubblicato nel 1923, Kelsen avrebbe ricordato che «questi [Mayr] scelse in accordo con la Cancelleria di stato uno dei miei progetti e lo rese - dopo avergli apportato poche modifiche - la base delle trattative con i partiti politici nei Länder». H. Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Wien, 1923, p. 161.

<sup>60</sup> Alcuni mesi prima della Conferenza di Salisburgo, i rappresentanti dei Länder parteciparono ad una nuova serie di colloqui, presieduti dallo stesso Mayr, che condusse le tra-

Alcune settimane prima della Conferenza di Salisburgo,<sup>61</sup> Mayr preparò per i rappresentanti dei Länder un progetto di costituzione, (Progetto personale Mayr) il cui obiettivo era mediare tra il federalismo estremo espresso nel progetto di costituzione tirolese e le istanze unitarie e centralistiche condivise dai socialdemocratici. Il ministro cristiano-sociale si avvalese della collaborazione della Cancelleria di stato e in particolare di Kelsen.<sup>62</sup>

tative sulla base del K-I e del K-II. Molto più chiaramente dei precedenti "incontri" fra Renner e i governatori dei Länder, in questi nuovi colloqui si manifestò la profonda frattura tra tedesco-nazionali e cristiano-sociali, da un lato, che contestavano il principio della supremazia del diritto del Bund su quello dei Länder e, dall'altro, i socialdemocratici favorevoli ad uno stato «unitario». Il dibattito si arricchiva così di un ulteriore elemento di complessità: la posizione a favore dell'istanza federalista o di quella unitaria non dipendeva solo e soltanto dall'appartenenza alle istituzioni centrali e regionali, essa era determinata anche, e soprattutto, dall'appartenenza politica. F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform* cit., p. 94; F. Ermacora, *Österreichischer Foederalismus vom patrimonialen zum kooperativen Staat* cit., p. 46. Nel primo incontro tra Mayr e i Länder, avvenuto a Salisburgo il 18 dicembre 1919, Schlegel e Rehr affermarono, a nome del loro partito la CSÖ, che soltanto il federalismo avrebbe garantito ai Länder un ruolo politico e amministrativo di rilievo nel nuovo stato. *Allgemeine Erörterung über das Bundesstaatsproblem, namentlich auch über die Frage des formalen Zustandkommens der Bundesverfassung (sieben Protokolle über die länderberatungen. A)* Salzburg, 18 Dezember 1919, in F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform* cit., p. 103. Contro simili posizioni si scagliava alcune settimane più tardi, il socialdemocratico Gruber, dell'Alta Austria, che rivendicava una «visione centralistica» e, come sostenuto da Renner nei mesi precedenti, attribuiva esclusivamente alla Assemblea nazionale il compito di decidere sulla costituzione finale. *Allgemeine Erörterung über das Bundesstaatsproblem, namentlich auch über die Frage des formalen Zustandkommens der Bundesverfassung (sieben Protokolle über die länderberatungen. C)* Oberösterreich, 3. und 7. Jänner 1920, in F. Ermacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform* cit., p. 115.

<sup>61</sup> Sulla Conferenza di Salisburgo cfr. *Das Länderhaus*, «Arbeiter Zeitung», 11. Februar 1920, pp. 1-2; *Die Salzburger Länderkonferenz*, «Arbeiter Zeitung», 12. Februar 1920, pp. 3-4. Sul fronte conservatore, cfr. *Die Salzburger Länderkonferenz*, «Reichspost», 16. Februar 1920, pp. 1-2 e I. Seipel, *Die Verfassungsfrage ein Jahr nach der Wahl*, «Reichspost», 15. Februar 1920, p. 2.

<sup>62</sup> Nel saggio dedicato alla storia del processo costituzionale austriaco, *Österreichisches Staatsrecht (Il diritto pubblico austriaco)*, pubblicato nel 1923, Kelsen avrebbe ricordato che «questi [Mayr] scelse in accordo con la Cancelleria di stato uno dei miei progetti e lo rese - dopo avergli apportato poche modifiche - la base delle trattative con i partiti politici nei Länder». H. Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht. Ein Grund-*

L'interesse di Kelsen per il confronto tra Bund e Länder è ulteriormente testimoniato dalla pubblicazione, di poco antecedente all'apertura della Conferenza di Salisburgo, dell'articolo *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung (Il progetto della costituzione austriaca)*, apparso anonimo per la «Neue Freie Presse».<sup>63</sup>

Secondo Kelsen, il «progetto» di Mayr nasceva dal tentativo di risolvere la pericolosa contrapposizione tra Bund e Länder, o meglio tra lo «stato unitario», sancito dalla legge costituzionale del 30 ottobre 1918, e «le richieste particolaristiche» delle Regioni, che rivendicavano la loro originaria sovranità.<sup>64</sup> Kelsen aveva già sottolineato questa contraddizione in un altro breve articolo, apparso anch'esso anonimo sulla «Neue

*riss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Wien, 1923, p. 161. Cfr. G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen* cit., pp. 106-107.

<sup>63</sup> *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung* apparve sulla «Neue Freie Presse» l'11; 12; 14 e 17 febbraio 1920, ed è stato attribuito da Schmitz a Kelsen. Non solo lo stile argomentativo è identico a quello del giurista, ma gli stessi passaggi in cui viene criticata duramente la pretesa dei Länder a definirsi «oggetti di sovranità» ricompaiono, in maniera pressoché identica, in successivi contributi kelseniani dedicati alla formazione della prima repubblica austriaca, come *Die Verfassung Deutschösterreichs (La costituzione dell'Austria tedesca)*, pubblicato per lo «Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart» nel 1922.

<sup>64</sup> H. Kelsen, *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung* cit., p. 314. In un breve commento sulla costituzione austriaca pubblicato nel 1919 sulla «Zeitschrift für öffentliches Recht» il giurista osservava: «Questa idea di un contratto tra i Länder fondante lo stato è un elemento della teoria confederale che è inconciliabile con lo stato unitario sancito dalla decisione costituzionale [del 30 ottobre 1918]. La contraddizione tra un principio centralizzato ed uno estremamente federalistico, che condiziona l'intero sviluppo politico del giovane stato austriaco, è per così dire un parto sbagliato, i cui effetti minacceranno costantemente l'esistenza di questo stato». H. Kelsen, *Die Verfassung Deutschösterreichs*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», 1919, p. 260. Alcuni anni più tardi, nel 1923, la soluzione federale sarebbe apparsa a Kelsen un rimedio a quel «parto» mal riuscito: «la contrapposizione tra lo stato unitario centralizzato ed una Confederazione di stati costituitasi attraverso la spontanea adesione dei Länder indipendenti [...], che condizionò l'intero sviluppo politico della giovane repubblica austriaca, poteva trovare la sua soluzione solo in una costituzione federale che avrebbe unito le forme federali con la corrispondente unità del tutto», H. Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt* cit., p. 160. Le ultime tre frasi del passaggio appena citato erano già comparse nel capitolo VIII, «Die Entstehung der Bundesverfassung» (la nascita della costituzione federale), del breve saggio *Die Verfassung Österreichs (La costituzione d'Austria)* pubblicato nel 1922; cfr. H. Kelsen, *Die Verfassung Österreichs*, «Jahrbuch des öffentlichen Rechts», 1922, p. 236.

Freie Presse» nel gennaio del '20, ed intitolato *Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages* (Sul progetto costituzionale dell'Assemblea regionale tirolese).<sup>65</sup>

Come nel contributo sul progetto costituzionale del Tirolo, anche nell'articolo su *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung*, Kelsen ricordava che lo stato federale austriaco non era nato dopo che i Länder avevano ceduto la loro originaria sovranità alla nuova autorità centrale, bensì sulla base della concreta necessità di preservare l'unità dello stato contro le loro spinte centrifughe:

Se gli svizzeri attribuiscono una così grande importanza alla loro individualità, fanno ciò a diritto, poiché prima dei Cantoni non esisteva nessuno stato e poiché quello stesso stato nacque in seguito ad un progressiva condivisione di una esistenza comune. Da noi lo stato è un tutto, una unità.<sup>66</sup>

Il carattere intrinsecamente unitario dello stato austriaco, di cui la organizzazione federale diventava, per Kelsen, una mera declinazione resa necessaria da eventi contingenti,<sup>67</sup> lo induceva a rigettare l'equiparazione tra Camera centrale e Camera federale.<sup>68</sup> Kelsen dimostrava così una ostilità preconcepita verso i Länder, e proponeva di attivare una Corte costituzionale alla quale, come già osservato in *Die Stellung der Länder*, poteva appellarsi esclusivamente il governo federale contro leggi anticostituzionali dei Länder.<sup>69</sup> *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung* non solo conteneva molti dei temi dibattuti alla Conferenza di Salisburgo,<sup>70</sup>

<sup>65</sup> H. Kelsen, *Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages*, «Neue Freie Presse», 10-13. Jänner 1920, in G. Schmirz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...* cit., p. 311-312.

<sup>66</sup> H. Kelsen, *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung* cit., p. 317. Sul tema cfr. W. Brandner, *Das Verhältnis Gesamtstaat-Länder und die Entstehung der Republik Deutschösterreich*, in *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder* cit., pp. 29-31.

<sup>67</sup> Tra il 1923 e il 1924, Kelsen avrebbe ribadito che, contrariamente alle pretese dei Länder, in Austria era nato uno stato unitario «organizzato federalmente». H. Kelsen, *La giurisdizione costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale secondo la nuova costituzione austriaca del 1° ottobre 1920* (trad. in di Id., *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*), in H. Kelsen, *La giustizia costituzionale* cit., p. 7 ss.

<sup>68</sup> H. Kelsen, *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung* cit., p. 318 ss.

<sup>69</sup> Ivi, cit., p. 321.

<sup>70</sup> Ad esempio, i poteri di cui avrebbe goduto la seconda Camera, il rapporto tra diritto federale e regionale e il contributo dei Länder alla formulazione della costituzione.

ma anticipava anche le motivazioni che, in quella occasione, i delegati socialdemocratici avrebbero avanzato per criticare il progetto federale.

I cristiano-sociali e i tedesco-nazionali, in particolare i deputati del Tirolo e del Voralberg, ritenevano che la futura costituzione dovesse essere decisa sulla base di un «patto» tra Länder e istituzioni centrali perché, a loro giudizio, lo stato proclamato il 30 ottobre 1918 era sorto sulla base di un «contratto» tra l'Assemblea nazionale e i Länder; di qui veniva ribadita la necessità di istituire una seconda Camera con pieni poteri. Sul fronte opposto si collocavano i socialdemocratici che avrebbero accettato la Camera dei Länder solo se ad essa fosse stato attribuito un mero funzione di controllo.<sup>71</sup>

Il differente ruolo attribuito dai socialisti e dai conservatori alla rappresentanza dei Länder implicava, come compreso da Kelsen, una differente concezione della sovranità. Laddove i partiti conservatori ritenevano che il nuovo stato si fondasse sui Länder, che avevano trasferito la loro originaria sovranità agli organi centrali, i socialdemocratici individuavano nel popolo austriaco la fonte principale della sovranità.<sup>72</sup>

In tal senso, la richiesta avanzata dai socialdemocratici alla Conferenza di Salisburgo, e da Kelsen nel suo *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung*, che la Camera dei Länder avesse un ruolo limitato, equivaleva ad affermare che non i Länder, bensì il popolo, e l'organo legislativo da esso eletto direttamente, erano da considerarsi gli elementi portanti del nuovo stato.<sup>73</sup>

È opportuno sottolineare che, rispetto ai socialdemocratici, nei suoi interventi dedicati alla Corte costituzionale, Kelsen aveva posto sempre più enfasi sulla concentrazione della sovranità nella Assemblea nazionale, piuttosto che nel popolo. La Conferenza di Salisburgo si concluse con la

<sup>71</sup> H. Slapnicka, *Öberösterreich: für weitgehende Zusammenarbeit im Land und beim Bund*, in *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder. Demokratisierung und Verfassung in den Ländern 1918-1920* cit., p. 51; F. Ermacora, *Österreichischer Föderalismus vom patrimonialen zum kooperativen Staat* cit., p. 49.

<sup>72</sup> Lo stretto nesso tra sovranità popolare e stato unitario fu evidenziato dal socialdemocratico Friederich Austerlitz in un articolo pubblicato nel maggio del 1920 su «Der Kampf», intitolato *Der Lebenslüge der Verfassungsreform* (Le menzogne della riforma costituzionale), in cui la scelta federale era considerata la negazione stessa della sovranità popolare. F. Austerlitz, *Der Lebenslüge der Verfassungsreform*, «Der Kampf», 5. Heft, 1920, pp. 173-174.

<sup>73</sup> Ivi, pp. 45-46. È altresì da sottolineare che nel contributo apparso anonimo per la «Neue Freie Presse», Kelsen proponeva l'introduzione del referendum quale efficace

bocciatura del Progetto privato Mayr sia da parte dei cristiano-sociali, sia dei grande-tedeschi, già tedesco-nazionali.<sup>74</sup>

Con l'appoggio delle istituzioni centrali, Mayr convocò per la fine di aprile una seconda Conferenza dei Länder a Linz, dove si manifestarono le stesse divergenze dei mesi precedenti. Esattamente come avvenuto a Salisburgo, Mayr formulò una bozza di costituzione (Progetto di Linz)<sup>75</sup> che, nelle sue intenzioni, avrebbe dovuto rappresentare un compromesso tra le posizioni dei conservatori e dei socialisti.<sup>76</sup> Mayr sembrava però consapevole che il ruolo e le istanze dei Länder non potevano essere del tutto sacrificati agli interessi del Bund e delle forze politiche critiche verso il federalismo, cosicché nella sua bozza costituzionale recepì l'idea espressa nel progetto costituzionale del Tirolo, per cui il Governo centrale poteva appellarsi alla Corte costituzionale contro una legge anticostituzionale di una Assemblea regionale, così come un governo regionale poteva contestare alla Corte costituzionale una legge federale anticostituzionale.<sup>77</sup> La Conferenza di Linz segnò un passaggio importante nel dibattito tra Regioni e Centro sulla Corte costituzionale e sulla questione istituzio-

strumento per la «realizzazione del principio democratico». H. Kelsen, *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung*, in G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...* cit., p. 319.

<sup>74</sup> K. M. Schmidlechner, *Die steierische Presse und die Bundesverfassung*, in *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder: Demokratisierung und Verfassung in den Ländern 1918-1920* cit., p. 148. Il «progetto personale Mayr» fu bocciato dai cristiano-sociali, dai grande-tedeschi contrari ad un Esecutivo eccessivamente centralizzato, sia dai socialdemocratici critici verso il bicameralismo così come era stato concepito nel progetto. *Ibidem*.

<sup>75</sup> Nel contenuto, il progetto del ministro coincideva con il K-III e il K-VI e, come questi, appariva molto più favorevole al Bund che non ai Länder; inoltre, analogamente a quanto previsto nelle due bozze costituzionali di Kelsen, alla Camera dei Länder veniva riconosciuto soltanto il diritto di obiezione alle proposte della Camera federale, il Bundestag. G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen* cit., pp. 73-74.

<sup>76</sup> I socialdemocratici ribadirono che avrebbero accettato la soluzione federale solo se l'amministrazione fosse stata democratizzata e se fosse stato adottato il monocameralismo, poiché soltanto in questo senso sarebbe stata rispettata il principio della sovranità popolare. Alla SPÖ continuava ad opporsi la CSÖ che difendeva, invece, la divisione delle competenze e la priorità del diritto regionale su quello federale. F. Ermacora, *Österreichischer Föderalismus vom patrimonialen zum kooperativen Staat* cit., pp. 46-47.

<sup>77</sup> *Linzer Entwurf*, in F. Ermacora (hrsg.) *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920)*, Wien, Horn, 1967, p. 139. La ricezione nel progetto Mayr della Corte

nale poiché, dopo la chiusura dei lavori, la scrittura della costituzione austriaca<sup>78</sup> passò definitivamente ai partiti e, in particolare al Centro.<sup>79</sup>

### 5.3 La stesura della Costituzione austriaca: il contributo di Kelsen

Nell'estate del 1920 i cristiano-sociali, i socialdemocratici e i grande-tedeschi elaborarono tre nuovi progetti di costituzione, che testimoniavano efficacemente il grado di sviluppo raggiunto dal processo costituente austriaco e le principali tematiche teorico-politiche che lo caratterizzavano.

Tutti e tre i progetti, che furono resi pubblici tra la primavera e l'estate del 1920, prevedevano la soluzione federale, la presenza di una Camera federale e di una regionale e, infine, il ricorso alla Corte costituzionale. Entro la «cornice» rappresentata da queste tre istanze emergevano però notevoli differenze di contenuto, che sarebbero pervenute ad una sintesi (peraltro assai difficile) soltanto nel testo definitivo della costituzione. Nel maggio del 1920 i grande-tedeschi pubblicarono il loro progetto di costituzione che, in maniera più netta rispetto ai mesi precedenti, affermava il primato del Bund sui Länder.<sup>80</sup> Un sensibile spostamento a favore del Bund caratterizzava anche il progetto costituzionale della CSÖ pubblicato nel giugno dello stesso anno.<sup>81</sup>

costituzionale, come istanza suprema cui poteva appellarsi il governo federale contro leggi regionali anticostituzionali e il governo regionale contro le leggi federali, non era contemplata in nessuno dei progetti di Kelsen. Ciò potrebbe testimoniare come, nonostante le concrete e presenti analogie tra il progetto Mayr e i K-III e K-VI, sottolineate da Schmitz, il ministro cristiano-sociale avesse cercato di apportare un contributo più personale al progetto presentato a Linz.

<sup>78</sup> Per un commento puntuale sugli articoli della prima costituzione democratica austriaca cfr. R. Walter, *Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung*, «Schriftenreihe des Hans Kelsen Institut», 9 Bd, Wien, Manzsche Verlag- und Universitätsbuchhandlung, 1984.

<sup>79</sup> Immediatamente dopo la fine della Conferenza di Linz, Renner istituì un Comitato, da lui presieduto e composto dal vicescancelliere Fink, da Mayr e da Kelsen, il cui compito sarebbe stato formulare un progetto che sintetizzasse in maniera organica le posizioni espresse dai vari partiti a Linz. Il progetto fu in realtà pesantemente condizionato dallo stesso Renner, poiché, nonostante venisse accolta l'istanza federale, negava l'equiparazione tra Camera federale e Camera dei Länder. G. Schmitz, *Karl Renner's Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitische Folgen* cit., pp. 96-97; R. Palme, *op. cit.*, p. 87.

<sup>80</sup> *Gross-deutscher Entwurf*, in F. Ermacora, *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920)* cit., p. 97.

<sup>81</sup> La CSÖ aveva presentato un primo progetto costituzionale nell'estate del 1919, il cui contenuto era marcatamente a favore dei Länder: essi erano definiti «uguali tra

Ampio spazio veniva attribuito alla Corte costituzionale, cui spettava il diritto di pronunciarsi sia sulla «costituzionalità» delle leggi federali, sia su quella delle leggi regionali.<sup>82</sup> Nonostante venisse riconosciuto ai Länder il diritto di appellarsi alla Corte costituzionale, il progetto di costituzione socialdemocratico, stilato dal deputato Robert Dannenberg, e depositato alla Assemblea costituente il 7 luglio 1920, ribadiva il primato del Bund sui Länder.<sup>83</sup>

L'8 luglio 1920 venne infine pubblicato sulla «Wiener Zeitung» il progetto Renner-Mayr che, nel tentativo di conciliare il progetto di Linz redatto da Mayr con quello socialdemocratico di Dannenberg, prevedeva un bicameralismo molto moderato, insieme al riconoscimento della Corte costituzionale come istanza cui potevano appellarsi sia il Bund, sia i Länder.<sup>84</sup>

Contemporaneamente alla presentazione del progetto Renner-Mayr, il *plenium* dell'Assemblea costituente dichiarò che la scrittura definitiva

loro» e «indipendenti» entro i limiti della costituzione. La sezione V del progetto, dedicata al «potere legislativo», prevedeva che la «rappresentanza popolare» si costituisse in due Camere, la «Volkshaus», eletta direttamente dal popolo, e la «Ständehaus», composta dai rappresentanti dei Länder e da rappresentanti di organizzazioni consiliari e professionali. *Erster Christlichsozialer Entwurf*, in F. Ermacora, *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920)* cit., pp. 30-32; p. 36. Nel secondo progetto cristiano-sociale, redatto nel maggio del '20, la Camera dei Länder non prevedeva più la presenza di rappresentanti degli organismi professionali, a testimonianza della (difficile) adesione dei cristiano-sociali alla rappresentanza politica. *Zweiter Christlichsozialer Entwurf*, in F. Ermacora, *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920)* cit., pp. 142-143.

<sup>82</sup> Ivi, p. 151. Il progetto costituzionale della CSÖ attribuiva alla Corte costituzionale le competenze circa: 1) la «costituzionalità delle leggi»; 2) la legittimità dei decreti; 3) i conflitti giuridici tra la Federazione e i Länder e tra questi ultimi; 4) legittimità delle elezioni dei corpi rappresentativi; 5) violazione dei diritti costituzionalmente garantiti. *Ibidem*.

<sup>83</sup> *Sozialdemokratischer Entwurf*, in F. Ermacora, *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920)* cit., pp. 158-159. Nel progetto costituzionale presentato da Dannenberg la Camera federale, il Bundesrat, era definito «il più alto organo legislativo», mentre alla Camera regionale, il Bundesrat, spettava un mero «diritto di veto» che la Camera federale poteva facilmente superare votando per la seconda volta la legge proposta. *Ibidem*.

<sup>84</sup> *Renner-Mayr Entwurf*, in F. Ermacora, *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920)* cit., p. 189. Secondo Caravita, il riconoscimento sia ai Länder, sia al Bund di appellarsi alla Corte costituzionale era stato molto probabilmente dettato dalla «pressione» esercitata dai Länder attraverso le due Conferenze generali di Salisburgo e Linz. B. Caravita, *op. cit.*, p. 46. Riteniamo che questa pressione non si fosse limitata alle due Conferenze generali, ma si fosse chiaramente espressa anche in occasione dei colloqui interministeriali fra Renner e i governatori dei Länder.

della costituzione sarebbe passata ad una Sottocommissione costituzionale che avrebbe fatto riferimento al progetto di Linz, al progetto Dannenberg e a quello Renner-Mayr.<sup>85</sup> I lavori della Sottocommissione si articolarono in 18 sedute (11 luglio-23 settembre), durante le quali non solo prese forma la versione ultima della costituzione austriaca, ma soprattutto il modello definitivo di Corte costituzionale, cui Kelsen offrì un contributo originale e fondamentale.<sup>86</sup>

In seno alla Sottocommissione, la definizione del modello di Corte costituzionale e di controllo di costituzionalità si inserirono direttamente nel dibattito tra esponenti della SPÖ e della CSÖ sul tipo di rapporto che sarebbe intercorso tra Bund e Länder nella nuova costituzione. Sin dalle prime sedute i deputati socialdemocratici, in particolare Eldersch e Dannenberg, proposero che le competenze non chiaramente attribuite dalla costituzione ai Länder spettassero al Bund.<sup>87</sup> La pregiudiziale anti-Länder, che riemerse da parte socialdemocratica nelle prime sedute della Sottocommissione, trovava eco su «Der Kampf», dove comparve un articolo firmato da uno degli esponenti più autorevoli del mondo socialdemocratico austriaco, Max Adler, intitolato *Zur Verfassungsreform (Per la riforma della costituzione)*. In poche pagine Adler riproponeva la critica socialdemocratica al federalismo. In esso Adler vedeva un grave «pericolo» per «il superiore interesse della comunità», poiché avrebbe facilitato lo sviluppo e la diffusione di interessi particolaristici.<sup>88</sup>

<sup>85</sup> La Sottocommissione era composta dai socialdemocratici Eisler, Bauer, Eldersch, Dannenberg, dai cristiano-sociali Fink, Seipel, Aigner, Kunschack, dai grande-tedeschi Clessin e Schönbauer e dai giuristi Kelsen, Merkl, suo assistente all'Università, Mannlicher, Froehlich e Friedberger. G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato* cit., p. 188.

<sup>86</sup> F. Koja, *Il concetto di costituzione di Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco*, «Diritto e società», 1, 1981, pp. 97-98.

<sup>87</sup> Contraddicendo la parziale apertura presente nella bozza costituzionale dell'8 luglio, durante la sesta seduta della Sottocommissione (18 agosto) Dannenberg ripropose il moncameralismo. Al socialdemocratico si contrappose Mayr che, con l'appoggio dei rappresentanti grande-tedeschi, invitò l'intera Sottocommissione ad attenersi a quanto stabilito nel progetto di Linz e nelle due Conferenze dei Länder, dalle quali era emersa la necessità di dare rappresentanza ai Länder a livello federale. *Protokolle des Unterausschusses des Verfassungsausschusses*, in F. Ermacora, *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920)* cit., p. 304.

<sup>88</sup> M. Adler, *Zur Verfassungsreform*, «Der Kampf», 8, 1920, p. 297.

È interessante osservare come Adler difendesse la scelta unitaria con la medesima argomentazione usata da Kelsen in *Die Stellung der Länder* per criticare le «dichiarazioni di adesione». Come Kelsen, anche Adler osservava che queste erano state siglate *dopo* la creazione della Assemblea nazionale provvisoria. Per ciò, egli riteneva del tutto illegittime le pretese dei Länder e della CSÖ.<sup>89</sup>

Nel momento in cui tutti i partiti rappresentati nella Sottocommissione avrebbero dovuto accettare definitivamente la soluzione federale, esponenti della SPÖ riproponevano la loro adesione allo stato unitario in termini molto vicini a quelli utilizzati dallo stesso Kelsen. Nelle sedute successive della Sottocommissione la conformazione e le prerogative del parlamento federale costituirono la principale materia di discussione.<sup>90</sup> Come richiesto più volte dalla socialdemocrazia, la Sottocommissione assicurava il primato del potere legislativo su quello esecutivo, peraltro già sancito dalle prime leggi emanate dalla Assemblea nazionale provvisoria. In merito a ciò, intervenne lo stesso Kelsen che espose una serie di considerazioni, apparentemente slegate le une dalle altre, ma che in realtà erano accomunate dalla precisa volontà di sostenere la centralità del parlamento.

Secondo il giurista, la discontinuità politica tra la monarchia asburgica e la nuova repubblica democratica doveva essere sottolineata dalla adozione del termine «ministro» al posto di «segretario di stato» che, in epoca asburgica, designava un semplice «aiutante» dell'Imperatore, privo di responsabilità nei confronti del potere legislativo.<sup>91</sup> Se il primato del parlamento si esprimeva, tra l'altro, nella parlamentarizzazione del governo, Kelsen si chiedeva in quale modo potesse essere mantenuta la centralità del potere legislativo, nel caso in cui non fosse stato possibile formare il governo attraverso una decisione di maggioranza. Egli proponeva di sostituire, temporaneamente, il governo con una speciale «commissione» che svolgesse *ad interim* le funzioni del Consiglio di stato, lo «Staatsrat». <sup>92</sup> Kelsen confermava così non solo la sua opzione politica a favore del governo parlamentare ma riutilizzava, a distanza di quasi due anni, il termine e il concetto di «Staatsrat», che nei primi mesi di vita della

<sup>89</sup> *Protokolla des Unterausschusses des Verfassungsausschusses* cit., pp. 298-299.

<sup>90</sup> Nell'ottica di salvaguardare la centralità del parlamento federale, i socialdemocratici riuscirono a respingere la proposta avanzata dai grandi-tedeschi di eleggere direttamente il Presidente federale. Ivi, pp. 310-311.

<sup>91</sup> Ivi, pp. 352-353.

<sup>92</sup> Ivi, p. 354.

Assemblea provvisoria aveva indicato la netta subordinazione e dipendenza dell'organo esecutivo da quello legislativo.<sup>93</sup>

Laddove il maestro Jellinek era stato un feroce critico della parlamentarizzazione del governo,<sup>94</sup> il suo allievo esprimeva, a distanza di alcuni anni, una posizione del tutto opposta.

Sebbene lo stesso Kelsen avesse sottolineato come la momentanea sostituzione del governo con una «commissione parlamentare» sarebbe stata regolata da specifici articoli della costituzione, il «richiamo» allo «Staatsrat» venne respinto, considerato eccessivo dai conservatori.<sup>95</sup> La convinta adesione di Kelsen ad una repubblica democratica basata sul primato del legislativo, opzione che lo avvicinava fortemente ai socialdemocratici e a Renner, non gli faceva però dimenticare il problema della minoranza, che il giurista aveva già affrontato con grande attenzione nei suoi articoli sul sistema elettorale pubblicati tra 1918 e il 1919. La nuova costituzione doveva prevedere «Commissioni di inchiesta» che si sarebbero occupate di questioni che non competevano direttamente i tribunali indipendenti e che sarebbero state attivate su richiesta di 1/5 del parlamento, ossia su richiesta della minoranza. Kelsen proponeva così di introdurre la «Commissione d'inchiesta» come diritto della minoranza.<sup>96</sup> Nella Sottocommissione, il giurista si richiama ad un tema già presente nei suoi contributi sul sistema proporzionale: l'idea che la pratica parlamentare dovesse assicurare il riconoscimento della minoranza e il conseguente rapporto dialettico tra questa e la maggioranza.

Mentre le prime undici sedute della Sottocommissione erano state caratterizzate dal dibattito sul rapporto tra Bund e Länder dal punto di vista della divisione delle competenze, dei poteri e delle prerogative dell'organo legislativo ed esecutivo, le successive ed ultime sette sedute furo-

<sup>93</sup> Cfr. Cap. 2.

<sup>94</sup> *Protokolla des Unterausschusses des Verfassungsausschusses* cit., p. 354.

<sup>95</sup> *Ibidem* A testimonianza della completa adesione di Kelsen ad una pratica parlamentare di governo, ricordiamo che alla fine della undicesima seduta della Sottocommissione Kelsen auspicò l'istituzione dei cosiddetti «sottosegretari», grazie ai quali sarebbe stato garantito un maggiore controllo del parlamento sul governo. Ivi, p. 356.

<sup>96</sup> Ivi, p. 352. Kelsen diceva di essersi ispirato alla Costituzione di Weimar, che riconosceva alla minoranza il diritto di richiedere l'intervento di Commissioni di inchiesta. *Ibidem* Alle considerazioni di Kelsen si oppose il grande-tedesco Clessin, presidente di turno della Sottocommissione, secondo cui la minoranza poteva utilizzare in maniera impropria questo diritto per realizzare una «opposizione faziosa». L'art. 48 sulla istituzione delle commissioni di inchiesta fu accolto, ma non nella forma richiesta da Kelsen. *Ibidem*

no dedicate alla giurisdizione costituzionale che, sin dall'inizio del processo costituente, era stata correlata, dagli stessi Renner e Kelsen, alla regolamentazione dei rapporti tra Länder e Bund.<sup>97</sup> Relativamente all'introduzione della Corte costituzionale e del sistema di giustizia costituzionale definitiva, la Sottocommissione e lo stesso Kelsen utilizzarono come iniziale modello di riferimento gli articoli 149 e 150 del progetto Linz.<sup>98</sup>

Proprio come stabilito nell'art. 150, la Sottocommissione, e con esso lo stesso Kelsen, riaffermarono che la Corte costituzionale avrebbe deciso sulla illegalità dei decreti di una autorità federale o regionale su proposta di un tribunale, sulla illegalità di decreti di autorità regionali su proposta del governo federale, sulla legalità di decreti delle autorità federali su proposta di un governo regionale.<sup>99</sup> Durante la tredicesima seduta della Sottocommissione (31 agosto), Kelsen chiese inoltre di definire la Corte costituzionale «oggettivo difensore della costituzione», in virtù della cosiddetta «procedura d'ufficio», che prevedeva «la possibilità di autoattivazione del Tribunale costituzionale rispetto a leggi o regolamenti che costituiscono il "presupposto" della sua decisione».<sup>100</sup>

La «procedura d'ufficio», che rappresentò il contributo più innovativo offerto da Kelsen (e dai suoi assistenti nella Cancelleria di stato) alla Corte costituzionale, completava e realizzava pienamente quel concetto di «protezione della costituzione» che Kelsen aveva cominciato a indicare sin dagli inizi del 1919.<sup>101</sup> Nel 1920 tale protezione non implicava più il pregiudizio anti-Länder, per il semplice fatto che anche ad essi, dopo i ripetuti scontri tra CSO e SPÖ, era stato concesso il diritto di appellarsi alla Corte costituzionale.

<sup>97</sup> Nelle ultime sette sedute vennero discussi gli articoli riguardanti la giustizia amministrativa e quella costituzionale. Sulla giustizia amministrativa fu accolto l'articolo corrispondente del progetto di Linz, in base al quale il Tribunale amministrativo decideva su violazioni di diritto perpetrate da autorità amministrative federali o regionali. Ivi, p. 366.

<sup>98</sup> Ivi, p. 364.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> Come stabilito da Kelsen, la Corte costituzionale si sarebbe auto-attivata, ad esempio, nel caso in cui uno o più cittadini avessero chiesto l'intervento della Corte contro un atto amministrativo lesivo di un diritto costituzionalmente garantito. G. Bongiovanni, *Rechtstheorie e dottrina giuridica dello stato* cit., p. 190.

<sup>101</sup> Ivi, p. 192. Nell'ultima seduta della Sottocommissione venne stabilita la ricezione della tradizione imperiale sui diritti fondamentali e di libertà: vennero così adottate la legge nr. 67 del 27 ottobre 1862 sulla protezione della libertà personale, la legge del 27 ottobre 1862 nr. 88 sulla tutela del diritto proprietario, la legge nr. 211 del 3 aprile 1919 sulla *diens an Staat und Recht*, cit., pp. 127-132; G. Storz, *daco-*

L'innovazione apportata da Kelsen alla Corte costituzionale non suscitò alcun tangibile interesse da parte dei partiti politici, che erano stati i veri protagonisti del processo costituente. Durante le ultime due sedute della Assemblea nazionale costituente (29, 30 settembre 1920) i socialdemocratici, da un lato, e i cristiano-sociali e i grande-tedeschi dall'altro continuarono a polemizzare e a scontrarsi sulla ragionevolezza o meno della scelta federale, sulla subordinazione della Camera dei Länder a quella federale, sulla legittimità delle rivendicazioni dei Länder all'indipendenza dopo la fine della «prammatica sanzione». L'introduzione della «procedura d'ufficio» non venne contemplato in nessuna delle ultime due riunioni dell'Assemblea costituente.<sup>102</sup>

L'ideazione della «procedura d'ufficio», che venne immediatamente accettata dalla Sottocommissione, non costituì, però, l'unico contributo del giurista alla nuova costituzione. Non solo la suddivisione in capitoli della costituzione definitiva ricalcava esattamente quella del K-I, ma anche lo stesso principio della «legalità dell'amministrazione», ossia del vincolo della amministrazione al rispetto delle leggi, era stato fortemente voluto e condiviso da Kelsen.<sup>103</sup> Con ciò, egli difendeva una democrazia politica

minazione della Casa reale d'Asburgo e dei titoli e dei privilegi nobiliari e infine le disposizioni contenute nel trattato di St. Germain. Kelsen chiese di respingere la legge del 21 dicembre 1867 e quella del 5 maggio 1869, poiché prevedevano, rispettivamente, la sospensione dei diritti fondamentali e il cosiddetto «stato d'eccezione». *Protokolle des Unterausschusses des Verfassungsausschusses* cit., p. 498. Nei suoi progetti di costituzione, Kelsen aveva affrontato la questione dei diritti di libertà e dei diritti sociali, quest'ultimi, in particolare, furono contemplati a partire dal K-III, il più vicino al modello della costituzione weimariana. Il problema dei diritti sociali accomunava trasversalmente socialdemocratici, nazionalisti e cristiano-sociali, e fu proprio da parte socialista che venne a Kelsen la richiesta di introdurre nei progetti costituzionali anche il diritto del lavoro. Il segretario personale di Renner, Ludwig Brügel, scriveva al Cancelliere, impegnato allora nelle trattative di pace: «al Prof. Kelsen, che mi ha mostrato la sua bozza di progetto costituzionale, ho proposto di introdurre tra i diritti fondamentali anche il diritto del lavoro, proposta che sicuramente incontrerà la tua approvazione. Egli si occuperà di trovare una forma adatta». *Brief von L. Brügel zu K. Renner, 15. July 1919*, in G. Schmitz, *Briefe aus St. Germain un ihre rechtspolitische Folgen* cit., p. 32.

<sup>102</sup> Nel suo intervento del 29 settembre, Ignaz Seipel riconosceva alla Corte costituzionale la capacità di regolamentare e di mantenere un efficace equilibrio tra Bund e Länder. Mentre, in aperta polemica con la scelta federale, il socialdemocratico Dannenberg attribuiva al nuovo organo il compito di preservare l'unità dello stato contro le eventuali spinte separatistiche dei Länder. *Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung* cit., p. 3382 ss.

<sup>103</sup> T. Öhlinger, *Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie*, in Im

basata sulla centralità della legge parlamentare (e del parlamento). L'adesione di Kelsen ad un sistema democratico fondato sul primato del parlamento, che era già chiaramente contenuta nei suoi articoli sul sistema proporzionale, e che si era palesata anche nei suoi interventi nella Sottocommissione, appare correlata inoltre al suo progetto di Corte costituzionale.

Come abbiamo osservato, le proposte di Kelsen attorno alla Corte costituzionale scaturirono anzitutto dai concreti problemi posti dal rapporto tra Bund e Länder, dinanzi al quale egli prese una posizione netta a favore delle istituzioni centrali ed estremamente critica nei confronti dei Länder che, con le loro pretese di «partire» la nuova costituzione, con la rivendicazione di una loro originaria sovranità, gli apparivano forze destabilizzatrici che avrebbero potuto pregiudicare l'esistenza stessa dello stato. La riflessione kelseniana sulla Corte costituzionale, sviluppatasi tra il 1918 e il 1920, che non era certamente né organica, né sistematica, né approfondita, scaturiva essenzialmente dal timore di Kelsen che i Länder attuassero un movimento separatista. In ciò è probabilmente racchiuso il senso della Corte costituzionale kelseniana del 1920: essa è la stessa «procedura d'ufficio» furono allora concepiti come strumenti per proteggere l'intrinseca unità dello stato che, per Kelsen, era stata sancita dalla rivendicazione della sovranità da parte dell'Assemblea nazionale e riaffermata dalla costituzione approvata il 1° ottobre 1920, che era stata elaborata e infine approvata da un organo unitario, l'Assemblea costituente.<sup>104</sup>

<sup>104</sup> Dienst an Staat und Recht, cit., pp. 127-132; G. Stourzh, *Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die österreichische Demokratie* cit., p. 22. In tutti e sei i progetti costituzionali redatti da Kelsen veniva contemplato il principio della legalità della amministrazione.

<sup>104</sup> T. Ohlinger, *Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie* cit., pp. 125-127-14, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Bundesverfassung in Sozialdemokratie und Verfassung* cit., p. 175.

## CAPITOLO 6

### La prima edizione di *Essenza e valore della democrazia*.

#### 6.1. Alcune considerazioni introduttive

Nell'anno in cui venne promulgata la prima costituzione democratica d'Austria, l'editore Paul Siebeck pubblicò un breve saggio di Hans Kelsen, intitolato *Essenza e valore della democrazia (Vom Wesen und Wert der Demokratie)*, che sarebbe stato riedito in forma ampliata e come volume autonomo nel 1929.

Quasi a suggello del difficile cammino che, nell'arco di due anni, aveva portato alla nascita della prima repubblica austriaca, Kelsen dava alle stampe un'opera che, già nel titolo, sembrava voler dare profondità teorica alla questione della democrazia come sistema politico e di potere.

*Essenza e valore della democrazia* non fu il mero esercizio di scrittura di un affermato giurista e studioso di diritto; essa scaturì anzitutto dal bisogno del suo autore di confrontarsi con la democrazia politica e con i suoi meccanismi non più dal punto di vista del consulente per gli affari costituzionali, dell'esperto convocato dalle più alte cariche dello stato austriaco, bensì dal punto di vista del pensatore politico che, sollecitato dalle trasformazioni costituzionali e politiche del suo tempo, voleva *comprendere* la democrazia, afferrarne l'*essenza* e difenderne il *valore*. Il saggio del 1920 non è solo il punto di arrivo di un percorso intellettuale iniziato con gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e che attraversa le trasformazioni politiche austriache, ma presenta anche una serie di considerazioni e intuizioni che lo rendono un'opera nuova e originale rispetto alle esperienze precedenti, di grande spessore teorico.

*Essenza e valore della democrazia* è strutturata in brevi capitoli che, con straordinaria chiarezza e concisione, affrontano le caratteristiche essenziali e le "qualità" della democrazia parlamentare. Dopo una prima parte dedicata alla distinzione tra «democrazia ideale» e «democrazia reale», Kelsen analizza quello che egli ritiene uno dei grandi problemi della democrazia moderna, ossia la rappresentanza parlamentare.<sup>1</sup> Di questa il giurista studia il significato politico, il suo nesso con il sistema proporzionale, con la libertà politica, i suoi limiti, per comparare poi, nella seconda parte del saggio, la democrazia rappresentativa di matrice euro-

<sup>1</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 3-22; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 3-19).

pea al sistema bolscevico che, dalla lontana Russia, annunciava la nascita della «vera» democrazia.<sup>2</sup>

Elemento fondante di *Essenza e valore della democrazia* è una carica ideale molto forte che testimonia l'adesione personale di Kelsen alla democrazia moderna e rappresentativa come la migliore forma di convivenza politica e civile. Gran parte di questi temi ricompaiono successivamente nella versione ampliata del saggio, pubblicata nel 1929, che è riuscita ad «offuscare» l'edizione del 1920.<sup>3</sup>

La storia di *Essenza e valore della democrazia* è quella di un'opera passata sostanzialmente inosservata, cui la critica italiana e internazionale, molto più interessate ad analizzare l'edizione finale e ampliata del 1929, hanno prestato scarsa attenzione. Nel 1998, è ricomparsa una nuova traduzione italiana della seconda *Essenza e valore della democrazia*, curata da Barberis che, pur ricordando la prima versione dello scritto kelseniano, ha però finito per schiacciarsi su quella apparsa alla fine degli anni '20:

...nel primo *Essenza e valore della democrazia* si trovano già molti dei motivi che torneranno nei lavori successivi, dall'esordio sulla crisi dei valori della "grande Rivoluzione francese [...] questa fonte eterna della democrazia", all'idea di libertà e non a quella di eguaglianza, dalla critica alla sovranità e della rappresentanza all'opposizione fra democrazia e autocrazia, sino all'apologo finale di Cristo e Barabba. Rispetto ai testi immediatamente successivi, peraltro, il lavoro si segnala sia per un certo qual radicalismo, sia per il carattere più astratto e filosofico.<sup>4</sup>

Il generale disinteresse per la prima *Essenza e valore della democrazia* dipende da molteplici fattori, uno dei quali, a nostro giudizio, è strettamente connesso con la struttura e il contenuto del testo. Alcune delle parti di *Essenza e valore della democrazia* ricompaiono, in maniera pressoché immutata, nella edizione del 1929, elemento che ha molto probabilmente indotto buona parte della critica a considerare il saggio del 1920 solo come una sorta di "bozza", di "testo preparatorio" alla versione definitiva.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 23-52; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 15-36).

<sup>3</sup> Per una presentazione generale della seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia* mi permetto di rinviare al mio *La «democrazia» di Hans Kelsen: tra procedura ed etica*, «Il Pensiero politico», 36, 2, 2003, pp. 235-272.

<sup>4</sup> M. Barberis, *Introduzione* cit., p. 22.

<sup>5</sup> A questa letteratura critica appartengono il già ricordato M. Barberis *Introduzione* cit.; G. Gavazzi, *Dalla libertà anarchica alla libertà democratica* cit., Id., *Introduzione*

Anche laddove si è cercato di contestualizzare *Essenza e valore della democrazia* con maggiore precisione sono stati esaminati solo alcuni aspetti, in particolare la critica che Kelsen muove alla democratizzazione della amministrazione e, peraltro, in termini "tecnici" o comunque riconducibili alla filosofia del diritto e allo studio del diritto amministrativo.<sup>6</sup>

Esiste anche una ragione più propriamente "storica" che permette di spiegare il perché della preferenza accordata alla seconda *Essenza e valore della democrazia*, una ragione che dipende dal contesto storico-politico in cui l'edizione definitiva del saggio fu concepita e pubblicata. La seconda *Essenza e valore della democrazia* apparve in un periodo particolare per l'Europa e per l'Austria: in Italia il partito fascista aveva conquistato il potere nel 1922; in Germania la crisi economica del '29 aveva mostrato in tutta la sua drammaticità quanto fossero deboli e impreparate le istituzioni weimariane; nella giovane repubblica austriaca, infine, le forze conservatrici, in particolare la CSÖ, erano riuscite a far approvare al parlamento una prima importante riforma della costituzione del 1920, con cui venivano rafforzate le prerogative del governo a scapito dell'organo legislativo.<sup>7</sup>

In un momento storico e politico in cui, come osserva Mastellone, il fascismo aveva oramai trionfato in Italia, in cui la democrazia politica, basata sul riconoscimento dei diritti e delle libertà fondamentali, era radicalmente attaccata da movimenti antisistema, in cui la rappresentanza parlamentare appariva come un mero strumento per consegnare il potere ad una élite incapace e irresponsabile, la seconda *Essenza e valore della*

*democrazia* di H. Kelsen, *La democrazia* cit., L. Rizzi, *Legittimità e democrazia. Studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1990; R. De Capua, *op. cit.*, G. Pecora, *La democrazia di Hans Kelsen* cit., C. M. Herrera, *Kelsen et le libéralisme*, in *Le droit, le politique autour de M. Weber, Hans Kelsen et Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan, 1995; Id., *La théorie politique et juridique chez Hans Kelsen*, cit. Le interessanti analogie tematiche che pur esistono tra le due edizioni del saggio permettono di utilizzare una parte della letteratura critica sulla seconda *Essenza e valore della democrazia* per commentare alcuni significativi passi della prima *Essenza e valore della democrazia*.

<sup>6</sup> Due importanti esempi in tal senso sono G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e costituzione austriaca* cit., specie p. 215 ss e B. Sordi, *op. cit.* specie pp. 317 ss. Entrambi, e segnatamente Sordi, comparano la concezione kelseniana di amministrazione che, in parte emerge proprio da *Essenza e valore della democrazia*, con la tradizione tedesca e austriaca di diritto amministrativo, in particolare con quella incarnata da Otto Mayer.

<sup>7</sup> A. Diamant, *op. cit.*, pp. 165-166; G. Gaeta, *Democrazie e totalitarismi dalla prima alla seconda guerra mondiale. Profili di storia contemporanea 1918-1945*, Bologna, Il Mulino, 1984, pp. 181-213; W. Goldinger-D. A. Binder, *op. cit.*, pp. 157-158; G. Botz, *op. cit.*, pp. 28-30.

democrazia, con la sua appassionata difesa della democrazia parlamentare, appariva una delle rare "voci" fuori dal coro, e, proprio per questo, esemplificativa della opposizione ai regimi dispotici.<sup>8</sup>

Al contrario, la prima *Essenza e valore della democrazia* non venne concepita e pubblicata in un periodo di rottura o di gravi tensioni, almeno non paragonabili a quelle successive alla metà degli anni '20. Essa veniva alle stampe nell'anno in cui, dopo continui e aspri dibattiti tra i grandi «Lager» politici austriaci, la nuova repubblica democratica si dava una costituzione, una legge fondamentale basata sulla centralità del parlamento e sulla garanzia dei diritti politici e civili.

Nonostante la "sfortuna" letteraria che l'ha caratterizzata per tanti anni, riteniamo che la prima *Essenza e valore della democrazia* non sia una mera bozza della versione ampliata del 1929; essa è un testo degno di attenzione e di essere "interrogato", per comprendere meglio quali siano i concreti fattori che inducono il giurista a pubblicare il saggio proprio nel 1920; quale tipo di rapporto intercorra tra questo e l'interesse di Kelsen per il processo costituzionale, in particolare per il sistema elettorale e la creazione della Corte costituzionale; quale sia la collocazione teorico-politica di *Essenza e valore della democrazia* rispetto alle considerazioni sul parlamento formulate da Kelsen negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e negli articoli sul sistema proporzionale; quale siano, invece, gli elementi nuovi che intervengono nell'opera del 1920. Un'analisi che sappia cogliere quegli aspetti e quelle considerazioni che rendono *Essenza e valore della democrazia* non solo il punto di arrivo di un percorso teorico-politico iniziato con la polemica *Habilitationsschrift* del 1911, ma anche l'espressione di una vera e propria concezione della democrazia politica.

## 6.2. *Essenza e valore della democrazia* (1920).

Il principale interesse e obiettivo di Kelsen in *Essenza e valore della democrazia* era comprendere come fosse possibile e realizzabile la democrazia intesa quale ordinamento politico, o meglio, in che termini la democrazia ideale si trasformasse in democrazia reale.<sup>9</sup> A tale questione il giurista dedicava i primi due capitoli del saggio.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> S. Mastellone, *Storia della democrazia in Europa dal XVIII al XX secolo* cit., 2004, pp. 264 ss; G. M. Bravo, *Il pensiero politico del Novecento*, Casale Monferrato, Piemonte, 1994, pp. 203-206.

<sup>9</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 3-4; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 4-5).

<sup>10</sup> Il contenuto dei primi due capitoli di *Essenza e valore della democrazia* è riproposto nel capitolo iniziale della seconda *Essenza e valore della democrazia*, "La libertà" in H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929) cit., pp. 45-55.

Sul piano ideale, Kelsen individuava due istinti «primordiali» alla base della democrazia: l'istinto alla massima libertà, intesa come perfetta autodeterminazione del soggetto, e l'istinto alla massima eguaglianza.<sup>11</sup>

Perciò, osserva Mock, la libertà, tema presente in maniera più o meno esplicita in tutti i contributi kelseniani dedicati alla democrazia, diventa una sorta di «premessa antropologica».<sup>12</sup> Kelsen riconosceva, altresì, che entrambi questi istinti, nella loro assolutezza, contrastavano con la necessità di «lasciarci dominare» se «nella realtà vogliamo restare uguali».<sup>13</sup>

La democrazia reale veniva così concepita da Kelsen come quel particolare sistema politico che permette di conciliare l'istinto alla libertà con l'obiettiva necessità dell'ordine sociale, attraverso un cambiamento di segno nel concetto di libertà.<sup>14</sup> Come puntualizza Pecora, nella democrazia ideale immaginata da Kelsen, la libertà non è mai «categoria sociale», non può trasformarsi in un principio in grado di regolare la vita politica proprio perché è una libertà «anarchica».<sup>15</sup> Essa dovrà tra-

<sup>11</sup> Leggiamo: «nell'idea di democrazia [...] si uniscono due supremi postulati della nostra ragion pratica, due istinti primordiali del vivere sociale tendono al loro soddisfacimento. Uno è la reazione contro la coazione inerente allo stato sociale, la protesta contro la volontà estranea cui occorre assoggettare la propria, contro il tormento della eteronomia [...] il peso della volontà estranea, imposto dall'ordinamento sociale, viene sentito tanto più gravoso quanto più immediato è nell'uomo il sentimento primario del proprio valore, [...] quanto più elementare di fronte a colui che comanda è la reazione psichica di colui che è costretto all'obbedienza: è un essere umano come me, siamo eguali. Dov'è dunque il suo diritto a comandarmi?». H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 4-5; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 4).

<sup>12</sup> E. Mock, *Hans Kelsens Verhältnis zum Liberalismus*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit., p. 442.

<sup>13</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 5; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 5). Questo aspetto è efficacemente sottolineato da N. Matteucci in *Filosofi politici contemporanei* cit., pp. 68-69.

<sup>14</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 5; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 5).

<sup>15</sup> G. Pecora, *Il pensiero politico di Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 5; sul carattere anarchico della libertà nella teoria democratica di Kelsen cfr. G. Gavazzi, *Dalla libertà anarchica alla libertà democratica* cit., pp. 341-345; C. M. Herrera, *La théorie juridique et politique chez de H. Kelsen* cit., pp. 120-121; P. Pasquino, *Penser la démocratie: Kelsen a Weimar*, in C. M. Herrera, *Le droit, le politique...* cit., p. 124; L. Rizzi, *op. cit.*, p. 119 ss; G. Wielinger, *Demokratisches Prinzip, Parteienstaat und Legalitätsprinzip bei Hans Kelsen*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit., pp. 263-265; G. Pecora, *La democrazia di Hans Kelsen. Un'analisi critica* cit., p. 15 ss.

sfornarsi, perdere il suo iniziale carattere anarchico per conciliarsi con l'ordinamento sociale.<sup>16</sup>

Secondo Kelsen, il problema del passaggio dall'anarchia all'ordine era stato perfettamente colto da J. J. Rousseau, il «maggiore teorico» della democrazia politica, che, nel *Contratto sociale*, si era chiesto come trovare una forma di «associazione che protegga e difenda con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, mediante la quale ognuno unendosi a tutti gli altri non obbedisca tuttavia che a se stesso».<sup>17</sup>

Nella letteratura critica dedicata al Kelsen «pensatore politico» non è mai stato né osservato, né ricordato che il richiamo alla distinzione tra democrazia ideale e reale e, in particolare, il richiamo a Rousseau erano già apparsi nell'*Incipit* di *Das Proportionalwahlssystem*, articolo pubblicato da Kelsen su «Der österreichische Volkswirt» nel 1918.<sup>18</sup>

Come osserva Rizzi, «Kelsen riconosce a Rousseau il merito di aver formulato nella *autonomia* il principio democratico di legittimazione».<sup>19</sup> La soluzione proposta da Rousseau era il *Contratto sociale*:

*Ciascun di noi mette in comune la sua persona e tutto il suo potere sotto la suprema direzione della volontà generale; e noi, come corpo, ricambiamo ciascun membro come parte indivisibile del tutto.*<sup>20</sup>

Kelsen ricordava che, muovendo da questa particolare considerazione, Rousseau aveva proposto la «democrazia diretta» come quel sistema politico che rendeva possibile la conciliazione tra libertà politica, intesa quale autodeterminazione, e l'ordine sociale.<sup>21</sup> Ma proprio su questo specifico punto la «strada» di Kelsen divergeva da quella del Ginevrino; il giurista riteneva infatti che la democrazia potesse essere unicamente di tipo indiretto, dato che, nella realtà, era impossibile prendere decisioni alla «unanimità», concetto che, peraltro, come puntualizzava Kelsen, veniva utilizzato da Rousseau solo per la creazione del «contratto sociale».<sup>22</sup> Per

<sup>16</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 7-8; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 7).

<sup>17</sup> J. J. Rousseau, *op. cit.*, Lib. I, cap. VI, p. 93; Il brano tratto dal *Contratto sociale* è citato in *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 7, in *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 7.

<sup>18</sup> Cfr. Cap. 4.

<sup>19</sup> L. Rizzi, *op. cit.*, p. 119.

<sup>20</sup> J. J. Rousseau, *op. cit.*, Lib. I, cap. VII, p. 94.

<sup>21</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 7; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 7).

<sup>22</sup> *Ibidem* Scrive Kelsen a proposito: «Anche un apostolo della libertà come Rousseau

Kelsen, nella democrazia reale, le decisioni erano assunte solo e soltanto attraverso la regola della maggioranza.<sup>23</sup> Il giurista non voleva affermare che in democrazia la maggioranza governava mentre la minoranza era governata, quanto la necessità di ricorrere a questa particolare «legge» nel concreto processo decisionale.<sup>24</sup>

Nei *Contratto sociale*, cui Kelsen si richiamava così spesso in *Essenza e valore della democrazia*, Rousseau invocava l'unanimità solo per la formazione della comunità politica, e rinunciava ad essa quando esaminava il concreto funzionamento del regime democratico.<sup>25</sup>

Al di fuori di questo contratto originario la decisione della maggioranza obbliga sempre tutti gli altri; è una conseguenza del contratto stesso. [...] quando nell'assemblea del popolo si propone una legge cioè che si chiede loro non è precisamente se approvano o no la proposta, ma se questa è o non è conforme alla volontà generale, che è la loro volontà; ciascuno votando, dice il suo parere in proposito, e dal computo dei voti si ricava la dichiarazione della volontà generale. [...] Questo presuppone, è vero, che tutti i caratteri della volontà generale siano ancora nella maggioranza; quando smettono di esserci [...] non c'è più libertà.<sup>26</sup>

Rousseau finiva così per ammettere e giustificare la «coesistenza» tra la volontà generale che, scaturendo dal *Contratto sociale*, fondava la comunità politica, e la regola della maggioranza, che veniva adottata nell'effettivo processo decisionale. Nel passo appena citato, sintetizza Murra, Rousseau tenta di conciliare i due principi, apparentemente antitetici, attribuendo alla maggioranza (e alla regola della maggioranza) le «qualità della totalità». Per cui, nel sistema democratico immaginato da Rousseau, l'unanimità non sembra dipendere «dall'esito del potere decisionale», bensì da una sorta di adesione «necessaria» ai deliberati della maggioranza che agisce secondo la volontà generale e la rispecchia.<sup>27</sup>

au exige l'unanimità soltanto per il contratto originario che fonda lo stato». H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 9; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 6-7).

<sup>23</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 7-8; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 8).

<sup>24</sup> Per quanto riguarda la distinzione tra principio di maggioranza come governo dei più sui meno e principio di maggioranza come particolare procedura decisionale cfr. G. Sartori, *Democrazia. Cosa è?*, Milano, Rizzoli, 1995, p. 92.

<sup>25</sup> I. Fetscher, *La filosofia politica di Rousseau*, Milano, Feltrinelli, 1977, p. 112.

<sup>26</sup> J. J. Rousseau, *op. cit.*, Lib. IV, cap II, p. 175.

<sup>27</sup> V. Murra, *La teoria democratica del potere. Saggio su Rousseau*, Pisa, ETS, 1979, pp. 111-113. Su questo specifico aspetto del pensiero politico russoiano cfr. P. Casini,

La correlazione tra principio di maggioranza e volontà generale è completamente assente in *Essenza e valore della democrazia*. Kelsen escludeva anzitutto di poter comprendere e legittimare la regola della maggioranza sulla base dell'uguaglianza:

Se si tenta di dedurre il principio di maggioranza unicamente dall'idea di uguaglianza [...] esso sarebbe solo l'espressione formulata alla meglio di un dato dell'esperienza e cioè che i più sono più forti del meno; e il detto "la forza viene prima del diritto" sarebbe superato solo in quanto viene elevato esso stesso a principio giuridico.<sup>28</sup>

Secondo Kelsen, l'unica possibile giustificazione a questo principio era proprio la libertà; la stessa letteratura critica ha più volte sottolineato la legittimazione kelseniana del principio di maggioranza sulla base del concetto di libertà, che peraltro il giurista avrebbe riproposto in tutte le sue successive opere di teoria politica.<sup>29</sup>

*Il pensiero politico di Rousseau*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 83; I. Fetscher, *op. cit.*, pp. 112-113; R. Derathé, *Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 438-446. Per una interpretazione in chiave neokantiana del concetto di contratto sociale e volontà generale in Rousseau cfr. L. Rizzi, *op. cit.*, pp. 114-141; P. Pasqualucci, *Rousseau e Kant*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 253-303. Il molo svolto dal concetto di «interesse comune» nel processo decisionale democratico, così come questo viene immaginato da Rousseau, emerge chiaramente dal seguente passo del *Contratto sociale*: «Spesso c'è una grande differenza fra la volontà di tutti e la volontà generale; questa guarda soltanto all'interesse comune, quella all'interesse privato e non è che una somma di volontà particolari, ma eliminate da queste medesime volontà il più e il meno che si siedono e come somma delle differenze resta la volontà generale. Se [...] i cittadini non avessero alcuna comunicazione fra di loro, dal gran numero delle piccole differenze risulterebbe sempre la volontà generale e la deliberazione sarebbe sempre buona. Ma quando si formano delle consuetudine, delle associazioni particolari alle spese di quella grande, la volontà di ciascuna delle associazioni diviene generale in rapporto ai suoi membri e particolare rispetto allo stato». J. J. Rousseau, *op. cit.*, Lib. II, cap. IV, pp. 104-105.

<sup>28</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia cit.*, p. 11; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie cit.*, p. 9).

<sup>29</sup> N. Bobbio, *La regola della maggioranza*, in N. Bobbio, C. Offe, S. Lombardini, *Democrazia, maggioranza, minoranza*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 40-42; V. Frosini, *Maggioranza e minoranza nelle assemblee rappresentative*, in *Gli aspetti sociali delle istituzioni rappresentative (secoli XIX-XX)*, saggi a cura di V. Conti e E. Pili con Premessa di S. Mastellone, Firenze, CET, 1987, p. 15; W. Haun, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie. Grundlagen, Struktur, Begrenzungen*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1967, pp. 94-96; E. Möck, *op. cit.*, p. 443; E. Sciacca, *Interpretazioni della democrazia*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 45; G. Wielinger, *op. cit.*, pp. 263-264. Sulla giustificazione in termini di libertà della regola di maggioranza si appunta la critica di

Soltanto l'idea che – se non tutti – devono essere liberi almeno il maggior numero possibile di uomini, ossia dunque che il minor numero possibile di essi debbano trovarsi con la loro volontà dominante dell'ordinamento sociale – porta per una via razionale al principio di maggioranza.<sup>30</sup>

La giustificazione in termini di libertà del principio di maggioranza allontanava Kelsen non solo dalla concezione democratica rousseauiana, ma anche da quella del suo maestro all'Università di Vienna, Edmund Bernatzik.<sup>31</sup>

Nel suo articolo *Das Proportionalwahlsystem*, pubblicato nel 1918 su «Der österreichische Volkswirt», Kelsen aveva ricordato, tra le sue «fonti», un breve e denso saggio di Edmund Bernatzik, dedicato al *System der Proportionalwahl (Il sistema dell'elezione proporzionale)*, nel quale il costituzionalista aveva correlato il principio di maggioranza all'idea di uguaglianza, in modo del tutto opposto al Kelsen di *Essenza e valore della democrazia*:

se tutti sono uguali e capaci (e ciò è indubbiamente il fondamento della democrazia) allora non rimane altro mezzo per prendere decisioni che la conta di quanti hanno votato per una determinata opzione.<sup>32</sup>

È interessante osservare che in *Das Proportionalwahlsystem* del 1918 Kelsen non spiegava ancora il principio di maggioranza in base all'idea di libertà, molto probabilmente perché non aveva ancora coerentemente preso le distanze da Bernatzik.<sup>33</sup>

In *Essenza e valore della democrazia*, la libertà diventava il punto di vista, il parametro in base al quale comprendere e legittimare il principio

Bobbio, che definisce teoreticamente insufficiente la spiegazione addotta da Kelsen poiché, secondo lo studioso italiano, «non basta sapere che il principio di maggioranza massimizza l'autodeterminazione e quindi il consenso, ma occorre sapere quanti sono coloro che beneficiano di questi vantaggi». N. Bobbio, *La regola della maggioranza cit.*, p. 42. Bobbio non sembra considerare che, proprio a partire da *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen si era altresì posto questo preciso problema, attraverso una serie di considerazioni di cui ci occuperemo nel secondo paragrafo di questo capitolo.

<sup>30</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia cit.*, p. 11; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie cit.*, p. 9).

<sup>31</sup> Riferimenti a Edmund Bernatzik sono presenti nel Cap. 1.

<sup>32</sup> E. Bernatzik, *Das System der Proportionalwahl*, «Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Wirtschaft im Deutschen Reich», 17. Jg. hrsg. von G. Schmoller, Leipzig, Verlag Duncker & Humboldt, 1893, pp. 58-63.

<sup>33</sup> In *Das Proportionalwahlsystem*, pubblicato su «Der österreichische Volkswirt», Kelsen affermava di aver appreso la corretta funzione delle minoranze all'interno del

di maggioranza: non si dava mai una perfetta coincidenza tra la volontà dell'ordinamento sociale e quella dei singoli, ossia, non si dava mai la libertà come completa «autodeterminazione» dell'individuo, perciò, secondo Kelsen, il problema era far sì che il numero minore possibile di individui si trovasse in contrasto con la volontà dello stato.<sup>34</sup> La libertà anarchica del singolo individuo lasciava così il posto alla libertà politica del «collettivo sociale», che produceva il contenuto della volontà statale.<sup>35</sup> Come negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, anche in *Essenza e valore della democrazia* veniva ribadito che il contenuto della volontà statale era prodotto «umano». Ma, puntualizzava Kelsen:

nel momento in cui la libertà intesa come autodeterminazione politica nella democrazia non si riferisce più all'individuo ma alla collettività del popolo diventando così sovranità popolare, la libertà individuale si ritrae nella rappresentazione dei diritti innati e inalienabili dell'uomo e del cittadino.<sup>36</sup>

E, quindi, concludeva il giurista, «i diritti fondamentali diventano un requisito essenziale di ogni costituzione democratica».<sup>37</sup>

Il riferimento alla «carta dei diritti» che compariva in *Essenza e valore della democrazia* non era puramente «teorico». In qualità di consulente per gli affari costituzionali, Kelsen aveva espressamente chiesto che nella Costituzione austriaca fosse introdotta una speciale sezione dedicata ai *Grund- und Freiheitsrechte* (diritti fondamentali e di libertà), e che la Corte costituzionale si «autoattivasse» in merito alla protezione dei diritti

corpo legislativo grazie al saggio di Bernatzik, cui riconosceva il merito di aver chiarito che le minoranze non svolgevano tanto una funzione di controllo, come affermato, ad esempio, nella tradizione inglese, bensì quello di condizionare più o meno fortemente l'operato della maggioranza. Nonostante l'importante «debito» dell'allievo verso il maestro, le posizioni di Kelsen e di Bernatzik circa il sistema di votazione proporzionale erano divergenti: sin dagli articoli pubblicati tra il 1918 e il 1919, Kelsen era stato un convinto proporzionalista, mentre Bernatzik, già alla fine dell'800, si dichiarava contrario al meccanismo proporzionale. H. Kelsen, *Das Proportionalitäts-system* cit., p. 118; E. Bernatzik, *Das System der Proportionalwahl* cit., p. 60.

<sup>34</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 11; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 9).

<sup>35</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 13; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 10).

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 17. Questo aspetto è particolarmente sottolineato in C. M. Herrera, *La théorie juridique et politique chez Hans Kelsen* cit., pp. 221-222; E. Möck, *op. cit.*, pp. 443-444.

<sup>37</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 13; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 9).

<sup>38</sup> *Id.*, *op. cit.*, p. 5.

dei cittadini costituzionalmente garantiti.<sup>38</sup>

È da notare che il problema dei diritti fondamentali e di libertà non era stato minimamente sollevato negli articoli dedicati da Kelsen al sistema elettorale, mentre in *Essenza e valore della democrazia* esso veniva posto in relazione alla difesa dei cittadini contro gli abusi del potere. In tal senso, la questione dei diritti proposta nel saggio del 1920, appariva, in parte, il «precipitato» dell'esperienza fatta da Kelsen tra il 1919 e il 1920 come costituzionalista:

Essi [i diritti e le libertà fondamentali] servono sopra tutto come baluardo contro gli abusi di potere, abusi che non sono affatto più temibili da parte di un monarca assoluto che non della maggioranza, di questa regina della democrazia.<sup>39</sup>

Parole che richiamano alla mente la *Démocratie en Amérique*, in cui Tocqueville metteva in guardia contro la «tirannia della maggioranza»,<sup>40</sup> problema che era stato particolarmente caro al maestro di Kelsen, Jellinek, il quale aveva acutamente utilizzato il tema della maggioranza dispotica per attaccare l'organo legislativo.<sup>41</sup>

Con la tradizione liberale e con Jellinek, Kelsen condivideva, in *Essenza e valore della democrazia*, l'idea che i diritti e le libertà fondamentali servissero a proteggere «chi non condivide le convinzioni politiche, religiose o nazionali della maggioranza».<sup>42</sup> Ma, da un punto di vista più generale, il percorso di Kelsen finiva per divergere da quello del maestro, perché proprio nel saggio del 1920 la tutela delle libertà fondamentali era considerata parte costitutiva di ogni buon ordinamento democratico e, soprattutto, perché questa stessa tutela appariva connessa con il sistema elettorale di tipo proporzionale, problematica assente in Jellinek,<sup>43</sup> anche se presente nell'opera di un pensatore che Jellinek conosceva molto bene ed apprezzava:

<sup>39</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 17; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 12).

<sup>40</sup> Cf. A. De Tocqueville, *op. cit.*, pp. 56-62.

<sup>41</sup> Cf. Cap. 2.

<sup>42</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 17; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 12).

<sup>43</sup> Una eccezione in tal senso è rappresentata dal passo di *Verfassungsänderung und Verfassungswandel* (1906), in cui Jellinek ricordava che agli inizi del '900 ampi strati della popolazione chiedevano un sistema di votazione proporzionale, affinché venisse assicurata una rappresentanza più ampia e articolata. G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandel* cit., p. 82.

John Stuart Mill. Questi riteneva che il regime democratico-rappresentativo fosse il miglior ordine politico possibile, in grado di garantire i diritti e le libertà fondamentali.<sup>44</sup> In particolare, secondo il filosofo inglese, era possibile evitare la «tirannia della maggioranza» attraverso una adeguata rappresentanza delle minoranze, che poteva essere assicurata proprio dal sistema proporzionale.<sup>45</sup>

Quando il corpo rappresentativo delibera la minoranza deve per forza essere dominata. [...] ma allora la minoranza dovrebbe essere priva di rappresentanza? [...] Solo l'abitudine e il costume riescono a conciliare un soggetto ragionevole con una inutile ingiustizia. In una democrazia in cui tutti i cittadini sono uguali ogni parte dovrebbe raccogliere una rappresentanza proporzionale alla sua reale forza. La maggioranza degli elettori dovrebbe accaparrarsi sempre la maggioranza di deputati. La minoranza di elettori dovrebbe esprimere sempre la minoranza dei parlamentari.<sup>46</sup>

Il particolare rapporto tra deputati ed elettori veniva garantito dal sistema proporzionale che, oltre a permettere una adeguata rappresentanza alla minoranza degli elettori, avrebbe contribuito a migliorare la qualità stessa delle deliberazioni prese dalla maggioranza.<sup>47</sup>

Sebbene in contesti storico-politici profondamente differenti e condizionati da esigenze teoriche e pratiche altrettanto diverse, Mill e Kelsen

<sup>44</sup> G. Bedeschi, *op. cit.*, p. 34; M. L. Pichetto, *Verso un nuovo liberalismo. Le proposte politiche e sociali di John Stuart Mill* cit., p. 33.

<sup>45</sup> In *Considerations on Representative Government* (1861) leggiamo: «una democrazia rappresentativa può andare incontro a due pericoli. Il primo deriva da un mediocre livello intellettuale del corpo rappresentativo e dell'opinione pubblica che dovrebbe controllarlo. Il secondo pericolo scaturisce da una legislazione di classe imposta da una maggioranza numerica che appartiene a una sola classe sociale. Senza intaccare i benefici connessi a un governo democratico, bisogna appurare fino a che punto è possibile organizzare la democrazia cercando di estirpare i grandi mali che l'affliggono». J. S. Mill, *Considerations sul governo rappresentativo* (trad. it. di Id., *Considerations on Representative Government*), a cura di M. Prospero, Roma, Editori Riuniti, 1999, p. 106.

<sup>46</sup> *Ivi*, p. 107.

<sup>47</sup> C. Cressati, *La libertà e le sue garanzie*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 110-118; M. L. Pichetto, *Verso un nuovo liberalismo. Le proposte politiche e sociali di John Stuart Mill* cit., pp. 52-53; cfr. Id., *Il concetto di rappresentanza in J. S. Mill e il dibattito sulla riforma elettorale del 1832 in Gran Bretagna*, in *La rappresentanza tra le due rivoluzioni 1789-1848*, a cura di C. Carini, Firenze, CET, 1991, pp. 285-299; R. Giannetti, *L'utopia di un liberale aristocratico. Il pensiero di J. S. Mill*, Pisa, ETS, 2002, pp. 174-175.

difendevano il sistema proporzionale, adesione che Kelsen aveva già chiaramente esplicitato negli articoli pubblicati fra il 1918 e il 1919. Il filosofo inglese aveva chiesto, però di "limitare" il suffragio universale attraverso il «voto plurimo», per evitare che le masse incolte e impreparate influenzassero la vita politica e le decisioni di governo;<sup>48</sup> in Mill compariva così un esito per così dire "elitista", totalmente assente in Kelsen.

In *Essenza e valore della democrazia*, a differenza dell'opera milliana, il sistema proporzionale era legittimo perché, secondo Kelsen, permetteva di diminuire il divario tra la volontà dei governanti e quella dei governati e quindi di approssimarsi di più all'ideale di democrazia diretta.<sup>49</sup>

Dal punto di vista della autodeterminazione politica non può non apparire inammissibile che soltanto la maggioranza debba inviare i suoi rappresentanti nei corpi legislativi. [...] per non essere dominati da una volontà estranea non si può essere rappresentati che dagli appartenenti al proprio partito.<sup>50</sup>

La stessa giustificazione era già presente in *Das Proportionalwahlsystem* del 1918, in cui appariva un esplicito richiamo al *Contratto sociale*.<sup>51</sup>

Riteniamo fondamentale la connessione tra l'articolo e *Essenza e valore della democrazia*: essa testimonia come il riferimento all'opera di Rousseau, quale «teorico della democrazia», sia più risalente rispetto a quanto affermato dalla letteratura, che lo individua solo a partire da *Essenza e valore della democrazia*.

Kelsen era consapevole che «nelle votazioni parlamentari l'idea della proporzionale non può trovare alcuna applicazione», ma ribadiva che una ampia rappresentanza in parlamento della minoranza poteva influire positivamente sul contenuto della produzione legislativa, impedendo che questa diventasse un *diktat* della maggioranza.<sup>52</sup> Proprio come negli articoli pubblicati tra il 1918 e il 1919, anche in *Essenza e valore della democrazia* Kel-

<sup>48</sup> J. S. Mill, *op. cit.*, pp. 116-126. Scriveva Mill: «La civiltà moderna e il governo rappresentativo tendono naturalmente a scivolare sul piano inclinato della mediocrità. [...] Certo gli ingegni superiori sono qualitativamente pochi. È comunque importante che anche la loro voce venga ascoltata. È falsa una democrazia che non dà rappresentanza a tutti ma solo alle maggioranze locali e cancella dal parlamento ogni spazio riservato alla minoranza colta del paese». *Ivi*, p. 116.

<sup>49</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 18; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 13).

<sup>50</sup> *Ibidem*

<sup>51</sup> Cfr. Cap. 4.

<sup>52</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 18; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 13).

sen pensava che il proporzionale fosse il miglior sistema possibile di votazione, ma, rispetto agli articoli, ne sottolineava maggiormente la sua capacità di proteggere i diritti di libertà e, segnatamente, i diritti delle minoranze.<sup>53</sup> In questo aspetto è racchiusa una indicazione sul (parziale) cambiamento di prospettiva che intercorre tra gli articoli e il saggio del 1920 relativamente al proporzionale: nei suoi articoli, Kelsen aveva particolarmente insistito sul risvolto *democratico* del meccanismo proporzionale, sulla sua capacità di garantire la massima rappresentanza possibile; questo aspetto riemergeva anche da *Essenza e valore della democrazia*, ma, nel '20, il sistema proporzionale veniva considerato *anche* nel suo carattere e nella sua implicazione più propriamente *liberali*, nella sua connessione con i diritti fondamentali e di libertà.<sup>54</sup>

Proprio in rapporto al tema del proporzionale e alla possibilità di garantire una rappresentanza ampia delle minoranze, affinché fosse maggiore l'approssimazione all'idea originaria di democrazia, emerge e prende forma, a nostro giudizio, la differenza concettuale più rilevante tra l'impianto teorico di *Essenza e valore della democrazia*, da un lato, e quello sotteso agli articoli e soprattutto agli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, dall'altro. Dalla constatazione che la «la democrazia pura è quella diretta nella quale la sovranità popolare si fa valere direttamente», Kelsen affermava che:

... il potente impulso che l'idea della sovranità popolare ha ricevuto dagli sconvolgimenti sociali della guerra stessa ha notevolmente accresciuto la dif-

<sup>53</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 17-18; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 13-14).

<sup>54</sup> Cf. Cap. 4. In *Essenza e valore della democrazia* non compariva, però, nessun riferimento alla garanzia dei diritti e delle libertà attraverso la giurisdizione costituzionale e, nello specifico, attraverso la «procedura d'ufficio», a testimonianza di come nel biennio 1918-1920 la Corte costituzionale e la giurisdizione costituzionale fossero concepiti da Kelsen anzitutto quali strumenti per preservare l'unità dello stato. La riflessione kelseniana sulla Corte costituzionale, sulle sue caratteristiche e il suo significato politico sarebbe stata approfondita negli anni successivi, stimolata anche dai concreti problemi di difesa dei diritti e delle libertà posti dalla politica austriaca nel primo dopoguerra. La connessione tra giurisdizione costituzionale e difesa dei diritti venne chiaramente posta da Kelsen in *La garante giurisdizionale della costituzione*, apparsa nel 1928 sulla «Revue de droit publique et sciences politiques». Sulla concezione kelseniana della giurisdizione costituzionale dopo il 1920 cfr. M. Barberis, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 1982, p. 227 ss.

<sup>55</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 19; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 14).

fidenza verso la rappresentanza popolare.<sup>55</sup>

Appena un anno e mezzo prima, in sostanziale accordo con le tesi renneriane, Kelsen aveva magnificato le qualità della «*Volksvertretung*», mentre in *Essenza e valore della democrazia* il giurista osservava che la stessa preferenza dimostrata, in più di un'occasione, da parte delle masse per il «mandato imperativo» era il segno di una preferenza «*infantiva*» per il vero «principio democratico». <sup>56</sup> Ma una simile affermazione, in aperto contrasto con quanto sostenuto negli articoli sul proporzionale, comportava da parte di Kelsen una rivalutazione complessiva non solo del significato (e delle aporie) della rappresentanza popolare, ma anche del significato e del ruolo del parlamento, cui il giurista aveva cominciato a prestare attenzione sin dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*:

nell'ambito della grande finzione del sistema rappresentativo, il mandato libero era ormai da molto tempo la finzione della finzione.<sup>57</sup>

E questo perché, secondo Kelsen:

Il dogma della rappresentanza parlamentare sostiene che il Parlamento rappresenta in primo luogo e soltanto il popolo e non direttamente lo stato [...] Che sia il popolo a creare il parlamento [...] che particolari gruppi di elettori eleggano particolari deputati, non è motivo sufficiente per considerare il Parlamento in modo diverso da altri organi dello stato.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Ivi, p. 20. Kelsen riconosceva che il «mandato imperativo» era un retaggio medievale, ma non esitava ad associarlo alla richiesta delle masse di democrazia diretta. Nella sua difesa del «mandato imperativo», Kelsen sembrava dimenticare che proprio con la Rivoluzione francese, che costituiva un vero e proprio «mito» politico in entrambe le edizioni di *Essenza e valore della democrazia*, questo tipo di mandato era stato definitivamente sostituito da quello «libero». Un breve ma significativo accenno all'importanza del «1789» nella concezione democratica di Kelsen compare in W. Luthardt, *Aspetti teorico-politici nell'opera di Hans Kelsen*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 1984, pp. 368-372. Sul passaggio dal «mandato imperativo» al «mandato libero» nelle Rivoluzione francese cfr. C. Carini, *Introduzione a La rappresentanza tra le due rivoluzioni 1789-1848* cit., p. 12 ss; L. Cedroni, *Il lessico della rappresentanza politica*, Messina, Rubettino, 1996, pp. 91-102; S. Cotta, *La rappresentanza politica*, in *Dizionario di politica* cit., pp. 800-805; M. Fioravanti, *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 22-30. Per un approccio riconducibile alla *Begriffsgeschichte* cfr. G. Duso, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, Franco Angeli, 2003, pp. 59-66.

<sup>57</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 20; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 15).

<sup>58</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 20-21; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 15).

Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* il parlamento era stato definito, in polemica con la "lezione" di Jellinek, «organo» e «funzione della società», nei successivi articoli sul sistema proporzionale Kelsen si era poi spostato dal piano giuridico a quello politico, sottolineando il legame necessario e vitale tra parlamento e popolo:

Il sistema rappresentativo e il principio di maggioranza significano un allontanamento dalla anarchia che mira ad un ideale di libertà incondizionata [...] Essi rappresentano nel senso stretto un momento collettivo. Solo come organo del popolo, che, nel suo corpo rappresentativo della volontà del singolo produce [...] la volontà del tutto, deve essere pensato e giustificato il Parlamento.<sup>59</sup>

Rompendo chiaramente con quanto affermato nella *Maximalianschrift* e successivamente negli articoli sul sistema proporzionale, in *Essenza e valore*

<sup>59</sup> H. Kelsen, *Das Proportionalssystem* cit., p. 116.

<sup>60</sup> La posizione espressa da Kelsen nel saggio del 1920 sarebbe stata ribadita nella seconda *Essenza e valore della democrazia* e in alcune delle sue principali opere di dottrina del diritto, come la *Allgemeine Staatslehre* del 1925 e perfino nella *General Theory of Law and State* del 1945. Nella *Allgemeine Staatslehre*, Kelsen ripropose, approfondendolo, il concetto di rappresentanza espresso in *Essenza e valore della democrazia*; egli ricordava infatti il carattere «fittizio» della rappresentanza parlamentare e come, nei sistemi democratici, l'equivalenza tra la volontà del popolo e quella dei deputati fosse stata legittimata in un duplice senso: da un lato, era stato affermato che la competenza legislativa del parlamento derivava direttamente dal popolo, dall'altro si riteneva che esistesse un «mandato di diritto positivo» in grado di vincolare i deputati agli elettori. Secondo Kelsen, entrambe le giustificazioni erano di natura prettamente «politica»; egli era piuttosto interessato a far emergere il carattere «obiettivo» della rappresentanza parlamentare, che, a suo giudizio, consisteva nella sua natura di «nomina»: la rappresentanza moderna non si basava più sull'«istituto privatistico della delega», tipica, secondo Kelsen, della rappresentanza precedente la Rivoluzione francese. Kelsen negava che il parlamento fosse «organo del popolo» in virtù della sua investitura popolare. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* cit., p. 313-317. Sulla concezione kelseniana della rappresentanza nella *Allgemeine Staatslehre* cfr. l'importante F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane* cit., in particolare pp. 89-93. Considerazioni pressoché identiche a quelle espresse nella *Allgemeine Staatslehre* ricomparvero nella *General Theory of Law and State*, in cui, in un apposito capitolo dedicato alla rappresentanza parlamentare e alla definizione di ordinamento democratico, il giurista austriaco ribadiva il carattere fittizio della rappresentanza parlamentare, insieme a ciò, il fatto che il parlamento era da considerarsi «organo dello stato» piuttosto che «del popolo». Nell'opera del 1945, Kelsen saldava insieme democrazia e liberalismo, riproponendo la contrapposizione tra democrazia e autocrazia che aveva iniziato a formulare in *Essenza e valore della democrazia* e che aveva poi sistemizzato nella seconda edizione dell'opera. Relativamente al problema della rappresentanza

della democrazia, il parlamento si trasformava in «organo dello stato».<sup>60</sup>

Assistiamo qui ad un «rovesciamento» clamoroso di cui non esiste alcuna traccia nella letteratura critica su Kelsen, e che per noi risulta invece fondamentale per tentare di capire in una nuova luce *Essenza e valore della democrazia*.

A partire dal saggio del 1920 Kelsen mutava radicalmente la sua concezione di parlamento in rapporto allo stato e al popolo, formulando una definizione di «parlamento come organo dello stato» che ricordava quella del maestro Jellinek in opere quali *Das System der öffentlichen subjektivi-*

parlamentare Kelsen osservava: «secondo la definizione tradizionale, un governo è "rappresentativo", perché ed in quanto i funzionari, per la durata della loro carica, riflettono la volontà del corpo elettorale e sono responsabili di fronte a questo», ma, esattamente come aveva già chiarito in *Essenza e valore della democrazia*: «per stabilire un vero rapporto di rappresentanza non basta che il rappresentante sia nominato e eletto dal rappresentato. È necessario che il rappresentante sia giuridicamente obbligato ad eseguire la volontà del rappresentato, e che l'adempimento di questo obbligo sia giuridicamente garantito». Proprio come in *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen precisava che l'ideologia della rappresentanza parlamentare era di «nascondere la situazione reale, di nascondere l'illusione che il legislatore sia il popolo nonostante il fatto che, in realtà, la funzione del popolo [...] sia limitata alla creazione dell'organo legislativo». Per poi concludere: «l'indipendenza giuridica del parlamento dal corpo elettorale significa che il principio della democrazia è sostituito [...] da quello della divisione del lavoro. Per celare questo passaggio da un principio all'altro si ricorre alla finzione secondo la quale il parlamento rappresenta il popolo». H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* cit., pp. 105-109. Sulla concezione della rappresentanza nella *General Theory of Law and State*, cfr. B. Montanari, *La questione della rappresentanza politica in Kelsen*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XLIX, 1972, pp. 200-223. Un approccio radicalmente critico alla idea della rappresentanza (e della elezione) come processo di nomina è stato espresso da Sartori, secondo cui Kelsen, e con lui la maggioranza dei giuristi che si sono misurati con gli stessi problemi, rimarrebbe legato ad una concezione «privatistica» della rappresentanza, rinunciando così a «seguire i meccanismi elettorali oltre l'attimo nel quale il cittadino elettore vota per questo e o per quello». A Kelsen, Sartori rimproverava di non aver pienamente compreso che la democrazia rappresentativa si caratterizza proprio per la possibilità di cambiare i dirigenti, i rappresentanti, attraverso il meccanismo elettorale. G. Sartori, *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 314-320. Nel suo severo giudizio, Sartori sembra però dimenticare che il Kelsen «teorico della politica» sottolineò più volte nei suoi scritti il carattere fluido e dialettico del rapporto tra governanti e governati nei regimi democratico-rappresentativi; cfr. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1920) cit., pp. 43-44; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 19); Id., *Essenza e valore della democrazia* (1929) cit., pp. 132-140; Id., *Sociologia della democrazia* cit., pp. 69-71; Id., *I fondamenti della democrazia* cit., pp. 251-254.

ven Rechte o la *Allgemeine Staatslehre*.

In realtà, emergono due differenze importanti tra i due: nei suoi principali studi di teoria dello stato, Jellinek aveva distinto tra «organo secondario» e «organo primario», mentre sui dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* Kelsen aveva rifiutato una simile distinzione e, nella stessa *Essenza e valore della democrazia*, ribadiva che l'organo rappresentava immediatamente lo stato, che non necessitava di organi intermedi tra di esso e lo stato.<sup>61</sup> Sul piano strettamente teorico-politico, la definizione jellinekiana di parlamento come «organo dello stato» si inseriva poi in una riflessione politica più generale che era sicuramente *liberale ma non democratica*, laddove in Kelsen le considerazioni (e le stesse critiche) al concetto di rappresentanza e al ruolo del parlamento rimanevano strettamente ancorate ad una posizione politica che, come emerge chiaramente da *Essenza e valore della democrazia*, era *liberale e al contempo democratica*.

In altri termini, i primi due capitoli di *Essenza e valore della democrazia* appaiono in parte una sintesi di temi e contributi precedenti e, al contempo, contengono alcune «oscillazioni» e una clamorosa rottura rispetto sia agli *Hauptprobleme*, sia agli articoli sul sistema proporzionale.

Il problema è cercare di comprendere il perché di questo cambiamento, che informò poi le successive riflessioni dedicate da Kelsen al tema della rappresentanza e del rapporto tra parlamento e stato; perché, nell'arco di un tempo relativamente breve, Kelsen cambiò posizione circa il ruolo e il significato di parlamento e, soprattutto, perché *in maniera così radicale*.

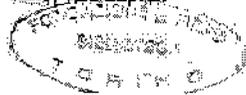
A nostro giudizio, parte della risposta a questi due interrogativi è racchiusa proprio nel saggio del 1920 e nelle sollecitazioni politiche e storiche ad esso sottese.

### 6.3. Il parlamento come «organo dello stato»: le possibili ragioni di una svolta.

Nell'*Incipit* di *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen osservava che la nascita in Russia del regime bolscevico aveva nuovamente reso problematica la definizione di democrazia:

Quel potente movimento di massa, che era volto finora [...] ad una democrazia, la quale accanto al socialismo [...] costituiva una buona metà del suo contenuto spirituale, si arresta [...] in quel punto dove si tratta di realizzare non sol-

<sup>61</sup> Questa considerazione era già apparsa negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, ma allora il parlamento era definito ancora come «organo della società» e non dello stato; cfr. Cap. 2.



tanto i principi del socialismo, ma soprattutto quelli della democrazia. [...] Di fronte alla dittatura del proletariato – quale la concepisce la teoria neocomunista del bolscevismo – la democrazia [...] diventa nuovamente un problema.<sup>62</sup>

Dopo aver introdotto il tema della contrapposizione tra democrazia ideale e democrazia reale, Kelsen sviluppava il tema della Russia socialista che, peraltro, aveva già anticipato in un suo saggio, apparso anch'esso nel 1920, *Sozialismus und Staat*.<sup>63</sup>

Quest'ultimo rappresentava un attacco diretto sia alla concezione marxista dello stato, sia, in termini più specifici, al sistema sovietico. In *Sozialismus und Staat*, Kelsen criticava la teoria marxista dello stato, per aver identificato lo stato con uno strumento di sfruttamento della classe dominante a danno delle altre, e, soprattutto, per aver pensato di poter superare il carattere costrittivo della macchina statale nella futura società comunista.<sup>64</sup>

È possibile che un ordinamento sociale pianificato, razionale, per niente «naturale», nella stessa misura in cui cresce quanto a contenuto e estensione, e si complica, possa rinunciare [...] alla costrizione? Non è più paradossale il fatto che lo stato che, nella sua trasformazione dell'apparato costrittivo borghese in quello proletario, aumenta in maniera insospettata quanto a potenza e competenza, proprio nell'istante in cui raggiunge l'apice di questo sviluppo,

<sup>62</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 4; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 3-4).

<sup>63</sup> La coincidenza temporale tra *Sozialismus und Staat* e *Essenza e valore della democrazia* è sottolineata da G. Pecora, *Il pensiero politico di Kelsen* cit., p. 4; M. Barberis, *Introduzione* cit., p. 22. *Sozialismus und Staat* venne pubblicato in un'edizione ampliata nel 1923 che, rispetto alla prima versione, conteneva un capitolo in più, l'ultimo, e una serie di precisazioni minori. In «lunghe e fittissime note», Kelsen attaccava *Die Staatsauffassung des Marxismus (La concezione marxista dello stato)* di Max Adler, pubblicata nel 1922, proprio in risposta a *Sozialismus und Staat*. Di questo esiste poi una terza edizione apparsa nel 1965, a cura di Leser, pubblicata dalla Wiener Volksbuchhandlung, che presenta alcune abbreviazioni rispetto alla seconda edizione. R. Racinaro, *Avvertenza* a H. Kelsen, *Socialismo e stato* cit., p. 5. La nostra analisi si basa sulla traduzione italiana della seconda edizione del saggio; di questa sono state prese in esame le parti che sono rimaste immutate nel contenuto e nella struttura rispetto alla prima edizione del 1920.

<sup>64</sup> H. Kelsen, *Socialismo e stato* cit., pp. 41-48. In questa «previsione», Kelsen credeva di cogliere lo spirito sostanzialmente «anarchico» del pensiero di Marx. Ivi, pp. 48-49. Il carattere costrittivo dello stato (e del diritto) sarebbe stato ribadito da Kelsen in opere del suo «periodo americano» come la *General Theory of Law and State* (1945), o in interventi quali *The Law is a Special Social Technique (Il diritto è una speciale tecnica sociale)* (1941), pubblicato sulla «University of Chicago Law Review», e in *What is the Pure Theory of Law and State? (Cos'è la dottrina pura del diritto e dello stato?)*,

debba scomparire?<sup>65</sup>

Kelsen riteneva che, nonostante tutto, neppure Marx fosse riuscito a rinunciare totalmente all'idea dello stato come ordinamento coercitivo, concetto che, secondo Kelsen, era sotteso alla *dittatura del proletariato*.

In questa supposta «contraddizione» Kelsen credeva di scorgere la testimonianza della validità ultima della sua tesi, secondo cui lo stato, quale ordinamento giuridico, presentava sempre una natura costrittiva.<sup>66</sup>

Come è stato puntualizzato dalla letteratura, la critica alla *Staatsauffassung* marxista era strettamente connessa con una particolare concezione di stato, che Kelsen aveva cominciato ad elaborare a partire dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e che avrebbe approfondito nelle opere successive.<sup>67</sup>

Secondo Kelsen, neppure Lenin e il suo partito erano riusciti a creare un sistema radicalmente differente dall'ordinamento statale, inteso come ordinamento costrittivo.<sup>68</sup>

Una considerazione analoga ricompariva anche in *Essenza e valore della democrazia*; tra i due saggi kelseniani esiste, però, una differenza fondamentale: in *Sozialismus und Staat* Kelsen era prevalentemente interessato a criticare la concezione marxista dello stato e, in particolare, la realizzazione pratica della Repubblica sovietica, mentre in *Essenza e valore della democrazia* la presa di distanza dall'esperimento sovietico rimandava (ed era strettamente correlata) ad una precisa concezione della democrazia e della libertà politica, in cui, a nostro giudizio, è racchiusa una delle principali motivazioni che spiusero Kelsen nel 1920 a definire il parlamento come «organo dello stato». In *Essenza e valore della democrazia*, il principale bersaglio delle critiche di Kelsen era *Stato e rivoluzione*, pubblicato da Lenin nel 1917. Il richiamo all'opera del leader russo

apparsa nel 1960 sulla «Tulane Law Review». Le traduzioni italiane sono contenute in H. Kelsen, *La teoria generale del diritto e dello stato* cit.

<sup>65</sup> H. Kelsen, *Socialismo e stato* cit., pp. 41-48.

<sup>66</sup> Ivi, p. 41; pp. 48-49.

<sup>67</sup> Sul legame tra la critica di Kelsen alla concezione marxista dello stato e del diritto e la sua *Staats- und Rechtslehre* cfr. N. Leser, *Kelsens Verhältnis zum Sozialismus und Marxismus*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit., pp. 424-437; G. Mozetic, *Hans Kelsen als Kritiker des Austromarxismus*, in *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit., in particolare pp. 445-457; R. De Giorgi, *Wer rettet Marx von Kelsen?*, in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, hrsg. von W. Krawietz und H. Schelsky, Berlin, Duncker & Humboldt, in particolare pp. 467-478. Ricordiamo, per inciso, che il problema della natura costrittiva dello stato

era significativo: la critica che in *Essenza e valore della democrazia* (e, in parte, nello stesso *Sozialismus und Staat* Kelsen muoveva al sistema sovietico non si basava tanto sulla conoscenza «storica», documentata e puntuale della realtà russa, quanto sull'opposizione a determinate tesi espresse da Lenin in *Stato e rivoluzione*, che, secondo Kelsen, costituivano il presupposto teorico fondamentale al «sovietismo bolscevico».<sup>69</sup>

I Soviet erano sorti in Russia sulla scia della Rivoluzione d'Ottobre ed erano stati proprio i bolscevichi e Lenin a coglierne le grandi potenzialità e il ruolo strategico nella vittoria rivoluzionaria.<sup>70</sup> In *Stato e rivoluzione*, scritto da Lenin durante il suo esilio in Svizzera, lo stato veniva inteso come strumento di oppressione classista, cui sarebbe subentrato l'autogoverno delle masse.<sup>71</sup>

Il leader bolscevico individuava un nesso diretto tra la rivoluzione proletaria e l'esperienza della Comune parigina del 1871, di cui Marx aveva parlato in *La guerra civile in Francia*.<sup>72</sup> Con *Stato e rivoluzione* Lenin si «appropriava» della esperienza comunarda, così come era stata interpretata da Marx, riconducendola «alla creatività delle masse rivolu-

(e del diritto) ricompare in entrambe le edizioni della *Reine Rechtslehre* e nella *General Theory of Law and State*.

<sup>68</sup> H. Kelsen, *Socialismo e stato* cit., pp. 67-69.

<sup>69</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 22 ss; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 16 ss).

<sup>70</sup> N. V. Riasanovsky, *Storia della Russia, dalle origini ai giorni nostri*, Milano, Bompiani, 1997, pp. 405-420; E. H. Carr, *La rivoluzione bolscevica*, Torino, Einaudi, 1964, pp. 85-87; C. Hill, *Lenin e la rivoluzione russa*, Torino, Einaudi, 1965, pp. 99-102. Da un punto di vista storico, i Soviet russi sorti nel 1917 si richiamavano a quelli creati durante la grande ribellione del 1905 che, sebbene fallimentare, aveva lasciato una forte impressione nelle masse operaie. Dopo la Rivoluzione, la formazione dei Soviet divenne un vero e proprio fenomeno di massa in tutta la Russia. O. Anweiler, *Storia dei Soviet. I consigli di fabbrica in U.R.S.S. 1905-1921*, Roma-Bari, Laterza, 1972, pp. 197-199; cfr. M. Follis, *Consigli operai*, in *Dizionario di politica* cit., pp. 172-175.

<sup>71</sup> V. I. Lenin, *Stato e rivoluzione e lo studio preparatorio Il marxismo sullo stato*, a cura di P. Marconi, Roma, Editori Riuniti, 1972, pp. 18-25.

<sup>72</sup> Ivi, p. 25 ss. Nel 1905, l'atteggiamento di Lenin era sostanzialmente ambiguo: nei Soviet egli vedeva «un organo dello schieramento rivoluzionario dinamicamente aperto a un allargamento di funzioni», ma nel 1906 precisava che il ruolo delle strutture consigliari doveva rimanere circoscritto, interpretando, in tal senso, lo scetticismo dimostrato da numerosi membri del suo partito. O. Anweiler, *op. cit.*, p. 275; M. L. Salvadori, *L'utopia caduta. Storia del pensiero comunista da Lenin a Gorbaciov*, Roma-Bari, Laterza, 1991, pp. 63-67.

zionarie tra il 1916 e il 1917».<sup>73</sup>

In *Essenza e valore della democrazia* Kelsen aveva ben presente quella parte di *Stato e rivoluzione*, in cui Lenin riconosceva a Marx il merito di aver individuato nella soppressione della macchina burocratico-militare e del parlamentarismo il significato più profondo dell'esperienza comunista.<sup>74</sup>

Salvadori sottolinea in maniera efficace come in *Stato e rivoluzione* venga sostanzialmente prefigurata una democrazia di tipo diretto, per cui, a suo giudizio, «il Lenin-Machiavelli lascia il posto al Lenin-Rousseau».<sup>75</sup>

Richiamandosi alla *guerra civile in Francia*, Lenin sosteneva che la Comune parigina aveva sostituito «alla macchina dello stato [...] una democrazia più completa; l'abolizione dell'esercito permanente, l'assoluta eleggibilità e la revocabilità di tutti i funzionari», e aveva trasformato il parlamento da «duogo di chiacchiere» in un «organismo di lavoro, esecutivo e legislativo».<sup>76</sup> In questo modo, secondo Lenin, la stessa pratica parlamentare, basata sul suffragio universale, tipica dei regimi «borghesi» era stata definitivamente superata.<sup>77</sup>

La Comune sostituisce il parlamentarismo venale e corrotto della società borghese con delle istituzioni nelle quali la libertà di giudizio e di discussione non degenera in inganno, poiché i parlamentari devono elaborare essi stessi, attuare essi stessi le leggi, controllarne essi stessi i risultati, rispondere direttamente di fronte ai propri Elettori. [...] il parlamentarismo, come

<sup>73</sup> E. Santarelli, *Introduzione a V. I. Lenin, La Comune di Parigi. Il primo esperimento di potere proletario nella riflessione leniniana sulla democrazia socialista dei soviet*, Milano, Rizzoli, 1971, p. 10. L'opera è una raccolta di testi scritti da Lenin sulla Comune di Parigi e sul rapporto tra questa e il progetto rivoluzionario del partito bolscevico.

<sup>74</sup> V. I. Lenin, *Stato e rivoluzione e lo stato preparatorio. Il marxismo sullo stato* cit., pp. 45-46; pp. 53-55.

<sup>75</sup> M. L. Salvadori, *Storia del pensiero comunista. Da Lenin alla crisi dell'Internazionalismo*, Milano, Mondadori, 1988, p. 99 ss.

<sup>76</sup> V. I. Lenin, *op. cit.*, p. 50.

<sup>77</sup> Ivi, p. 50; p. 55. Sulla opposizione di Lenin al parlamentarismo cfr. S. Mastellone, *Storia della democrazia in Europa dal XVIII al XIX secolo* cit., pp. 226-230. Le espressioni usate in *Stato e rivoluzione* per descrivere le novità e i cambiamenti introdotti dalla Comune sono spesso mutuati da *La guerra civile in Francia* di Marx.

<sup>78</sup> V. I. Lenin, *op. cit.*, p. 56. Questo giudizio fu ribadito da Lenin in un articolo, anch'esso pubblicato nel 1917, su *I compiti del proletariato nella rivoluzione*, in cui veniva individuato un rapporto diretto tra l'esperienza comunista e quella rivoluzionaria del 1905 e del 1917: «il ritorno dalla repubblica parlamentare borghese alla monarchia è molto facile [...], perché rimane intatta tutta la macchina dell'oppresso-

sistema particolare, come divisione del legislativo dall'esecutivo, come condizione privilegiata per i deputati non esiste più».<sup>78</sup>

Richiamandosi a *Sozialismus und Staat*, Kelsen osservava in *Essenza e valore della democrazia* che i Soviet russi avevano tentato di metter in pratica una concezione diretta, «pura» della democrazia.<sup>79</sup>

La breve durata del mandato, la possibilità di revocare in qualunque momento i deputati inviati dal popolo nei diversi Soviet e la conseguente loro completa dipendenza dagli elettori, infine il contatto intimo con questi ultimi [...] tutto questo è democrazia pura.<sup>80</sup>

Secondo Kelsen, il tentativo bolscevico era infine fallito poiché «la costituzione consiliare da un lato è costretta a ricorrere ad organizzazioni complementari», ossia ad organizzazioni che riunissero e dessero voce alle differenti tipologie di lavoratori, finendo per generare l'esatto opposto di quanto sperato dai rivoluzionari russi, cioè una «ipertrofia del parlamentarismo»:

in considerazione della inattuabilità pratica della democrazia diretta nei grandi stati economicamente e culturalmente progrediti, [...] la tendenza insomma ad avvicinarsi alla democrazia diretta almeno con una certa approssimazione, non porta ad una eliminazione o riduzione del Parlamento, ma in un certo modo al suo contrario.<sup>81</sup>

Nell'esperimento sovietico, Kelsen riconosceva, peraltro, la volontà di

ne; esercito, polizia, burocrazia, la Comune e i soviet dei deputati degli operai, dei soldati, dei contadini, ecc. spezzano e sopprimono questa macchina [...] essi riproducono il tipo di stato che la Comune di Parigi ha elaborato e che Marx ha definito come «la forma politica, finalmente scoperta, nella quale si può compiere l'emancipazione economica del lavoro». V. I. Lenin, *I Soviet e la Comune* (1917), in *La Comune di Parigi. Il primo esperimento di potere proletario nella riflessione leniniana sulla democrazia socialista dei soviet* cit., pp. 86-87.

<sup>79</sup> Già in *Sozialismus und Staat*, Kelsen aveva affermato che la Comune di Parigi era stata anzitutto un esperimento di democrazia diretta: «Orbene, che cosa accadde nella Comune di Parigi, cioè quali sono [...] i processi essenziali? Essi possono essere esaurientemente riassunti nel fatto che al posto di una forma statale monarchica fu data una costituzione democratico-repubblicana, fusa con alcuni elementi di democrazia diretta e che fu realizzato un cambiamento di uomini che attuavano l'ordinamento statale, che esercitavano cioè il potere dello stato». H. Kelsen, *Socialismo e stato* cit., p. 69.

<sup>80</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 22-23; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 16).

<sup>81</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 25; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 18).

<sup>82</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 25-26; (Id., *Vom Wesen und*

fondere insieme la funzione legislativa con quella esecutiva, di superare la divisione dei poteri, ossia di democratizzare l'amministrazione.<sup>82</sup> Contro questo tentativo, Kelsen affermava che la separazione dei poteri era assolutamente ineliminabile, nella misura in cui il potere esecutivo:<sup>83</sup>

è uno stadio altrettanto importante, altrettanto essenziale della produzione e della realizzazione del diritto quanto il legislativo. L'esecutivo è solo la necessaria prosecuzione della legislazione che senza di esso resterebbe un frammento.<sup>84</sup>

Ma quando Kelsen criticava i propositi, a suo giudizio irrealizzabili, di democratizzazione della amministrazione non si riferiva solo al modello sovietico. Egli aveva dinanzi a sé anche l'Austria, dove, alla fine della

*Wert der Demokratie* cit., pp. 18-19).

<sup>82</sup> Kelsen vedeva nella teoria montesquieana della separazione dei poteri uno dei maggiori freni al principio della sovranità popolare. In una nota, affermava di essersi ispirato all'opera dello studioso tedesco di diritto ed economia Wilhelm Hasbach (1844-1920), *Die moderne Demokratie (La democrazia moderna)*, pubblicata nel 1912. Docente dal 1899 di scienze dello stato presso il prestigioso Institut für Wissenschaft und Sozialpolitik di Kiel, nel 1912 Hasbach aveva dato alle stampe un breve scritto, *Ist Montesquieu ein Anhänger der Volkssouveränität?*, (*Montesquieu è un sostenitore della sovranità del popolo?*), in cui contestava un passo della *Allgemeine Staatslehre* di Jellinek, che associava il filosofo francese a Rousseau nella difesa della sovranità popolare. In aperta polemica con Jellinek, Hasbach vedeva in Montesquieu un appassionato e convinto difensore dei «governi moderati» contro il regime aristocratico, e contro quello democratico. W. Hasbach, *Ist Montesquieu ein Anhänger der Volkssouveränität?*, Jena, 1912, pp. 16-18; pp. 23-24.

<sup>84</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 30; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 21). Secondo Kelsen, la separazione dei poteri aveva contribuito a limitare il principio della sovranità popolare nel sistema politico americano. In *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), Jellinek aveva osservato che proprio le limitazioni (principalmente legate al diritto di voto) avevano garantito il corretto funzionamento della democrazia americana, mentre in Kelsen quelle stesse limitazioni, tra le quali gli ampi poteri del Presidente, venivano duramente criticate. In *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen lodava i costituenti austriaci per aver rifiutato la repubblica presidenziale sul modello americano. In tal senso, in *Essenza e valore della democrazia*, si profilava quell'atteggiamento di critica verso il presidenzialismo che avrebbe costituito, negli anni '30, uno dei principali motivi di disputa tra Kelsen e Schmitt attorno al «custode della costituzione». H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 31; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 20). Per alcuni riferimenti alla disputa tra Kelsen e Schmitt sul significato di costituzione cfr. Cap. 1.

<sup>85</sup> Subito dopo il crollo dell'Impero asburgico, vennero democratizzati gli organi

guerra, era stato posto il problema della riorganizzazione complessiva della amministrazione.<sup>85</sup> Sin dall'inizio del processo costituente, la SPÖ aveva chiesto con insistenza la completa democratizzazione della amministrazione.<sup>86</sup>

Il tema era stato sollevato nelle prime sedute della Sottocommissione, ma venne ufficialmente affrontato nella dodicesima seduta (26 agosto) e nella quindicesima (14 settembre).<sup>87</sup> Il risultato delle trattative furono due articoli (115; 116) dal carattere meramente «programmatico», che prevedevano, soltanto sulla carta, il completamento della riforma amministrativa in senso democratico.<sup>88</sup>

Un anno dopo la pubblicazione di *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen avrebbe dato alle stampe un breve saggio sulla *Demokratisierung der Verwaltung (Democratizzazione dell'amministrazione)*, in cui attaccava le proposte socialdemocratiche di applicare la logica democratica alle Capitanerie distrettuali, ricordando, ancora una volta, la necessità di mantenere separati il momento politico da quello amministrativo.<sup>89</sup>

La ragione che spingeva Kelsen a rigettare la democratizzazione dell'apparato amministrativo era direttamente riconducibile ad una delle principali «fonti» di *Essenza e valore della democrazia*, ossia *Parlament*

dell'amministrazione centrale dei Länder, i *Landeshauptmann* (capi distretto). Fuori dal processo di democratizzazione rimasero le Capitanerie distrettuali che avevano costituito uno degli assi portanti della amministrazione imperiale: esse avevano prevalentemente compiti di polizia. P. Petta, *Il sistema federale austriaco* cit., p. 27; G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens...* cit., p. 16 ss; G. Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello stato* cit., pp. 210-211.

<sup>86</sup> Tale richiesta compariva in *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* di K. Renner, nel progetto di coalizione del 1919, nel progetto costituzionale presentato da Danenberg.

<sup>87</sup> *Protokolle des Unterausschusses des Verfassungsausschusses* cit., p. 337 ss; p. 442 ss.

<sup>88</sup> H. Kelsen, *Österreichisches Staatsrecht* cit., p. 206; P. Petta, *Il sistema federale austriaco* cit., p. 156; B. Sordi, *op. cit.*, p. 319.

<sup>89</sup> H. Kelsen, *La democratizzazione dell'amministrazione* (trad. it di Id., *Die Demokratisierung der Verwaltung*), in Id., *Il primato del parlamento* cit., pp. 66-75. Nell'intervento del 1921, Kelsen ricordava nuovamente che il governo bolscevico aveva tentato di democratizzare l'amministrazione all'interno di un progetto politico più vasto che mirava alla realizzazione della democrazia diretta. Ivi, p. 61.

<sup>90</sup> Il rapporto tra Weber e Kelsen è stato prevalentemente analizzato in riferimento al significato e al ruolo della sociologia del diritto; cfr. N. Bobbio, *Max Weber e Hans Kelsen*, «Sociologia del diritto», VIII, 1981, pp. 135-153; A. Carrino, *Vita e forme in Kelsen* cit., p. 16 ss; Id., *Max Weber et Hans Kelsen*, in *Le droit, le politique...* cit., pp.

*und Regierung im neugeordneten Deutschland* (Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania) di Max Weber,<sup>90</sup> il saggio raccoglieva una serie di interventi del sociologo tedesco su parlamento, burocrazia e riforme elettorali.<sup>91</sup>

Un intero capitolo di *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* era dedicato a "Il potere burocratico e direzione politica", in cui Weber delineava lo stretto legame tra stato moderno e burocrazia; quest'ultima era descritta come un "dato di fatto", che si caratterizzava per la sua «razionalità», «specializzazione» e «necessità», per il fatto di essere organizzata in maniera autocratica.<sup>92</sup> In virtù di simili caratteristiche, la burocrazia appariva a Weber un "corpo" particolarmente potente che avrebbe potuto minacciare la libertà individuale, minaccia alla quale, secondo Weber, era possibile rispondere soltanto attraverso un parlamento solido, efficiente, responsabile, che controllasse l'amministrazione, e permettesse di selezionare *leaders* politici capaci, un organo legislativo diverso da quello del Reich guglielmico.<sup>93</sup> La proposta weberiana di un

185-204.

<sup>91</sup> *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* apparve il 14 maggio 1918 presso l'editore Duncker & Humboldt, nella collana «Die innere Politik», curata da Sigmund Hellmann. I primi tre capitoli sono una rielaborazione di tre articoli pubblicati col titolo *Deutsches Parlamentarismus in Vergangenheit und Zukunft* (*Parlamentarismo tedesco nel passato e nel futuro*) sulla «Frankfurter Zeitung» tra il maggio e il giugno del 1917. Il capitolo VI è una sostanziale riproposizione dell'articolo *Der preussische Landtag und das deutsche Reich* (*L'assemblea prussiana e l'Impero tedesco*), comparso il 26 aprile 1917 sulla «Frankfurter Zeitung». F. Fusillo, *Nota del curatore a M. Weber, Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, a cura di F. Fusillo, Roma-Bari, Laterza, 1993, p. LVIII.

<sup>92</sup> M. Weber, *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti* cit., p. 23; p. 33 ss. Weber ricordava: «non si conosce alcun esempio storico del fatto che essa, laddove era giunta al pieno potere assoluto [...] sia di nuovo scomparsa, se non con il completo declino di tutta la civiltà che essa sosteneva». Ivi., p. 34. Su Weber e il tema della burocrazia cfr. G. Mommsen, *The Political and Social Theory of Max Weber. Collected Essays*, Cambridge, Polity Press, 1989, p. 109 ss; cfr. F. Tuccari, *I dilemmi della democrazia moderna. Max Weber e Robert Michels*, Roma-Bari, Laterza, 1993, p. 146 ss; Id., *Il pensiero politico di Weber*, Roma-Bari, Laterza, 1995, pp. 59-67.

<sup>93</sup> M. Weber, *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti* cit., pp. 37-48. In Weber la critica alla democratizzazione della burocrazia si inseriva in una riflessione più generale sulla necessità dell'obbedienza politica. Su questo tema cfr. A. D'Atorre, *Perché gli uomini ubbidiscono. Max Weber e l'analisi della socialità umana*, Napoli, Bibliopolis, 2004, in particolare pp. 201-235.

governo parlamentare era analoga a quella avanzata da Kelsen durante il processo costituente austriaco.<sup>94</sup>

Del resto, seppure sostanzialmente favorevole al mantenimento della monarchia, in *Wahlssystem und Demokratie in Deutschland* (*Sistema elettorale in Germania*) (1917), Weber aveva chiesto l'eliminazione del sistema elettorale «delle tre classi», a favore di un suffragio veramente universale e di una effettiva «rappresentanza popolare».<sup>95</sup> Istanze che appaiono, ancora una volta, simili a quelle espresse da Kelsen in riferimento alla prima repubblica austriaca. Proprio come il sociologo tedesco, Kelsen riteneva che il «potere reale» dello stato fosse esercitato dalla burocrazia.<sup>96</sup>

Il deputato è e resta sempre contadino ed operaio, segretario di stato di un sindacato, avvocato o funzionario dello stato, l'amministrazione invece costituisce per così dire la vita quotidiana dello stato, le sue funzioni richiedono l'uomo tutto intero, specialmente nello stato moderno con i suoi vasti compiti.<sup>97</sup>

E, proprio come Weber, Kelsen sottolineava che, in virtù delle sue speciali competenze, «ogni burocrazia inclina necessariamente all'autocrazia».<sup>98</sup>

La burocrazia appariva così in contrasto con una «democrazia coe-rente», ma, secondo Kelsen, il grado di «divisione del lavoro» e di specializzazione delle competenze raggiunto negli stati moderni era tale da rendere impossibile la democratizzazione dell'apparato amministrativo-burocratico, e quindi, in ultima analisi, la democrazia diretta.<sup>99</sup>

Richiamandosi alla "lezione weberiana", Kelsen criticava il progetto esposto da Lenin in *Stato e rivoluzione* e il tentativo di metterlo in pratica nella Russia sovietica proprio perché, a suo giudizio, non comprendeva la

<sup>94</sup> Cfr. Cap. 5.

<sup>95</sup> M. Weber, *Sistema elettorale e democrazia in Germania*, in Id., *Scritti politici*, con Saggio introduttivo di A. Bruno, *Politica e valori morali in Max Weber*, Catania, Niccolò Giannotti Editore, 1970, p. 171; pp. 184-186.

<sup>96</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 31-33; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 23-24).

<sup>97</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 33; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 23).

<sup>98</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 34; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 24).

<sup>99</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 35; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 24).

<sup>100</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 34-36; (Id., *Vom Wesen*

irrealizzabilità della democrazia diretta in un grande stato moderno.<sup>100</sup>

Con i socialdemocratici e, in particolare con Renner, Kelsen aveva condiviso la logica del governo parlamentare, ma, in *Essenza e valore della democrazia*, in polemica con il progetto sovietico, ribadiva e sottolineava la realizzabilità di un unico modello politico: la democrazia indiretta, parlamentare, in cui la «divisione delle competenze», come appreso da Weber, rendeva necessaria l'esistenza di funzionari di professione, la separazione del potere legislativo da quello esecutivo e impediva l'esercizio diretto delle funzioni pubbliche da parte del popolo.<sup>101</sup>

Alla luce di queste considerazioni, in *Essenza e valore della democrazia* la «funzione» della rappresentanza parlamentare e, in particolare, l'idea del parlamento come «organo dello stato» sembrerebbero rimandate ai concetti di divisione del lavoro e di specializzazione delle competenze.

Riccobono osserva che la giustificazione della pratica rappresentativa sulla base della divisione delle competenze compare in celebri opere kelseniane quali la *Allgemeine Staatslehre*, la *General Theory of Law and State* e perfino nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* (1960), ma non ricorda che questa viene formulata da Kelsen a partire da *Essenza e valore della democrazia*, attraverso un esplicito richiamo all'opera di Max Weber.<sup>102</sup>

Negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, in polemica con Jellinek e con la sua concezione dello stato e del diritto, Kelsen aveva definito il parlamento quale «organo della società», per poi indicarlo come «organo del popolo» negli articoli sul sistema proporzionale. Ma, in *Essenza e valore della democrazia*, in aperta polemica con il modello politico sovietico (che egli interpretava come un progetto fallito di democrazia diretta), il giurista si appropriava delle tesi di Weber, per rimpostare la sua concezione del parlamento: nel saggio del 1920 la definizione di parlamento come «organo dello stato» veniva così utilizzata da Kelsen per ribadire con forza il carattere inevitabilmente e necessariamente indiretto della democrazia reale.

A suo giudizio, neppure la Russia sovietica era riuscita a superare il paradigma della democrazia indiretta e rappresentativa, tanto che egli interpretava gli stessi Soviet come «corpi rappresentativi».<sup>103</sup>

und Wert der Demokratie cit., pp. 25-26).

<sup>101</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 39-40, (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 25-26).

<sup>102</sup> F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane* cit., p. 91.

<sup>103</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 22 ss; (Id., *Vom Wesen und*

Il cambiamento di prospettiva tra gli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e gli articoli sul proporzionale, da un lato, ed *Essenza e valore della democrazia*, dall'altro, appare connesso con la polemica di Kelsen contro il modello sovietico e le tesi di Lenin. Riteniamo, però, che questo importante passaggio venga «preparato» anche dal dibattito sulla Corte costituzionale, cui Kelsen partecipò direttamente. Tra il 1918 e il 1920, il giurista aveva considerato la Corte costituzionale essenzialmente come uno strumento per proteggere l'unità dello stato contro le spinte centrifughe dei Länder, unità che, a suo giudizio, si basava anzitutto sulla rivendicazione della sovranità da parte della Assemblea nazionale.<sup>104</sup>

Nei suoi interventi sulla Corte costituzionale, Kelsen si concentrò prevalentemente sulla Assemblea, sull'organo legislativo centrale, sottolineando il nesso tra Assemblea nazionale e stato, piuttosto che tra Assemblea e popolo. Da questo punto di vista, la definizione del parlamento quale «organo dello stato», che compare nel saggio del 1920, sembrerebbe, in parte, collegarsi alla interpretazione che, tra il 1918 e il 1920, Kelsen diede del confronto tra Centro e Länder.<sup>105</sup>

Ma se perfino l'esperimento sovietico appariva necessariamente costretto entro i parametri della «divisione» dei compiti, Kelsen si chiedeva, in *Essenza e valore della democrazia*, in quali termini la democrazia indiretta e rappresentativa, così come, ad esempio, si era invertea in Austria dopo la guerra mondiale, fosse differente dal sistema politico russo; Kelsen formulava la sua risposta muovendo dal concetto di popolo.<sup>106</sup>

Richiamandosi a considerazioni in parte elaborate durante gli anni precedenti,<sup>107</sup> Kelsen affermava che l'idea del popolo come «unità» era un postulato «etico-politico» finalizzato a legittimare la sovranità del popolo, popolo che, inteso quale unità compatta e organica, era, per Kelsen, una «funzione».<sup>108</sup> Il giurista ricordava che l'idea del popolo come «unità» era diventata il bersaglio di dure critiche da parte di coloro che

*Wert der Demokratie* cit., pp. 16 e ss).

<sup>104</sup> Cfr. Cap. 5.

<sup>105</sup> Cfr. Cap. 5.

<sup>106</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 2; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 3-4 e ss).

<sup>107</sup> Come aveva già osservato negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*; cfr. Cap. 2.

<sup>108</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 39-40; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 27).

<sup>109</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 40; (Id., *Vom Wesen und Wert*

chiedevano costituzioni in grado di valorizzare maggiormente la «differenziata struttura sociale».<sup>109</sup> Secondo Kelsen, una simile proposta era stata accolta nella Russia dei Soviet e dai Consigli degli operai e dei soldati fioriti in Germania e in Austria alla fine della guerra.<sup>110</sup> Egli riteneva che questo tentativo avesse, però, generato un problema ancora maggiore, esso aveva portato alla negazione della uguaglianza dei diritti, e cioè alla negazione di uno dei presupposti principali della democrazia reale (e ideale), poiché, a suo giudizio, «la costituzione consiliare costituisce il proletariato come una classe politicamente privilegiata [...] l'unica che goda dei diritti politici», una costituzione che, per Kelsen, era di tipo «attuale».<sup>111</sup>

Nella critica alla costituzione sovietica, compariva un richiamo a *Die*

*der Demokratie* cit., p. 27). Sulla critica kelseniana all'idea di popolo come «unità» cfr. G. Gavazzi, *Dalla libertà anarchica alla libertà democratica*, cit., pp. 343-345.

<sup>110</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 40; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 27). Sorti più tardi rispetto ai loro omonimi tedeschi, i Consigli austriaci degli operai e dei soldati erano stati ben presto controllati dalla SPÖ, che, in un'ottica di collaborazione governativa con le forze conservatrici, era riuscita a neutralizzare le frange più radicali del movimento. Il 1° marzo 1919 si era tenuta a Linz la prima Conferenza panaustriaca dei Consigli degli operai, durante la quale si era stabilito di concedere il diritto di voto nei Consigli a tutti i lavoratori che aderivano al programma socialista. In quell'occasione vennero inoltre regolamentate le elezioni dei Consigli austriaci degli operai e dei soldati a livello locale, distrettuale e provinciale. L'esperienza consiliare austriaca fu di breve durata; nel 1920 essa poteva definirsi conclusa, a causa, in parte, della stessa strategia politica adottata dalla SPÖ, che preferì una concreta politica di riforme sociali, piuttosto che rafforzare i Consigli. Nella primavera del 1920, i Consigli austriaci degli operai e dei soldati, di fatto, non esistevano più. Il 18 marzo venne infatti approvata la nuova legge sull'esercito che sanciva la fine dei Consigli dei soldati e l'istituzione, al loro posto, dei cosiddetti «Vertrauensmänner» (fiduciari) che avrebbero dovuto tutelare gli interessi sindacali dei soldati. Alcuni mesi dopo dalla sua promulgazione, questa legge divenne un serio motivo di contrasto tra socialdemocratici e cristiano-sociali: nell'estate del '20, il ministro socialdemocratico per gli affari militari, Julius Deutsch, reintrodusse con uno speciale decreto i Consigli degli operai appena sciolti, scatenando l'opposizione della CSÖ; questa, approfittando della situazione, pose così fine alla coalizione con la SPÖ. F. L. Carsten, *La rivoluzione nell'Europa centrale* cit., pp. 109-112; pp. 317-318; W. Guldinger-D. A. Binder, *op. cit.*, pp. 31-33; H. Hautmann, *op. cit.*, p. 237 ss.

<sup>111</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 39-40; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 27).

<sup>112</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 50; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 34). Anche in *Sozialismus und Staat* compariva un riferimento a Kautsky: Kelsen sottolineava con forza come il «padre» della socialdemocra-

*Diktatur des Proletariats* (La dittatura del proletariato) di Karl Kautsky, pubblicata nel 1918.<sup>112</sup> La decisione di riferirsi al saggio del socialdemocratico tedesco era tutt'altro che casuale o estemporanea. Nelle sue opere fondamentali,<sup>113</sup> Kautsky aveva duramente attaccato il bolscevismo e l'esperimento sovietico, e in opere apparse alla fine dell'800, come *Die Agrarfrage* (La questione agraria) o *Das Parlamentarismus, die Volksgesetzgebung und die Sozialdemokratie* (Il parlamentarismo, la legislazione popolare e la socialdemocrazia), Kautsky aveva rifiutato qualsiasi ipotesi di legislazione diretta o di eliminazione di un apparato amministrativo centralizzato, considerazioni che ricomparivano, in parte, in *Die Diktatur des Proletariats*.<sup>115</sup>

Nel saggio del 1918, Kautsky aveva acutamente contestato il paragone, stabilito da Lenin, tra la Comune di Parigi e i Soviet, poiché, a suo giudizio, «la Comune era stata l'opera di tutto il proletariato», mentre in Russia il partito bolscevico esercitava il potere «escludendo gli altri partiti

zia tedesca non avesse mai teorizzato la scomparsa dello stato nella futura società comunista. Egli citava a proposito quei passi di *Der Erfurt Programm* (Il programma di Erfurt), in cui Kautsky chiedeva la trasformazione dello stato ma non la sua soppressione. Secondo Kelsen, più di altri socialdemocratici, Karl Renner aveva chiaramente negato la possibilità di superare lo stato come ordinamento costrittivo. Kelsen si riferiva in particolare a *Marxismus Krieg und Internationale* (Marxismo, Guerra e Internazionale) (1917), in cui Renner aveva definito lo stato «un mezzo irrinunciabile di tecnica sociale». A Kautsky e a Renner, Kelsen riconosceva il merito di aver rifiutato quel carattere «anarchico» insito, a suo giudizio, nel pensiero di Marx. H. Kelsen, *Socialismo e stato* cit., pp. 106-109; p. 114. La centralità del concetto di stato nel pensiero politico renneriano emerge chiaramente da K. Renner, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica* cit. Sulla necessità dello stato nel pensiero di Renner e di Kautsky cfr. F. Russo, *op. cit.*, pp. 150-153; p. 165 ss.

<sup>113</sup> Ad esempio, *Demokratie oder Diktatur* (Democrazia e dittatura) e *Die Diktatur des Proletariats* (La dittatura del proletariato) (entrambi del 1918), *Terrorismus und Kommunismus* (Terrorismo e comunismo) (1919), *Die Internationale* (L'internazionale) (1920).

<sup>114</sup> M. L. Salvadori, *Kautsky e la rivoluzione socialista 1880-1938*, Milano, Feltrinelli, 1976, p. 232.

<sup>115</sup> S. Amato, *Parlamentarismo e socialdemocrazia nell'evoluzione del pensiero politico di Kautsky* cit., pp. 46-47; M. L. Salvadori, *Kautsky e la rivoluzione socialista 1880-1938*, Milano, Feltrinelli, 1976 pp. 234-235; C. M. Herrera, *La théorie juridique et politique chez Hans Kelsen* cit., p. 303. Sul pensiero di Kautsky in rapporto alla questione del parlamentarismo (e della democrazia politica), cfr. S. Amato, *Parlamentarismo e socialdemocrazia nell'evoluzione del pensiero politico di Kautsky* cit., e Id., *Parlamentarismo e partito operaio in K. Kautsky*, Firenze, CET, 1984.

<sup>116</sup> K. Kautsky, *La dittatura del proletariato* (trad. it di Id., *Die Diktatur des Prole-*

socialisti dalle sue formazioni di governo»<sup>116</sup> Tale critica si inseriva in una riflessione più articolata in cui il progetto bolscevico veniva attaccato per aver tentato di eliminare il parlamentarismo, la divisione del potere, l'apparato burocratico, per aver adottato una serie di misure che, secondo Kautsky, avevano portato alla nascita di una «dittatura centralizzata».<sup>117</sup> Nella prospettiva di Kautsky, Lenin e il suo partito avevano «eliminato la democrazia che il popolo russo aveva conquistato», ed avevano completato l'opera con una costituzione (emanata il 12 luglio 1918), in cui veniva stabilito che «non tutti gli abitanti dell'Impero russo, ma soltanto certe categorie hanno il diritto di eleggere deputati dei Soviet».<sup>118</sup> Secondo Kautsky, la costituzione sovietica aveva sancito una drastica limitazione dei diritti, in particolare dei diritti politici, per cui, a suo giudizio, la dittatura bolscevica non poteva essere definita una «dittatura del proletariato», bensì «la dittatura di un partito in seno al proletariato».<sup>119</sup>

Con *Die Diktatur des Proletariats*, Kautsky prendeva le distanze dall'esperimento sovietico che, nella sua analisi, aveva finito per «tradire» la stessa causa socialista.<sup>120</sup> Quest'ultimo aspetto era completamente assente in Kelsen che, però, proprio come Kautsky della *Diktatur des Proletariats*, vedeva nella costituzione sovietica una limitazione dei diritti politici e delle libertà.<sup>121</sup>

In un passo di *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen metteva in discussione la nuova costituzione russa con espressioni che, in parte, ricordavano quelle usate da Kautsky nel suo saggio del 1918:

gli elettori di città, cioè il proletariato industriale, disporrebbero di un voto quintuplo di fronte agli elettori di campagna, ai contadini e, si noti bene, ai contadini poveri che sono i soli ad avere il diritto di voto. [...] Inoltre, la libertà di associazione e di riunione, la libertà di manifestare le proprie opinioni e la libertà di stampa, garantite in forza della costituzione alla sola classe operaia [...] lo sono soltanto per gli appartenenti ad un determinato partito.<sup>122</sup>

*tariats*), con prefazione di G. Perticone, Roma, Editrice Atlasica, 1944, p. 17.

<sup>117</sup> Ivi, pp. 63-93.

<sup>118</sup> Ivi, p. 98; p. 105.

<sup>119</sup> Ivi, p. 108.

<sup>120</sup> Ivi, pp. 115-117.

<sup>121</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 49; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 34).

<sup>122</sup> *Ibidem*. La stessa critica compariva in *Sozialismus und Staat* cit., pp. 170-173.

<sup>123</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 49 ss; (Id., *Vom Wesen und*

Agli occhi di Kelsen la costituzione sovietica e la rappresentanza da essa prevista avevano un carattere sostanzialmente «attuale».<sup>123</sup>

La critica del giurista alla costituzione russa rappresenta di per sé uno degli elementi di maggior contatto tra il saggio del 1920 e quanto affermato da Kelsen, in sostanziale accordo con Renner, durante il processo costituente austriaco: negli articoli sul sistema proporzionale, Kelsen aveva rifiutato la «rappresentanza per interessi» dell'Impero asburgico, in quanto rappresentanza «ständisch» (attuale), opponendo ad essa la rappresentanza popolare, come l'unica possibile in un sistema veramente democratico.

Trascorsi alcuni anni, superata la polemica e il dibattito in merito al tipo di votazione che sarebbe stato adottato nella repubblica austriaca, lo spunto polemico diventava la rappresentanza così come questa era stata concepita nella costituzione sovietica e come, per un breve periodo, avevano tentato di realizzare perfino i Consigli tedeschi e austriaci.<sup>124</sup> La «continuità» tra le tesi del 1918 e quelle del 1920 permette di cogliere uno dei principi fondamentali nella visione kelseniana della democrazia reale, ossia la garanzia della uguaglianza dei diritti civili e politici.<sup>125</sup>

In un continuo alternarsi di «aperture» e «chiusure», di adesione alla democrazia reale e di analisi dei suoi limiti, Kelsen sottolineava, però, come l'uguaglianza dei diritti non riuscisse ad eliminare lo iato tra governanti e governati.<sup>126</sup>

Qui emerge, altresì, uno degli aspetti di maggiore differenza tra gli articoli sul sistema proporzionale ed *Essenza e valore della democrazia*. Nei primi, il giurista era essenzialmente teso a difendere una rappresentanza popolare più ampia possibile, che permettesse di dar voce ad un eterogeneo ventaglio di posizioni e programmi. Superato il periodo del dibattito sul diritto elettorale, nel saggio del 1920 prevaleva una visione più disincantata dell'ordinamento democratico e del suo funzionamento, una visione più realistica, connessa, a nostro giudizio, con la particolare concezione del parlamento che emergeva da *Essenza e valore della democrazia*. Mentre agli articoli sul sistema proporzionale era ancora sottesa l'idea del parlamento quale «organo del popolo», nel saggio del 1920 prevaleva la prospettiva opposta, che evidenziava la continuità tra stato e parlamento, piuttosto che tra popolo e parlamento, e quindi una prospettiva che portava alla luce, con maggiore

*Wert der Demokratie* cit., p. 34.

<sup>124</sup> In merito alla polemica di Kelsen sulla «rappresentanza per interessi» cfr. Cap. 4.

<sup>125</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 40-41. (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 30 ss).

incisività, lo iato tra eletti ed elettori, tra rappresentanti e rappresentati.

La stessa critica ha più volte sottolineato l'atteggiamento "realistico" di Kelsen, la sua consapevolezza della inevitabile distinzione tra chi comanda e chi è comandato, tanto che il nome del giurista è stato avvicinato al pensiero elitista classico.<sup>127</sup> Se la «teoria delle élites» prevede che il potere si struttura sempre in modo piramidale, in base ad una minoranza di governanti e ad una maggioranza di governati, allora la concezione democratica kelseniana, con le debite cautele e distinzioni, presenta davvero un carattere elitista, proprio a partire da *Essenza e valore della democrazia*.<sup>128</sup>

Nel saggio del 1920, Kelsen precisava che, nella democrazia reale, la distinzione tra «capi» e governati non comportava l'esercizio di un potere oppressivo dei primi sui secondi: il giurista anticipava così un tema che avrebbe riproposto nelle sue opere successive: in un sistema democratico, i «capi» sono controllati dal basso, dai cittadini che li «selezionano» attraverso le elezioni e che, grazie al meccanismo elettorale, possono riconfermarli o meno nei loro incarichi.<sup>129</sup> Una selezione che, come puntualizza Kelsen, si caratterizza per la pubblicità degli atti, per una lotta che si

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> G. Pecora, *La democrazia di Hans Kelsen. Un'analisi critica* cit., pp. 13-14; M. Barberis, *Introduzione* cit., p. 35; R. De Capua, *op. cit.*, p. 12.

<sup>128</sup> G. Sola, *La teoria delle élites*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 7; cfr. M. Stoppino, *Potere ed élites politiche*, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 1-3; S. Amato, *Presentazione a La teoria della classe politica di Rousseau a Mosca*, a cura di S. Amato, Firenze, CEB, 2001, p. XLI; P. Bacharach, *La teoria dell'elitismo democratico*, Napoli, Guida Editore, 1974, p. VIII.

<sup>129</sup> Questo aspetto sarebbe stato approfondito da Kelsen in opere successive, tanto da divenire un tratto distintivo della sua concezione democratica. Ricordiamo qui: H. Kelsen, *Sociologia della democrazia* cit., p. 39 ss; *Id.*, *La democrazia* cit., p. 21 ss; *Id.*, *Essenza e valore della democrazia* (1929) cit., pp. 129-140; *Id.*, *Difesa della democrazia* cit., pp. 84-85; *Id.*, *I fondamenti della democrazia* cit., pp. 251-255. In quest'ultima compare un significativo richiamo ad uno dei pensatori più rappresentativi dell'elitismo democratico, J. A. Schumpeter. Come Schumpeter, Kelsen riteneva che lo iato tra governanti e governati fosse insuperabile e, proprio come l'economista austriaco, considerava la democrazia una particolare tecnica di selezione della classe dirigente, diversamente da Schumpeter, negava che la competizione fosse il fine delle libere elezioni. Secondo Kelsen, scopo delle elezioni e della democrazia politica *tout court* erano piuttosto la ricerca e l'attuazione del compromesso e di una concreta intesa fra le forze politiche, entrambe potevano essere facilitate e rafforzate grazie al sistema proporzionale. Anche nelle *Foundations of Democracy*, Kelsen attribuiva al proporzionale la capacità di creare un concreto compromesso tra maggioranza e minoranza e di diminuirlo.

basa «sulla più vasta piattaforma», sulla «pubblica competizione», su una serie di condizioni che presuppongono il principio, proprio della «ideologia democratica», secondo cui «tutti i cittadini sono ugualmente atti a compiere qualsiasi funzione dello stato»<sup>130</sup>

Questa considerazione appare centrale in *Essenza e valore della democrazia*: l'individuazione dei limiti della democrazia reale non implicava la rinuncia all'idea che la volontà dello stato fosse creata dal basso. Kelsen precisava, però, che nella democrazia reale tale produzione non era mai diretta, avveniva attraverso il parlamento, o meglio, attraverso i governanti che, sebbene non coincidessero fisicamente con i governati, erano da loro scelti e autorizzati.<sup>131</sup>

Tra le «fonti» di pensiero politico che possono aver influenzato la stesura di *Essenza e valore della democrazia*, per ciò che concerne la distinzione tra capi e governati, Kelsen si ispirò probabilmente allo stesso Weber che, ad esempio, in *Parlament und Regierung* aveva sottolineato in più passi la inevitabile dicotomia tra governanti e governati nell'ordinamento democratico.<sup>132</sup> Proprio questa chiara consapevolezza sembra avvicinare il giurista austriaco anche al sociologo tedesco Robert Michels, autore cui Kelsen si

re il divario tra governati e governanti. *Id.*, *I fondamenti della democrazia* cit., pp. 370.

<sup>130</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* pp. 43-44. (*Id.*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 30 ss). Per Kelsen, questo principio rendeva necessaria una «educazione alla democrazia». Il giurista si richiamava ad un suo articolo, *Politische Weltanschauung und Erziehung* (*Visione politica ed educazione*), pubblicato nel 1913, sulle «Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung», in cui aveva chiesto di potenziare l'istruzione scolastica, in particolare la conoscenza del diritto, dello stato, delle sue funzioni e della politica come scienza, per rafforzare nelle giovani generazioni il senso di appartenenza alla propria comunità. H. Kelsen, *Politische Weltanschauung und Erziehung*, in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, 2 Bd cit., pp. 1514-1524.

<sup>131</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 43; (*Id.*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., p. 29).

<sup>132</sup> M. Weber, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania* cit., p. 57 ss. Nella seconda *Essenza e valore della democrazia* sarebbe scomparso qualsiasi riferimento a Weber, ma nel 1926 Kelsen ricordava ancora una volta il sociologo tedesco per aver compreso la particolare «natura» della classe dirigente nei sistemi democratici e la specifica differenza tra democrazia e autocrazia: «mediante l'elezione democratica, il capo non solo viene elevato al posto di comando dalla comunità sociale dei governati ma viene anche tratto da essa, dal suo interno. Ciò che Max Weber così felicemente chiama autocefalia è un tratto in larga misura caratteristico della democrazia che diversifica questa fattispecie dalla [...] autocrazia». H. Kelsen, *La democrazia* (trad. it di *Id.*, *Demokratie. Verhandlungen des 5. Soziologentages vom 26. bis 29. September 1926 in Wien*), in *Id.*, *Il primato del parlamento* cit., p. 25; p. 23 ss.

sarebbe esplicitamente richiamato solo nella seconda *Essenza e valore della democrazia*, ma che molto probabilmente egli conosceva già prima del '29.<sup>133</sup> Nella *Sociologia del partito politico* (1911), in cui Michels instaurava un diretto parallelo tra le dinamiche oligarchiche in seno ai partiti di massa e la democrazia reale, intesa come ordinamento politico, era presente una forte tensione tra democrazia reale e ideale, analoga a quella di *Essenza e valore della democrazia*.<sup>134</sup>

Per Michels, esattamente come per Kelsen, la democrazia ideale quale perfetta identità tra governati e governanti, ossia come perfetta autodeterminazione politica, era stata espressa da Rousseau.<sup>135</sup> Questo stesso "modello" di riferimento veniva, però, utilizzato da Michels e da Kelsen in maniera opposta: per Michels, la democrazia reale era una sostanziale «falsificazione» della democrazia ideale,<sup>136</sup> per Kelsen, come traspare da *Essenza e valore della democrazia* e come sarebbe stato ribadito nelle opere degli anni '20 fino alle *Foundations of Democracy*, la democrazia reale era un inveramento, una "traduzione" di quella ideale, una "traduzione" che presentava limiti e aporie, ma non per questo da condannare o rifiutare.<sup>137</sup>

La distinzione tra governati e governanti non era l'unica «limitazio-

<sup>133</sup> Nella seconda *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen riconosceva a Michels il merito di aver svelato la natura oligarchica dei partiti con programma democratico, come, ad esempio, la socialdemocrazia tedesca e di aver individuato quella stessa dinamica negli ordinamenti democratici. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929) cit., p. 71.

<sup>134</sup> R. Michels, *La sociologia del partito politico*, Bologna, Il Mulino, 1966, pp. 58-64; p. 189 ss. Su questo aspetto dell'opera di Michels cfr. l'efficace F. Tuccari, *I dilemmi della democrazia diretta. Max Weber e Robert Michels*, cit., pp. 230-231, p. 243; P. Ferrararis, *Saggi su Roberto Michels*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 188; E. A. Albertoni, *Introduzione a R. Michels, Potere e oligarchie. Antologia 1900-1910*, a cura e con introduzione di E. A. Albertoni, Milano, Giuffrè, 1989, p. 41.

<sup>135</sup> R. Michels, *La sociologia del partito politico* cit., p. 189.

<sup>136</sup> F. Tuccari, *I dilemmi della democrazia moderna. Max Weber e Robert Michels* cit., pp. 230-231.

<sup>137</sup> La selezione dal "basso" dei "capi" rappresentava per Kelsen uno degli aspetti positivi dell'ordinamento democratico, che lo distingueva dal suo opposto, l'autocrazia. Di parere completamente diverso era Michels, secondo cui l'elezione e l'istituto della rappresentanza parlamentare, tipici della democrazia reale, instauravano di fatto un vero e proprio dominio dell'eletto sull'elettore, del rappresentante sul rappresentato, proprio perché, come aveva insegnato Rousseau, la volontà non è né trasferibile, né delegabile. In tal senso, secondo Michels, l'elezione e la scelta dal basso della classe dirigente non garantivano una maggiore democraticità. R. Michels, *Struttura oligarchi-*

ne» cui veniva sottoposto il principio della sovranità popolare nella democrazia reale, ve ne era un'altra, connessa con la garanzia dei diritti: Kelsen notava infatti che in ogni sistema democratico una parte, anche se ristretta, di cittadini non godeva dei diritti politici (infermi, stranieri, anziani, criminali). Tra coloro cui spettavano questi diritti era poi possibile distinguere (weberianamente) tra «cittadini attivi», che esercitavano i loro diritti, e «cittadini passivi»,<sup>138</sup> che non li esercitavano.<sup>139</sup>

Proprio su questo piano, Kelsen completava il suo confronto con il modello sovietico. Egli sottolineava come, nonostante alcune restrizioni nel diritto di voto, gli ordinamenti democratico-rappresentativi prevedessero il riconoscimento della «universalità dei diritti», che, a suo giudizio, era sostanzialmente negato nella costituzione sovietica.<sup>140</sup> Concetto che, in *Essenza e valore della democrazia*, diventava centrale per distinguere tra la democrazia e l'autocrazia, tra un ordinamento basato sulla garanzia dei diritti e delle minoranze ed uno che non prevedeva né l'una né l'altro.<sup>141</sup>

Alla fine di *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen tornava così ad uno dei temi con cui aveva iniziato la sua analisi: la protezione delle minoranze.

Nel saggio del 1920, Kelsen leggeva l'esperienza sovietica e le tesi di Lenin come il tentativo di realizzare una democrazia diretta, che egli riteneva fallimentare. A suo giudizio, la Rivoluzione d'Ottobre aveva prodotto un

ca della democrazia, (1907) in Id., *Potere e oligarchie. Antologia 1900-1910* cit., p. 502; Id., *La sociologia del partito politico* cit., p. 189; Id., *Il concetto di conservatorismo in politica*, «Rivista fascista», X, 1932, in F. Tuccari, *I dilemmi della democrazia moderna. Max Weber e Robert Michels* cit., p. 324.

<sup>138</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., p. 46. (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 30-34).

Nella distinzione tra «elementi attivi e passivi», Kelsen sembrava richiamarsi alla contrapposizione tra «partecipanti "attivi" e "passivi" alla vita politica», posta da Weber in *Parlamento e governo...* cit., pp. 114-115.

<sup>139</sup> Nella seconda *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen avrebbe formulato in maniera più precisa questa stessa distinzione: «nella massa di coloro che, esercitando effettivamente i loro diritti, partecipano alla formazione della volontà dello stato, bisognerebbe distinguere fra coloro che, come massa senza giudizio, si lasciano guidare dall'influsso degli altri senza opinione propria, e quei pochi che intervengono realmente con una decisione personale [...] conferendo una determinata direzione alla formazione della volontà comune». H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929) cit., p. 62.

<sup>140</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 48-50; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 33-34).

<sup>141</sup> H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 53-54; (Id., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* cit., pp. 36-38).

sistema politico basato su molteplici corpi rappresentativi, su numerosi parlamenti che in, quanto tali, erano da ritenersi «organi dello stato».

Tutta l'analisi di *Essenza e valore della democrazia* sembrava finalizzata a mostrare come fosse impossibile superare i limiti della democrazia reale. Il saggio del 1920, con la sua critica alla finzione della rappresentanza, con la sua idea di parlamento quale «organo dello stato», con il riconoscimento della diade governanti-governati costituiva una risposta politica all'esperimento russo, al tentativo di realizzare una vera democrazia. A ciò, Kelsen obiettava che esisteva un unico tipo di ordinamento democratico, quello indiretto, basato sul parlamento, che, a suo giudizio, si distingueva dal sistema sovietico sul piano della garanzia dei diritti a tutti i cittadini. In tal senso, esiste una perfetta «circolarità» in *Essenza e valore della democrazia*: il saggio del 1920 inizia e si conclude, individuando un preciso nesso tra democrazia reale e garanzia dei diritti.

#### 6.4. Alcune considerazioni conclusive

In un tentativo di estrema sintesi, potremmo affermare che *Essenza e valore della democrazia* appare un «Giano bifronte»: ha due volti che guardano in direzioni diverse, eppure uniti. Da un lato, rappresenta la sintesi di motivi precedenti; nel saggio del 1920 la democrazia politica e reale è anzitutto o, come direbbe Kelsen, *inevitabilmente*, parlamentare. E tale considerazione non è soltanto il frutto della riflessione teorica: essa è riconducibile allo specifico contesto storico-politico in cui Kelsen si trova ad operare, caratterizzato dalla creazione e dalla affermazione in Austria (e in molti altri paesi europei) di repubbliche democratiche e parlamentari.<sup>142</sup>

Nel saggio del 1920, la rappresentanza politica e il sistema proporzionale sono concepiti in termini pressoché identici a quelli espressi negli articoli pubblicati tra il 1918 e il 1919, anche se rispetto ad essi intervengono due cambiamenti, uno più sottile, l'altro più evidente: in *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen correla il sistema proporzionale più direttamente alla garanzia dei diritti e delle libertà; al contempo, egli svela il carattere fittizio della rappresentanza parlamentare, e conclude che il parlamento è da intendersi quale «organo dello stato». È proprio in questo punto che il saggio del 1920 presenta un risvolto, una «faccia» che guarda verso una direzione differente, altra, rispetto a quella compresa tra la pubblicazione degli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e la nascita della prima repubblica austriaca.

<sup>142</sup> Cfr. Cap. 4.

A nostro giudizio, questo radicale cambiamento di prospettiva, che informa tutti i successivi contributi dedicati da Kelsen al problema del parlamento e della rappresentanza, è in parte preparato e anticipato dal dibattito sulla Corte costituzionale, durante il quale Kelsen individua un collegamento diretto tra unità dello stato e parlamento centrale. Tuttavia, riteniamo che esso sia più precisamente connesso con la «sfida» lanciata alle democrazie «borghesi» dalla Russia bolscevica. Contro il modello politico sovietico, Kelsen non oppone una visione mitizzata o ideale della democrazia politica; anzi, ne svela i limiti e le contraddizioni, per poter poi indicare quel «nocciolo duro», quella *Essenza* e quel *Valore* che, a suo giudizio, rendono l'ordinamento democratico-parlamentare preferibile al regime sovietico, e che consistono essenzialmente in una rappresentanza di tipo parlamentare, basata sulla piena garanzia dei diritti civili, dei diritti politici e dei diritti delle minoranze. In tal senso, la denuncia del carattere fittizio della rappresentanza parlamentare, la definizione del parlamento come «organo dello stato», il ribaltamento di quanto affermato negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e successivamente, sul piano più propriamente teorico-politico, negli articoli sul proporzionale si inseriscono in una riflessione più generale che cerca una legittimazione *realistica e forte* della democrazia politica e rappresentativa, una legittimazione che la renda alla altezza delle sfide poste dal suo tempo.

A quest'ultimo tipo di considerazione (e a molte altre) Kelsen rimane fedele anche nei suoi successivi contributi dedicati all'ordinamento democratico: se in *Essenza e valore della democrazia*, la sfida proviene dalla Russia sovietica, nella edizione del 1929, la minaccia giunge dall'interno stesso dell'Europa, da quei movimenti politici illiberali e antidemocratici che chiedono una rappresentanza di tipo corporativo.

Nel percorso che conduce al saggio del 1920 si intrecciano così pensiero politico, considerazioni di carattere teorico-giuridico, cambiamenti storico-politici e politico-istituzionali; ed il protagonista di questo percorso è sì Kelsen, ma affiancato da due importanti comprimari con i quali si confronta più o meno direttamente, più o meno consapevolmente: il maestro Georg Jellinek e l'amico Karl Renner.<sup>143</sup> Un percorso in cui prende forma una sensibilità *democratica e liberale* che diventerà una delle cifre principali del pensiero politico kelseniano.

<sup>143</sup> Cfr. Cap. 2; Cap. 4.

## Bibliografia

### Fonti inedite

Per la ricostruzione del dibattito politico-costituzionale nell'Austria del biennio 1918-1920 abbiamo utilizzato gli *Stenographische Protokolle* (Resoconti stenografici) della *Provisorische Nationalversammlung* (Assemblea nazionale provvisoria) (1918-1919) e quelli della *Konstituierende Nationalversammlung* (Assemblea nazionale costituente) (1919-1920).

I resoconti sono reperibili in microfiches presso la Biblioteca dell'Istituto universitario di Fiesole. In particolare, abbiamo fatto riferimento alle seguenti sedute della Assemblea nazionale provvisoria: 21 ottobre 1918; 30 ottobre 1918; 12 novembre 1918; 21 novembre 1918; 22 novembre 1918; 18 dicembre 1918; 19 dicembre 1918.

Per quanto riguarda i resoconti della Assemblea nazionale costituente ci siamo riferiti, nello specifico, alle sedute del: 4 marzo 1919; 14 marzo 1919; 29 settembre 1920.

Relativamente al dibattito politico-costituzionale austriaco del 1918-1919 ci siamo avvalsi, inoltre, di alcune tesi di laurea (Diploma Arbeit) e di dottorato (Doktorat Dissertation), reperibili presso la Nationalbibliothek di Vienna:

LOEBENSTEIN-LIERTZER H., *Wahlreformversuch in den österreichischen und böhmischen Ländern Cisleithaniens 1895-1910*, Doktorat Dissertation, Nationalbibliothek, Wien, 1980.

MÍKULČIK H., *Der Austromarxismus in der Zwischenkriegszeit als Versuch einer Synthese aus radikaler Phraseologie und praktischer Politik*, Diploma Arbeit, Nationalbibliothek, Wien, 1984.

PERCHTOLD G., *Hans Kelsen und die Krise der Staatslehre. Eine rechtsphilosophische Untersuchung*, Doktorat Dissertation, Nationalbibliothek, Wien, 1991.

PICHLER C., *Die Anschlusspolitik Otto Bauers 1918-1919. Paradigma eines Theorie praxis Konflikts*, Doktorat Dissertation, Nationalbibliothek, Wien, 1990.

ROSENKRANZ H., *Die demokratischen Mittelparteien der Zwischenkriegszeit*, Diploma Arbeit, Nationalbibliothek, Wien, 1998.

WEBER K., *Die österreichische Sozialdemokratie und das allgemeine Wahlrecht*, Doktorat Dissertation, Nationalbibliothek, Wien, 1965.

WEISS M., *Die Ausbreitung des allgemeinen und gleichen parlamentarischen Wahlrechts in der westlichen Reichshälfte der Habsburgermonarchie. Inaugural Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der philosophischen Fakultät der Ruprecht Karl Universität zu Heidelberg*, Heidelberg, 1965.

## Opere di Hans Kelsen

- KELSEN H., *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, Wien, Franz Deuticke, 1905 (trad. it. *La teoria dello stato in Dante*, Bologna, Boni, 1974).
- KELSEN H., *Kommentar zur öffentlichen Reichswahlordnung. Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBl. Nr. 17*, Wien, Manzische k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, 1907.
- KELSEN H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre der Rechtsätze*, Tübingen, J. B. C. Mohr, 1911 (trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1997).
- KELSEN H., *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr, 1911.
- KELSEN H., *Politische Weltanschauung und Erziehung*, «Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung», 2, 1913, pp. 1-26, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, 2 Bd, Wien, Europa Verlag, 1968.
- KELSEN H., *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*, «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 39, 1915, pp. 839-876 (trad. it. *Una fondazione della sociologia del diritto*, in Id., *Scienza giuridica e sociologia del diritto*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1992).
- KELSEN H., *Replik*, «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 41, 1916, pp. 850-853 (trad. it. *Replica*, in Id., *Scienza giuridica e sociologia del diritto* cit.).
- KELSEN H., *Schlusswort*, «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», 42, 1916-1917, p. 116 (trad. it. *Conclusione*, in Id., *Scienza giuridica e sociologia del diritto* cit.).
- KELSEN H., *Entwurf eines Gesetzes über die Einrichtung eines Verfassungsgerichtshofes*, 1918, in G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, «Hans Kelsen Institut», 1981.
- KELSEN H., *Das Proportionalsystem*, «Der österreichische Volkswirt», 23/11/1918, pp. 115-118.
- KELSEN H., *Ein einfaches Proportionalwahlsystem*, «Arbeiter Zeitung», 24/11/1918, pp. 2-3.
- KELSEN H., *Der Proporz im Wahlordnungsentwurf*, «Neue Freie Presse», 01/12/1918, pp. 3-4.
- KELSEN H., *Das Proportionalwahlsystem*, «Der österreichische Volkswirt», 07/12/1918, pp. 147-151.

- KELSEN H., *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterung herausgegeben*, Erster Teil, Wien-Leipzig, F. Deuticke, 1919.
- KELSEN H., *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», 1919-1920, pp. 98-122.
- KELSEN H., *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, 1919, in F. Ennacora, *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform*, Band 9/II, Wien, W. Braumüller, 1989.
- KELSEN H., *Die Verfassungsentwürfe*, 1919-1920, in G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung* cit.
- KELSEN H., *Zum Bundesverfassungsentwurf des Tiroler Landtages*, 1920, in G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung* cit.
- KELSEN H., *Die Vorentwürfe der österreichischen Verfassung*, 1920, in G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung* cit.
- KELSEN H., *Die Verfassung Deutschösterreichs*, «Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart», IX Bd, 1920, pp. 245-290.
- KELSEN H., *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, J. B. C. Mohr, 1920 (trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Un contributo ad una teoria pura del diritto*, a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989).
- KELSEN H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J. B. C. Mohr, 1920 (trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *Lineamenti di una teoria generale dello Stato e altri scritti*, a cura di A. Volpicelli, Roma, A.R.E., 1932).
- KELSEN H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920) (trad. it. in Id., *Dottrina dello stato*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1994).
- KELSEN H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920) (trad. it. in Id., *Essenza e valore della democrazia*, a cura di A. Carrino, Torino, Giapichelli Editore, 2004).
- KELSEN H., *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1920 (trad. it. *Socialismo e stato*, a cura di R. Racinaro, Bari, De Donato, 1978).

- KELSEN H., *Demokratisierung der Verwaltung*, «Zeitschrift für Verwaltung», 54, 1921, pp. 5-15 (trad. it. *La democratizzazione dell'amministrazione*, in Id., *Il primato del parlamento*, a cura di P. Petta, Milano, Giuffrè, 1981).
- KELSEN H., *Die Verfassung Österreichs*, «Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart», XI Bd, 1922, pp. 232-243.
- KELSEN H., *Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates*, «Soziologische Hefte», 2, 1922, pp. 18-37 (trad. it. *Stato e diritto*, in Id., *Sociologia della democrazia*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1992).
- KELSEN H., *Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*, Tübingen, J. B. Mohr, 1923.
- KELSEN H., *Vorwort zu Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre der Rechtssätze*, Tübingen, J. B. Mohr, 1923 (trad. it. *Premessa a Problemi fondamentali del diritto pubblico dello stato*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1997).
- KELSEN H., *Gott und Staat*, «Logos», 11, 1923, pp. 261-284 (trad. it. *Dio e stato*, in Id., *Dio e stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1988).
- KELSEN H., *Verfassungs und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, «Zeitschrift für schweizerisches Recht», 52, 1923-1924, pp. 126-161 (trad. it. *La giurisdizione costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1° Ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, con premessa di A. La Pergola, 1981).
- KELSEN H., *Allgemeine Staatslehre* (1925), Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1997.
- KELSEN H., *Zur Soziologie der Demokratie*, «Der österreichische Volkswirt», 19, 1926, pp. 209-211; 239-242, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, 2 Bd cit.
- KELSEN H., *Zur Soziologie der Demokratie* (1926) (trad. it. *Sociologia della democrazia* in Id., *Essenza e valore della democrazia*, a cura di A. Carrino cit.)
- KELSEN H., *Demokratie. Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages vom 26. Bis 29. September 1926 in Wien*, Tübingen, J. B. C. Mohr, 1926, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, 2 Bd cit.

- KELSEN H., *Demokratie. Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages vom 26. Bis 29. September 1926 in Wien* (trad. it. *Democrazia*, in Id., *Il primato del parlamento* cit.)
- KELSEN H., *Die Idee des Naturrechts*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», 7, 1927-1928, pp. 221-250, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, 1 Bd cit.
- KELSEN H., *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts und des Rechtspositivismus. Philosophische Vorträge*, veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft, 31, Charlottenbourg, Pan Verlag Rolf Heise, 1928, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule...*, 1 Bd cit.
- KELSEN H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, F. Deuticke, 1929 (trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *Democrazia e cultura*, con introduzione e a cura di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 1955).
- KELSEN H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) (trad. it. in Id., *La democrazia*, con introduzione e a cura di G. Gavazzi, Bologna, Il Mulino, 1981).
- KELSEN H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) (trad. it. in Id., *La democrazia*, con introduzione e a cura di M. Barberis, Bologna, Il Mulino, 1998).
- KELSEN H., *Juristisches Formalismus und reine Rechtslehre*, «Juristische Wochenschrift», 58, 1929, pp. 1723-1726 (trad. it. *Formalismo giuridico e dottrina pura del diritto*, in H. Kelsen-R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale*, Napoli, ESI, 1992).
- KELSEN H., *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, «Die Justiz», 6, 1931, pp. 576-628 (trad. it. *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale* cit.)
- KELSEN H., *Verteidigung der Demokratie*, «Blätter der Staatspartei», 2, 1932, pp. 90-98 (trad. it. *Difesa della democrazia*, in Id., *Essenza e valore della democrazia*, a cura di A. Carrino cit.)
- KELSEN H., *Staatsform und Weltanschauung*, Tübingen, J. B. C. Mohr, 1933 (trad. it. *Forme di governo e concezioni del mondo*, in Id., *Il primato del parlamento*, cit.)
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, F. Deuticke, 1934 (trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, Einaudi, 1952).
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934) (trad. it. in Id., *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, con prefazione di R. Treves, Torino, Einaudi, 2000).

- KELSEN H., *The Law as a Special Social Technique*, «The University of Chicago Law Review», 9, 1941, pp. 571-581 (trad. it. *Il diritto è una speciale tecnica sociale*, in Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato*, Torino, Comunità, 1966).
- KELSEN H., *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Chicago, The University Chicago Press, 1943 (trad. it. *Società e natura. Ricerca sociologica*, con prefazione di R. Treves, Milano, Bollati Boringhieri, 1992).
- KELSEN H., *Peace through Law*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1944 (trad. it. *La pace attraverso il diritto*, con premessa di L. Ciaurro, Torino, Giappichelli Editore, 1994).
- KELSEN H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945 (trad. it. *La teoria generale del diritto e dello stato*, con prefazione di E. Gallo e introduzione di G. Pecora, Milano, ETAS libri, 1994).
- KELSEN H., *Law, State and Justice in the Pure Theory of Law*, «The Yale University Journal», 57, 1948, pp. 377-390 (trad. it. *Diritto, stato e giustizia nella dottrina pura del diritto*, in Id., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato cit.*)
- KELSEN H., *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1948 (trad. it. *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello stato cit.*)
- KELSEN H., *The Communist Theory of Law*, New York, Frederick A. Praeger Inc., 1955 (trad. it. *La teoria comunista del diritto*, con nota introduttiva di G. Treves, Torino, Comunità, 1956).
- KELSEN H., *Foundations of Democracy*, «Ethics», 66, 1955, pp. 1-101 (trad. it. *Fondazioni della democrazia*, in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis cit.)
- KELSEN H., *Die Einheit des Völkerrechts und staatlichen Rechts*, «Zeitschrift für ausländisches Recht», 9, 1958, pp. 234-248, ora in *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, 2 Bd cit.
- KELSEN H., *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Wien, F. Deuticke, 1960 (trad. it. *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. G. Losano, Torino, Einaudi, 1990).
- KELSEN H., *Die Funktion der Verfassung. Verhandlungen des zweiten Österreichischen Juristentages*, Wien, 1964, pp. 65-76, ora in *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, 2 Bd cit.

## Opere di Georg Jellinek

- JELLINEK G., *Das Verhältnis des Abgeordneten zur Wählerschaft* (1881), in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd, Berlin, Verlag von O. Harring, 1911.
- JELLINEK G., *Die Entwicklung des Ministeriums in der konstitutionellen Monarchie* (1883), in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd cit.
- JELLINEK G., *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, Alfred Hödler, K. K. Hof und Universitäts-Buchhändler, 1885.
- JELLINEK G., *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlichen Grundlagen*, Freiburg, J. C. B. Mohr, 1887.
- JELLINEK G., *Die Politik des Absolutismus und Radikalismus. Hobbes und Rousseau. Vortrag gehalten in der Aula des Museums zu Basel am 10. Februar (1893)*, in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd cit.
- JELLINEK G., *Systema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano-Napoli, Società Editrice libraria Roma, 1912 (trad. it. di *System der öffentlichen subjektiven Rechte*, 1892).
- JELLINEK G., *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale*, a cura di G. Bongiovanni, Roma-Bari, Laterza, 2002 (trad. it. di *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, 1895).
- JELLINEK G., *Das Wahlrecht in den Vereinigten Staaten* (1895), in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd cit.
- JELLINEK G., *Der Entwurf der österreichischen Wahlreform* (1895), in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd cit.
- JELLINEK G., *Das Recht der Minoritäten*, Berlin, Humboldt Verlag, 1898.
- JELLINEK G., *La dottrina generale dello stato* (1900), a cura di V. E. Orlando, Milano, Giuffrè, 1949 (trad. it. di *Die Allgemeine Staatslehre*, 1900).
- JELLINEK G., *Die parlamentarische Obstruktion* (1903), in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd cit.
- JELLINEK G., *Das Pluralwahlrecht und seine Wirkungen*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1905.
- JELLINEK G., *Verfassungsänderung und Verfassungswandel. Eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*, Berlin, Verlag O. Harring, 1906.
- JELLINEK G., *Regierung und Parlament in Deutschland. Vortrag gehalten am 13. März 1909 in der Gelehrtenversammlung zu Dresden, Leipzig*, B. G. Teubner, 1909.
- JELLINEK G., *Bundesstaat und parlamentarische Regierung* (1911), in Id., *Ausgewählte Schriften und Reden*, 2 Bd cit.

## Opere di Kari Renner

- SYNOPTICUS, [RENNER K.], *Staat und Nation* (1899), in Id., *Schriften*, hrsg. mit einem Nachwort von A. Pelinka, Wien, Residenz Verlag, 1994.
- SPRINGER R., [RENNER K.], *Staat und Parlament. Kritische Studie über die österreichische Frage und das System der Interessenvertretung*, Wien, Kommissionsverlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand, 1901.
- SPRINGER R., [RENNER K.], *Die österreichische Frage und das System der Interessenvertretung*, Wien, 1901.
- SPRINGER R., [RENNER K.], *Mehrheits- oder Volksvertretung? Zur Aufklärung der intellektuellen und industriellen Klassen über ihre Interesse an einer Wahlreform, so wie ihr Wesen, Arten und Bedeutung der Proportionalwahl*, Wien-Leipzig, Franz Deuticke, 1904.
- SPRINGER R., [RENNER K.], *Grundlagen und Entwicklungsziele der österreichisch-ungarischen Monarchie*, Wien, 1907.
- RENNER K., *Die Freiheit über Alles!*, «Der Kampf», 7, 1908 pp. 289-297.
- RENNER K., *Die nationale Autonomie und ihre Verwaltung*, «Der Kampf», 9, 1908, pp. 70-78.
- RENNER K., *Was ist die nationale Autonomie? Was ist soziale Verwaltung? Einführung in die nationale Frage und Erläuterung der Grundsätze des nationalen Programms der Sozialdemokratie*, Wien, Verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand & Co., 1913.
- RENNER K., *Der Proporz in den Industriegemeinden Niederösterreich*, Wien, 1914.
- RENNER K., *Österreichische Erneuerung. Politisch-programmatische Aufsätze von Dr. Karl Renner, Reichsabgeordnetem*, Wien, Verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand & Co., 1916.
- RENNER K., *Politische Demokratie und nationale Autonomie. Rede des Abgeordneten Dr. Karl Renners und Debatte auf dem Parteitag der deutschen Sozialdemokraten in Österreich*, Wien, 1917.
- RENNER K., *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, Leipzig-Wien, J. Deuticke, 1917.
- RENNER K., *Marxismus, Krieg und Internationale*, Stuttgart, Verlag von J. H. W. Diess, 1918.
- RENNER K., *An der Übergangsschwelle von der Demokratie zum Sozialismus*, «Der Kampf», 2, 1919, pp. 65-74.
- RENNER K., *Die Leitsätze für ein politisch-ökonomisches Programm der Koalition* (1919), in G. Schmitz, *Karl Renners Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen*, Wien, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1991.

- RENNER K., *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica* (1929), a cura di A. Agnelli, Bologna, Il Mulino, 1981 (trad. It *Die soziale Funktion des Rechtsinstituts*, 1929)

## Altri autori

- ADLER M., *Zur Verfassungsreform*, «Der Kampf», 8, 1920, pp. 299-302.
- AUSTERLITZ F., *Staat und Länder*, «Der Kampf», 9, 1919, pp. 329-333.
- AUSTERLITZ F., *Die Lebenslüge der Verfassungsreform*, in «Der Kampf», 5, 1920, pp. 169-175.
- BAUER O., *Die Nationalitätenfrage und die Sozialdemokratie*, Wien, 1907.
- BAUER O., *La realizzazione del socialismo*, Città di Castello, Il Solco casa editrice, 1920.
- BERNATZIK E., *Republik oder Monarchie*, Freiburg, Akademisches Verlagbuchhandlung von J. C. B. Mohr, 1892.
- BERNATZIK E., *Das System der Proportionalwahl* «Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Wirtschaft im Deutschen Reich», 17. Jg, hrsg. von G. Schmoller, Leipzig, Verlag Duncker & Humbold, 1893, pp. 35-68.
- BERNATZIK E., *Über den Begriff der juristischen Person. Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere* (1899), mit einem Geleitwort von G. Winkler, Wien, New York, Springer Verlag, 1996.
- BERNATZIK E., (hrsg.) *Die österreichische Verfassungsgesetze*, vol. I, Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld, 1906.
- BERNSTEIN E., *I presupposti del socialismo e i compiti della socialdemocrazia*, con introduzione di L. Colletti, Roma-Bari, 1974.
- CONSTANT B., *Antologia degli scritti politici*, a cura di A. Zanfarino, Bologna, Il Mulino, 1962.
- CONSTANT B., *Principi di politica*, a cura di U. Cerroni, Roma, Saponà e Savelli, 1965.
- EHRlich G., *Sociologia del diritto*, in G. Ehrlich-H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto cit.*
- EHRlich G., *Replica*, in G. Ehrlich-H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto cit.*
- HASBACH W., *Die moderne Demokratie*, Jena, 1912.
- HASBACH W., *Ist Montesquieu ein Anhänger des Volkssouveränität?*, Jena, 1912.

- HELLER H., *La crisi della dottrina dello stato*, in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato*, a cura di P. Pasquano, Milano, Giuffrè, 1987.
- HELLER H., *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello stato e del diritto internazionale*, in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato* cit.
- KAUTSKY K., *La dittatura del proletariato*, con prefazione di G. Perticone, Roma, Editrice Atlantica, 1944.
- LENIN V. I., *I Soviet e la Comune*, in Id., *La Comune di Parigi. Il primo esperimento di potere proletario nella riflessione leniniana sulla democrazia socialista dei soviet*, trad. it. a cura di E. Santarelli, Roma, Editori Riuniti, 1971.
- LENIN V. I., *Stato e rivoluzione e lo studio preparatorio Il marxismo sullo stato*, a cura di P. Marconi, Roma, Edizioni Sansoni e Savelli, 1972.
- MICHELIS R., *La sociologia del partito politico*, Bologna, Il Mulino, 1963.
- MICHELIS R., *Potere e oligarchie. Antologia 1900-1910*, a cura e con introduzione di E. A. Albertoni, Milano, Giuffrè, 1989.
- MILL J. S., *Considerazioni sul governo rappresentativo*, a cura di G. Prospero, Roma, Editori Riuniti, 1999.
- ROUSSEAU J. J., *Contratto sociale*, in Id., *Scritti politici*, a cura di E. Garin, Roma Bari, Laterza, 1994.
- SCHMITT C., *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981.
- TOCQUEVILLE DE A., *La democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Milano, Rizzoli, 1982.
- WEBER M., *Sistema elettorale e democrazia in Germania*, in Id., *Scritti politici* con saggio introduttivo di A. Bruno, *Politica e valori morali in Max Weber*, Catania, Niccolò Giannotti, 1970.
- WEBER M., *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, a cura di F. Fusillo, Roma-Bari, Laterza, 1993.

#### Stampa periodica

- Das Landerhaus*, «Arbeiter Zeitung», 11/02/1920, pp. 1-2.
- Die Salzburger Landerkonferenz*, «Arbeiter Zeitung», 12/02/1920, pp. 3-4.
- Die Salzburger Landerkonferenz*, «Arbeiter Zeitung», 17/02/1920, pp. 2-3.
- Die Landerkonferenz und die neue Verfassung*, «Neue Freie Presse», 13/10/1919, pp. 2-3.

- Das Koalitionsprogramm*, «Neue Freie Presse», 18/10/1919, p. 2.
- Konstituierende Nationalversammlung*, «Neue Freie Presse», 12/02/1920, p. 2.
- Edmund Bernatzik. Worte gesprochen an seinem Grabe*, «Neue Freie Presse», 3/04/1919, pp. 8-9.
- Seipel I., *Die Verfassungsfrage ein Jahr nach der Wahl*, «Reichspost», nr. 45, 15/02/1920, p. 2.
- Die Salzburger Landerkonferenz*, «Reichspost», nr. 46, 16/02/1920, pp. 1-2.
- Letteratura critica**
- ALBERTONI E. A., *Die Grundlegung der Verfassung*, in E. Weinzierl und K. Skalnik (Hrsg.), *sterreich. Geschichte der ersten Republik 1918-1938*, Styria, Graz, 1983.
- ADAMOVICH L., *Edmund Bernatzik*, in *Neue deutsche Biographie*, XI, Berlin, Duncker & Humboldt, 1977.
- AGNELLI A., *Questione nazionale e socialismo. Contributo allo studio di Karl Renner e Otto Bauer*, Bologna, Il Mulino, 1968.
- AGNELLI A., *Introduzione a K. Renner, Gli istituti del diritto privato e la loro funzione giuridica* cit.
- ALBERTONI E. A., *Introduzione a R. Michels, Potere e oligarchie. Antologia 1900-1910* cit.
- AMATO S., *Parlamentarismo e partito operaio in Karl Kautsky*, Firenze, CET, 1984.
- AMATO S., *Il problema "partito" negli scrittori politici tedeschi (1851-1914)*, Firenze, CET, 1992.
- AMATO S., *La parlamentarizzazione bloccata: rappresentanza e governo nella Germania guglielmica (1900-1914)*, in *La rappresentanza politica in Europa tra Otto e Novecento*, a cura di C. Curini, Firenze, CET, 1993.
- AMATO S., *Presentazione a La teoria della classe politica da Rousseau a Mosca*, a cura di S. Amato, Firenze, CET, 2001.
- AMATO S., *Parlamentarismo e socialdemocrazia nell'evoluzione del pensiero politico di Kautsky*, introduzione a K. Kautsky, *La rivoluzione sociale. Riforme e rivoluzione sociale (1907)*, Firenze, CET, 2002.
- ANWEILER O., *Storia dei soviet. I consigli di fabbrica in U.R.S.S. 1905-1921*, Roma-Bari, Laterza, 1972.
- ARATO A., Zappellini, Brusa, G. Carmagnola, F. Leser, N., *Causalit e teleologia nel criticismo di Max Adler*, Roma, Editori Riuniti, 1977.
- BACHARACH P., *La teoria dell'elitismo democratico*, Napoli, Guida Editore, 1974.

- BARBERIS M., *Kelsen e la giustizia costituzionale*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XII, 1982, pp. 225-242.
- BARBERIS M., *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia* cit.
- BATTAGLIA F., *Classici del liberalismo e del socialismo. Le carte dei diritti*, Firenze, Sansoni, 1946.
- BAUER W., *Wertrelativismus und Wertbestimmtheit im Kampf um die Weimarer Demokratie*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1968.
- BAUME S., *Penseur de l'Etat in Carl Schmitt, La valeur de l'Etat et la signification de l'individu, introduction a C. Schmitt, La valeur de l'Etat et la signification de l'individu (1913), introduction et traduction par S. Baume*, Genève, Librairie Droz, 2003.
- BEDESCHI G., *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, Laterza, 1993.
- BERCHTOLD K., *Österreichische Parteiprogramme 1868-1966*, Wien, Verlag für Geschichte und Politik, 1967.
- BERCHTOLD K., *Die politischen Parteien und ihre parlamentarischen Klubs seit 1918*, in *Österreichs parlamentarismus. Werden und System* hrsg. von H. Schambeck, Berlin, Duncker & Humboldt, 1986.
- BOBBIO N., *Studi generali sulla teoria del diritto*, Milano, Giuffrè, 1952.
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla forma, nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977.
- BOBBIO N., *Max Weber e Hans Kelsen*, «Sociologia del diritto», VIII, 1981, pp. 136-182.
- BOBBIO N., *La regola della maggioranza*, in N. Bobbio, C. Offe, S. Lombardi, *Democrazia, maggioranza, minoranza*, Bologna, Il Mulino, 1981.
- BOBBIO N., *Kelsen e il problema del potere*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», LVII, 1981, pp. 549-570.
- BOBBIO N., *Stato, governo, società, frammenti di un dizionario politico*, Torino, Einaudi, 1985.
- BOBBIO N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, ESI, 1992.
- BOBBIO N., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi, 1994.
- BÖCKENFÖRDE W., *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert*, in *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, hrsg. von W. Böckenförde unter Mitarbeit von R. Wahl, Köln, Kiepenheuer & Witsch, 1998.
- BÖHM E., *Die Gesellschaftstheorie von Karl Renner und Otto Bauer*, in *Zwischen Austromarxismus und Katholizismus. Festschrift für Norbert Leser*, Wien, Braumüller, 1993.

- BONGIOVANNI G., *Il contributo di Hans Kelsen alla costituzione austriaca del 1920. Costruzione del sistema democratico parlamentare tra Rechtsstaatlichkeit e trasformazioni dello stato*, Dissertazione di dottorato, Università di Torino, 1991.
- BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. Hans Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998.
- BONGIOVANNI G., *Il contributo di Hans Kelsen alla costituzione austriaca del 1920*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002.
- BONGIOVANNI G., *Spirito protestante, libertà religiosa e Dichiarazioni americane e francese. I diritti dell'uomo tra storicità e positivazione nella riflessione di Georg Jellinek*, introduzione a G. Jellinek, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale* cit.
- BOTTOMORE T., *Introduction to Austromarxism. Texts Translated and Edited by T. Bottomore*, Oxford, Clarendon Press, 1978.
- BOYZ G., *Fascismo e autoritarismo*, in *Il caso Austria. Dall'Anschluss all'era Waldheim*, a cura di R. Cazzola e G. E. Rusconi, Torino, Einaudi, 1988.
- BOTZENHART M., *Deutsche Verfassungsgeschichte 1804-1949*, Köln, Stuttgart, Berlin, Verlag W. Kohlhammer, 1993.
- BOYER J. W., *Culture and Political Crisis in Vienna. Christian Socialism in Power 1897-1918*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1995.
- BRAUNEDER W., *Die Entstehung des Parlamentarismus 1861-1867 und seine Weiterentwicklung*, in *Österreichs parlamentarismus. Werden und System* cit.
- BRAUNEDER W., *Die Funktionen des Reichsrats*, in *Österreichs parlamentarismus. Werden und System* cit.
- BRAUNEDER W., *Juristen in Österreich*, Wien, Orac, 1987.
- BRAUNEDER W., *Karl Renner's Entwurf einer provisorischen Verfassung*, in *Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag*, hrsg. von H. Mayer gemeinsam mit C. Jabloner, G. Kluckhohn-Stadlmayer, R. Laurer, K. Ringhofer, R. Thiele, Wien, Manzschsche Verlag, 1991.
- BRAUNEDER W., *Österreichische Verfassungsgeschichte. Einführung in Entwicklung und Struktur*, Wien, Manzschsche Verlag, 1992.
- BRAUNEDER W., *Das Verhältnis Gesamtstaat-Länder und die Entstehung der Republik Deutschösterreich*, in *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder. Demokratisierung und Verfassung in den Ländern 1918-1920*, Wien, Manzschsche Verlag, 1996.

- BRAVO G. M., *Il pensiero politico del Novecento*, Casale Monferrato, Piemme, 1994.
- BREUER S., *Georg Jellinek und Max Weber: Von der sozialen zur soziologischen Staatslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1999.
- BROGIONE MARGIOTTA C., *Bobbio e Matteucci su costituzionalismo e positivismo giuridico. Con una lettera di Norberto Bobbio a Nicola Matteucci*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2, 2000, pp. 387-426.
- BULYGIN E., *Norme, validità e sistemi normativi*, Torino, Giappichelli, 1995.
- CARAVITA B., *Cortis «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi*, Padova, Cedam, 1985.
- CARINI C., *Introduzione a La rappresentanza politica tra le due rivoluzioni 1789-1848*, a cura di C. Carini, Firenze, CET, 1991.
- CARR E. H., *La rivoluzione bolscevica*, Torino, Einaudi, 1964.
- CARRINO A., *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, ESI, 1984.
- CARRINO A., *Vita e forme in Kelsen*, intr. a H. Kelsen, *Dio e stato...* cit.
- CARRINO A., *Sistemi normativi statali e dinamici. Analisi di una tipologia kelseniana*, a cura di L. Gianformaggio, Torino, Giappichelli, 1990.
- CARRINO A., *Stato, società e ragione*, intr. a G. Ehrlich-H. Kelsen, *Scienza giuridica e sociologia del diritto* cit.
- CARRINO A., *Max Weber et Hans Kelsen*, in *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt. Colloque organisé par l'UNED 1994*, Paris, CNRS, 1995.
- CARSTEN F. L., *The First Austrian Republic 1918-1938. A Study Based on British and Austrian Documents*, Gower, Maurice Temple Smith, 1978.
- CARSTEN F. L., *Eduard Bernstein 1850-1932. Eine politische Biographie*, München, Verlag C. H. Beck, 1993.
- CASINI P., *Il pensiero politico di Rousseau. Introduzione a Rousseau*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- CASERTA M., *La forma e l'identità. Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2005.
- CAU M., *Hans Kelsen et la théorie de l'Etat chez Dante*, in «Laboratoire italien. Politique et société. Droit et littérature», 5, Paris, ENS Édition, 2004.
- CEDRONI L., *Il lessico della rappresentanza politica*, Messina, Il Rubettino, 1996.

- CELANO B., *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Un'introduzione critica*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- CIAURRO L., *Premessa a H. Kelsen, La pace attraverso il diritto* cit.
- COLLOTTI E., *Fascismo, fascismi*, Firenze, Sansoni, 2000.
- COTTA S., *La rappresentanza politica*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Matteucci e N. Bobbio, Torino, UTET, 2004, pp. 800-805.
- CRESSATI C., *La libertà e le sue garanzie. Il pensiero politico di J. S. Mill*, Bologna, Il Mulino, 1988.
- CRINELLA G., *Norme e valori in Kelsen*, Urbino, Quattroventi, 1997.
- CZEIKE F., *Edmund Bernatzik*, in *Historische Lexikon*, Wien, Kremayr & Scherian, 1994.
- D'ATTORRE A., *Perché gli uomini ubbidiscono. Max Weber e l'analisi della socialità umana*, con prefazione di R. Bodei, Napoli, Bibliopolis, 2004.
- DE ALOYSIO F., *Il Gerofante e la Gorgone. Quattro saggi su Kelsen e un'appendice su Hobbes*, Roma, Bulzoni editore, 1996.
- DE CAPUA R., *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, Roma, Carocci, 2003.
- DE GIORGI R., *Wer rettet Marx von Kelsen?*, in *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, hrsg. von W. Krawietz und H. Schelsky, Berlin, Duncker & Humboldt, 1984.
- DERATHÉ R., *Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 1993.
- DIAMANT A., *I cattolici austriaci e la prima repubblica 1918-1934*, Roma, Cinque Lune, 1964.
- DREIER H., *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1986.
- DREIER H., *Hans Kelsen*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, hrsg. von H. Heinrichs, München, C. H. Beck, 1993.
- DUSO G., *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, F. Angeli, 2003.
- DYZENHAUS D., *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, New York, Oxford University Press, 1997.
- ERMACORA F., *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920). Die Protokolle des Unterausschusses des Verfassungsausschusses*, Wien, Horn, 1967.
- ERMACORA F., *Österreichischer Föderalismus vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat*, Wien, W. Braumüller, 1976.

- ERMACORA F., *Die Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*, Wien, Universitätsbuchhandlung, 1981.
- ERMACORA F., *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform*, Band 9/II, Wien, W. Braumüller, 1989.
- ERMACORA F., *Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Die Sammlung der Entwürfe zur Staats- bzw. Bundesverfassung*, Band 9/IV cit.
- FERRAJOLI L., *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità. Atti del XIX Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica*, Trento 29-30 settembre 1994, a cura di M. Baschi, Milano, Giuffrè, 1997.
- FERRAJOLI L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- FERRARIS P., *Saggi su R. Michels*, Napoli, Jovene, 1993.
- FETSCHER, I., *La filosofia politica di Rousseau*, Milano, Feltrinelli, 1977.
- FIORAVANTI M., *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1978.
- FIORAVANTI M., *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento in Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1986.
- FIORAVANTI M., *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999.
- FIORAVANTI M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra Ottocento e Novecento*, vol I, Milano, Giuffrè, 2001.
- FIORAVANTI M., *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- FOLLIS M., *Consigli operai*, in *Dizionario di politica cit.*, pp. 172-175.
- FROSINI V., *Maggioranza e minoranza nelle assemblee rappresentative*, in *Gli aspetti sociali delle istituzioni rappresentative (sec. XIX-XX)*, saggi a cura di V. Conti e E. Pii, con *Presentazione* di S. Mastellone, Firenze, CET, 1987.
- FROSINI V., *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Milano, Giuffrè, 1988.
- FRÖSCHL E., (hrsg.) *Die Bewegung. Hundert Jahre Sozialdemokratie in Österreich*, Wien, Passagen Verlag, 1990.
- FUSILLO F., *Nota del curatore a M. Weber, Parlamento e governo. Per la critica della burocrazia e del sistema dei partiti*, a cura di F. Fusillo, Roma Bari, Laterza, 1993.

- GAETA G., *Democrazia e totalitarismi. Profili di storia contemporanea 1918-1945*, Bologna, Il Mulino, 1984.
- GATTI R., *Pensare la democrazia, itinerari del pensiero politico contemporaneo*, Roma, AVE, 1994.
- GATTI R., *Il filo spezzato. Ragione e democrazia in Hans Kelsen*, in *Democrazia, ragione e verità*, a cura di R. Gatti, Milano, Massimo, 1994.
- GAVAZZI G., *Introduzione a H. Kelsen, La democrazia cit.*
- GAVAZZI G., *Dalla libertà anarchica alla libertà democratica*, «Il Politico», 3, 1981, pp. 337-360.
- GIANNETTI R., *L'utopia di un liberale aristocratico*, Pisa, ETS, 2002.
- GINSBURG G., Kudriatsev, N.V., *The Nuremberg Trial and the International Law*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1990.
- GIORDANO P., *Profili della sovranità. Il dibattito giusfilosofico degli anni '20*, Napoli, Editoriale scientifica, 1996.
- GLASER E., *Im Umfeld des Austromarxismus. Ein Beitrag zur Geistgeschichte des österreichischen Sozialismus*, Wien, München, Zürich, Europa Verlag, 1981.
- GOLLER P., *Georg Jellinek und Edmund Bernatzik Zwei österreichische Staatsrechtslehrer an der Universität Basel (1889-1893)*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», 2, 1999, pp. 475-529.
- GOYARD-FABRE S., *La pensée politique de Hans Kelsen*, Caen, Centre de Publications de l'Université de Caen, 1990.
- GOYARD-FABRE S., *Kelsen e Kant. Saggi sulla dottrina pura del diritto*, Napoli, ESI, 1993.
- GOZZI G., *Les limites du pouvoir en Allemagne du dix-neuvième siècle. L'Etat de droit et les droits publics subjectifs*, «Scienza politica. Per una storia delle dottrine», 4, 1994, pp. 86-92.
- GOZZI G., *Democrazia e diritti, Germania: dallo stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma Bari, Laterza, 1999.
- GOZZI G., *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in *Stato, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002.
- GOZZI G., *Diritti e sovranità dallo jus gentium al diritto internazionale*, Bologna, Baiesi, 2002.
- GULICK C., *Austria from Habsburg to Hitler*, New York, N. Y. University Press, 1984.

- GUASTINI R., *Introduzione a H. Kelsen, La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto cit.*
- GUASTINI R., *Kelsen critico del marxismo*, in *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. Roehrsen, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 1983.
- GUSTAFFSON B., *Marxismus und Revisionismus. Eduard Bernsteins Kritik des Marxismus und ihre ideen-geschichtlichen Voraussetzungen*, Wien, Europa Verlag, 1972.
- HALLER H., *Die Prüfung der Gesetzen*, Wien, New York, Springer Verlag, 1955.
- HANISCH E., *Demokratieverständnis, parlamentarische Haltung und nationale Frage bei österreichischen Christlichsozialen*, in *Das Parteiwesen Österreichs und Ungarns in der Zwischenkriegszeit*, hrsg. von M. Drabek, G. Plaschka und H. Rumpler, Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaft, 1990.
- HANISCH E., *Österreichische Geschichte 1890-1990. Der lange Schatten des Staates. Österreichische Gesellschaftsgeschichte im 20. Jahrhundert*, Wien, Carl Übereuter, 1994.
- HANNACK J., *Karl Renner und seine Zeit. Versuch einer Biographie*, Wien, Europa Verlag, 1965.
- HANTSCH H., *Die Nationalitätenfrage im alten Österreich*, Wien, Verlag Herold, 1953.
- HAUTMANN H., *Hunger ist ein schlechter Koch*, in *Bewegung und Klassenstudien zur österreichische Arbeitsgeschichte*, Wien, Europa Verlag, 1978.
- HAUTMANN H., *Geschichte der Rätebewegung in Österreich: 1918-1924*, Wien, Europa Verlag, 1984.
- HEBEISEN W. M., *Souveränität in Frage gestellt. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1995.
- HELLBLING H., *Österreichische Verfassungs und Verwaltungsgeschichte*, Wien, Springer Verlag, 1956.
- HERRERA M. C., *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Edition Kimé, 1995.
- HERRERA, M. C., *Kelsen et le libéralisme*, in *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt cit.*
- HERRERA M. C., *La philosophie du droit de Hans Kelsen*, Paris, L'Harmattan, 2004.

- HEUN W., *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie. Grundlagen, Struktur, Begrenzungen*, Berlin, Duncker & Humbold, 1967.
- HILL C., *Lenin e la rivoluzione russa*, Torino, Einaudi, 1965.
- JELLINEK C., *Profilo biografico*, in G. Jellinek, *Ausgewählte Schriften und Reden*, 1 Bd cit.
- KENNEDY D., *Il Kelsen delle "Oliver Wendell Holmes Lectures"*, «Diritto e cultura», 2, 1994, pp. 18-47.
- KOJA F., *Il concetto di costituzione di Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco*, «Diritto e società», I, 1981, pp. 97-115.
- KOLMER G., *Parlament und Verfassung in Österreich*, 2 Bd (1869-1879) e IV Bd (1885-1891), Graz, Akademisches Druck und Veranstat, 1972-1980.
- KULEMANN P., *Am Beispiel des Austromarxismus. Sozialdemokratische Arbeiterbewegung in Österreich von Hainfeld bis zur Dollfuß Diktatur*, Hamburg, Junius, 1979.
- KÜHNE T., *Il caso tedesco*, in M. S. Piretti, *I sistemi elettorali in Europa tra Otto e Novecento*, Roma Bari, Laterza, 1996.
- LACI S., *«La democrazia» di Hans Kelsen: tra procedura ed etica*, «Il Pensiero politico», 2, 36, 2003, pp. 239-272.
- LEHNER O., *Österreichische Verfassungs und Verwaltungsgeschichte. Mit Grundrissen der Wirtschaft und Sozialgeschichte*, Wien, Universität Verlag, Rudolf Trauner, 2002.
- LEPSIUS O., *Georg Jellineks Methodenlehre im Spiegel der zeitgenössischen Erkenntnistheorie*, in *Georg Jellinek. Beiträge zum Leben und Werk*, hrsg. von S. L. Paulson, M. Schulte, Wien, Mohr Siebeck, 2000.
- LESER N., *Sozialismus zwischen Relativismus und Dogmatismus. Aufsätze im Spannungsfeld von Marx und Kelsen*, Freiburg, Rambach-Hochschul-Paperbach, 1974.
- LESER N., *Teoria e prassi dell'Austromarxismo*, Milano, Mondo-Operaio, Avanti!, 1978.
- LESER N., *Hans Kelsen und Karl Renner*, in *Reine Rechtslehre und die marxistische Theorie*, Wien, Manz Verlag, 1978.
- LESER N., *Hans Kelsen*, in *Neue deutsche österreichische Biographie*, XIX, Wien, Manz Verlag, 1979.
- LESER N., *Genius austriacus. Beiträge zur politischen Geschichte und Geistesgeschichte Österreichs*, Wien, Köln, Graz, Hermann Böhlhaus Nachf, 1986.
- LESER N., *Staatswissenschaftler*, in *Karl Renner. Ein österreichischer Phänomen*, Wien, «Schriftenreihe des Karl Renner Institut», 1990.

- LÖNSCHACK F., *Die Regierung und Parlament*, in *Österreichs parlamentarismus. Werden und System* cit.
- LOSANO M. G., *Forme e realtà in Kelsen*, Milano, Comunità, 1981.
- LOSANO M. G., *Introduzione* a H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* cit.
- LOSANO M. G., *Presenze italiane in Kelsen*, intr. a H. Kelsen-U. Campagna-  
la, *Diritto internazionale e stato sovrano*, con un inedito di Hans  
Kelsen e un saggio introduttivo di N. Bobbio, a cura di M. G. Losa-  
no, Milano, Giuffrè, 1999.
- LOW A. D., *The Anschluss Movement 1918-1938 and the Great Powers*, New  
York, Columbia Press, 1986.
- LUTHARD W., *Aspetti teorico-politici nell'opera di Hans Kelsen*, «Materiali  
per una storia della cultura giuridica», 2, 1984, pp. 367-380.
- MACCARONI M., *Federalismo e diritti umani nella socialdemocrazia classica*,  
Cosenza, Jona, 1998.
- MALANDRINO C., *Federalismo, storia, idee, modelli*, Roma, Carocci, 1998.
- MARSICO G., *Il problema dell'Anschluss austro-tedesco 1918-1922*, Milano,  
Giuffrè, 1983.
- MASTELLONE S., *Storia del pensiero politico europeo secoli XIX-XX*, Torino,  
UTET, 2002.
- MASTELLONE S., *Storia della democrazia in Europa dal XVIII al XIX secolo*,  
con intr. di N. Bobbio, Torino, Einaudi, 2004.
- MATTEUCCI N., *Democrazia e cultura*, intr. a H. Kelsen, *Democrazia e cultu-  
ra* cit.
- MATTEUCCI N., *Costituzionalismo e positivismo giuridico*, Bologna, Il Mulino,  
1963.
- MATTEUCCI N., *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, Il Mulino,  
2000.
- MATTEUCCI N., *Filosofi politici contemporanei*, Bologna, Il Mulino, 2001.
- MATTEUCCI N., *Sovranità*, in *Dizionario di politica* cit., pp. 909-916.
- MATZKA M., *Sozialdemokratie und Verfassung*, in M. Matzka, *Sozialdemokra-  
tie und Verfassung*, Wien, München, Zürich, Europa Verlag, 1992.
- MAZHOL-WALLIG B., *Lo sviluppo della problematica costituzionale dopo la  
rivoluzione del '48*, in *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX  
secoli*, Bologna, Il Mulino, 1981.
- MERKER N., *Il socialismo vietato. Miraggi e delusioni da Kautsky agli austro-  
marxisti*, Roma Bari, Laterza, 1996.
- METALL R. A., *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, Franz Deuticke, 1969.
- MISCH A., *Das Wahlsystem zwischen Theorie und Taktik*, Berlin, Duncker &  
Humboldt, 1974.

- MOCK E., *Hans Kelsens Verhältnis zu Liberalismus*, in *Ideologiekritik und  
Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker & Humboldt,  
1982.
- MOGI S., *Otto von Gierke. His Political Teaching and Jurisprudence*, Lon-  
don, P. S. King & Son, 1932.
- MOMMSEN G., *The Political and Social Theory of Max Weber. Collected  
Essays*, Cambridge, Polity Press, 1993.
- MOMMSEN H., *Die Sozialdemokratie und ihre Nationalitätenfrage im habs-  
burgischen Vielvölkerstaat*, Wien, Europa Verlag, 1963.
- MONACO R., *Kelsen e la teoria del diritto internazionale*, in *Kelsen nella cul-  
tura filosofico-giuridica del Novecento* cit.
- MONTANARI B., *La questione della rappresentanza politica in Kelsen*, «Rivi-  
sta internazionale di filosofia del diritto», XLIX, 1972, pp. 200-223.
- MONTELEONE R., *Marxismo, internazionalismo e questione nazionale*, Torino,  
Loescher, 1982.
- MURRA V., *La teoria democratica del potere. Saggio su Rousseau*, Pisa, ETS,  
1979.
- MOZETIC G., *Hans Kelsen als Kritiker des Austromarxismus*, in *Ideologiekri-  
tik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* cit.
- NECK R., *Sozialdemokratie*, in *Österreich: Geschichte der ersten Republik  
1918-1938* cit.
- NOLL A. J., *Georg Jellinek's Forderungen nach einem Verfassungsgerichts Hof  
für Österreich*, in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk* cit.
- ÖELLINGER T., *Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie*,  
cit., in *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift für  
Erwin Melichar zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H. Schärfer, Wien,  
Manz, 1993.
- ÖELLINGER T., *Die Verfassungsgerichtsbarkeit und die Bundesverfassung*, in  
*Sozialdemokratie und Verfassung* cit.
- OLLIG H. L., *Der Neukantianismus*, Stuttgart, Metzersche Verlagsbuchhand-  
lung, 1979.
- OWERDIECK R., *Parteien und Verfassungsfrage in Österreich, die Entstehung  
des Verfassungsprovisoriums der ersten Republik 1918-1920*, Mün-  
chen, R. Oldenbourg, 1987.
- PARLAMENTSDIREKTION (hrsg. von), *Abgeordneten zum Österreichischen Natio-  
nalsrat 1918-1975 und die Mitglieder des österreichischen Bundesrats  
1920-1975*, Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1975.

- PASCHER M., *Einführung in den Neukantianismus. Kantest Grundpositionen. Praktische Philosophie*, München, Wilhelm Franck Verlag, 1997.
- PASQUALUCCI P., *Rousseau e Kant*, Milano, Giuffrè, 1976.
- PASQUINO P., *Democrazia politica e omogeneità sociale* «Quaderni piacentini», 10, 1983, pp. 123-137.
- PASQUINO P., *Stato e democrazia in Hermann Heller*, «Transizione», 3, 1985, pp. 123-142.
- PASQUINO P., *Alcune osservazioni su Hermann Heller*, in H. Heller, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello stato e del diritto internazionale* cit.
- PASQUINO P., *Penser la démocratie: Kelsen a Weimar*, in C. M. Herrera, *Le droit, le politique, autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt* cit.
- PAULSON S. L., *Die Rezeption Kelsens in Amerika in Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker*, hrsg. von O. Neimberger, W. Kra-wiëtz, Wien, New York, Springer Verlag, 1988.
- PAULSON S. L., *Toward a Periodization of The Pure Theory of Law*, in *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, a cura di L. Giap-formaggio, Torino, Giappichelli editore, 1992.
- PAULSON S. L., *Kelsen teorico della politica*, «Diritto e cultura», 1, 1994, pp. 117-133.
- PAULSON S. L., *Kelsen and the Neo-kantian Problematic*, in *Neokantismo, diritto e sociologia*, a cura di A. Catania, M. Fimiani, Napoli, ESI, 1995.
- PAULSON S. L., *The Schmitt-Kelsen Dispute on the «Guardian of the Constitution»: the Issue of Subsumption*, «Diritto e cultura», 1, 1995, pp. 169-188.
- PECORA G., *La democrazia di Hans Kelsen: un'analisi critica*, Napoli, ESI, 1992.
- PECORA G., *Introduzione a H. Kelsen, Teoria generale del diritto e dello stato* cit.
- PELINKA A., *Karl Renner zur Einführung*, Wien, Edition SOAK im Junius Verlag, 1989.
- PELINKA A., *Einführung zu Karl Renner*, in K. Renner, *Schriften* cit.
- PELINKA A., *Nachwort zu Karl Renner*, in K. Renner, *Schriften* cit.
- PERNTHALER P., Esterbauer, F., *Der Föderalismus*, in *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung* cit.

- PETTA P., *Schmitt, Kelsen e il «Custode della costituzione»*, «Storia e politica», 1, 1977, pp. 505-551.
- PETTA P., *Il sistema federale austriaco*, Milano, Giuffrè, 1980.
- PICHETTO M. T., *Mill*, Roma, Franco Angeli, 1985.
- PICHETTO M. T., *Il concetto di rappresentanza in J. S. Mill e il dibattito sulla riforma elettorale del 1832 in Gran Bretagna*, in *La rappresentanza fra le due rivoluzioni* cit.
- PICHETTO M. T., *Verso un nuovo liberalismo. Le proposte politiche e sociali di J. S. Mill*, Roma, Franco Angeli, 1996.
- PISKA M., *Nachtrag zur chronologischen Bibliographie der Werke Kelsens*, in *Hans Kelsens Wege zur sozialphilosophischen Forschung*, hrsg. von R. Walter und C. Jabloner, Wien, Manz Verlag, 1997.
- POMARICI U., *Postfazione a H. Heller, Stato di diritto o dittatura? E altri scritti*, a cura di U. Pomarici, Napoli, Editoriale scientifica, 1998.
- POSSENTI V., *Democrazia e filosofia. Le aporie della fondazione della democrazia in Hans Kelsen*, in «Rivista di filosofia neoscolastica», IV, 1987, pp. 536-557.
- PREDIERI A., *Carl Schmitt. Un nazista senza coraggio*, 2 voll, Firenze, La Nuova Italia, 1999.
- QUAGLIONI D., *Sovranità e autolimitazione (Rileggendo la Dottrina generale dello stato e del diritto di Georg Jellinek)*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità* cit.
- QUAGLIONI D., *Un dogma in crisi. Il dibattito sulla sovranità nel pensiero giuridico-politico del Novecento*, in *Temi politici del Novecento*, a cura di A. M. Lazzarino del Grosso, Napoli, CUEN, 1996.
- QUAGLIONI D., *La sovranità*, Roma Bari, Laterza, 2004.
- RACINABO R., *Hans Kelsen il dibattito sulla democrazia e sul parlamentarismo negli anni '20 e '30*, introduzione a H. Kelsen, *Socialismo e stato* cit.
- RANIERI U., MINOPOLI U., *Il movimento è tutto. Rileggendo Eduard Bernstein*, Carnago, SugarCo, 1993.
- REQUEJO PAGES J. L., *Introducción a H. Kelsen, De la esencia y valor de la democracia* (edición y traducción por J. L. Pages Requejo), Oviedo, 2006.
- RIASANOVSKY V. N., *Storia della Russia, dalle origini ai giorni nostri*, Milano, Bompiani, 1997.
- RICCOBONO F., *Kelsen e la teoria politica del marxismo*, «Rivista di storia contemporanea», 1, 1980, pp. 66-72.
- RICCOBONO F., *Interpretazioni della sovranità*, Milano, Giuffrè, 1989.

- RICCOPONDO F., *La due nature del concetto kelseniano di sovranità*, in *Kelsen e il problema della sovranità*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1990.
- RIESBECK P., *Sozialdemokratie und Minderheitenrecht. Der Beitrag der österreichischen Sozialdemokraten Otto Bauers und Karl Renners zum internationalen Minderheitenrecht*, Saarbrücken, Verlag für Entwicklungspolitik, 1996.
- RIZZI L., *Legittimità e democrazia, studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1990.
- ROBOFSKY E., *Hans Kelsen im Kriegseinsatz der k.u.k. Wehrmacht*, Wien, Sahrkamp, 1989.
- ROZMAN E., *Erbauung und seine Idee der Personalautonomie*, in H. Komrad, *Arbeiterbewegung und Nationalitätenfrage in den Nachfolgestaaten der Habsburgischen Monarchie*, Wien Zürich, Europa Verlag, 1993.
- RUB A., *Hans Kelsens Völkerrechtslehre. Versuch einer Würdigung*, Zürich Wien, Verlag Österreich, 1995.
- RUMPLER H., URBANITSCH P., (Hrsg.) *Verfassung und Parlamentarismus. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Zentrale Repräsentativkörperschaften*, 1. Teilband, in *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaft, 2000.
- RUSSO F., *Kelsen e il marxismo. Democrazia politica e socialismo*, Firenze, La Nuova Italia, 1976.
- SALVADORI M. L., *Kautsky e la rivoluzione socialista 1880-1938*, Milano, Feltrinelli, 1976.
- SALVADORI M. L., *Storia del pensiero comunista da Lenin all'Internazionalismo*, Milano, Mondadori, 1988.
- SALVADORI M. L., *L'utopia caduta. Storia del pensiero comunista da Lenin a Gorbaciov*, Roma Bari, Laterza, 1991.
- SALVADORI M. L., *J. C. Calhoun, un genio imbarazzante*, Roma-Bari, Laterza, 1996.
- SANTARELLI E., *Introduzione a V. I. Lenin, La Comune di Parigi* cit.
- SARTORI G., *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957.
- SARTORI G., *Democrazia. Cos'è?*, Milano, Rizzoli, 1995.
- SARTORI G., *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1995.
- SATTLER M. J., *Georg Jellinek. Ein Leben für das öffentliche Recht*, in *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* cit.
- SCIACCA E., *Interpretazioni della democrazia*, Milano, Giuffrè, 1988.

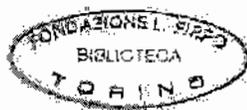
- SCHMIDLECHNER K. M., *Die steirische Presse und die Bundesverfassung*, in *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder. Demokratisierung und Verfassung in den Ländern* cit.
- SCHMITZ G., *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung* cit.
- SCHMITZ G., *Karl Renners Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen*, Wien, Manzschke Verlag und Universitätsbuchhandlung, 1991.
- SCHMITZ G., *The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920*, «Ratio juris», 2, 2003, pp. 240-265.
- SCHÖNBERGER C., *Ein Liberaler zwischen Staatswille und Volkswille: Georg Jellinek und die Krise des staatsrechtlichen Positivismus um die Jahrhundertwende*, in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk* cit.
- SLAPNICKA H., *Oberösterreich: für weitgehende Zusammenarbeit im Land und beim Bund*, in *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder. Demokratisierung und Verfassung in den Ländern* cit.
- SOLA G., *La teoria delle élites*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- SORDI B., *Tra Vienna e Weimar*, Milano, Giuffrè, 1986.
- STADLER K., *Die Gründung der Republik*, in *Österreich: Geschichte der ersten Republik 1918-1938* cit.
- STADLER K., *Adolf Schörf. Mensch, Politiker, Staatsmann*, Wien, Europa Verlag, 1982.
- STAUDINGER A., *Christlichsoziale Partei, in Österreich: Geschichte der ersten Republik 1918-1938* cit.
- STELLA G., *Ernst Mach, Hans Kelsen, Edmund Husserl*, in *Kelsen e il problema della sovranità* cit.
- STELLA G., *Stato e scienza. I fondamenti epistemologici della dottrina pura del diritto*, Napoli, ESI, 1997.
- STOPPINO M., *Potere ed élites politiche*, Milano, Giuffrè, 1994.
- STOURZH G., *Weg zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriff und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Wien, Böhlau, 1989.
- STOURZH G., *Hans Kelsen und die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie*, in *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift Erwin Melichar zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H. Schürfer, Wien, Manz, 1993.
- STOURZH G., *Altösterreichische Verfassungsgeneticbarkeit und Verfassungsgeneticbarkeit*, in *Georg Jellinek. Beiträge zum Leben und Werk* cit.

- STURMBENGER H., *Der absolutistische Staat und die Länder in Österreich, in Der österreichische Föderalismus und seine historische Grundlagen*, hrsg. von Institut für Österreichskunde, Wien, Verlag Ferdinand Hart, 1969.
- SULAN S., *The Anschluss Question in the Weimar Era. Study of Nationalism in Germany and Austria 1918-1932*, Baltimora-London, 1974.
- SULLY M., *Continuity and Change in Austrian Socialism. The Eternal Quest of the Third Way*, Boulder, East european monography, 1982.
- SUPPÉ R., *Die Grund- und Menschenrechte in der deutschen Staatslehre des 19. Jahrhunderts*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1999.
- TODESCAN F., *Diritto e realtà. Storia e teoria della Fictio iuris*, Padova, Cedem, 1979.
- TOMMASI G., *Dal Kaiserreich a Weimar: la riforma di governo in Germania e Hugo Preuss*, in *Crisi istituzionale e teoria dello stato in Germania dopo la prima guerra mondiale* cit.
- TREVES R., *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XIII, 1933, pp. 122-134.
- TREVES R., *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXIX, 1952, pp. 117-197.
- TREVES R., *Prefazione a H. Kelsen, La dottrina pura del diritto* cit.
- TREVES R., *La dottrina dello stato in Hermann Heller*, in Id., *Libertà, politica e verità: Saggi vari*, Milano, Comunità, 1962.
- TREVES R., *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia nel pensiero di Kelsen*, in H. Kelsen-R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale* cit.
- TREVES R., *Il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto*, in H. Kelsen-R. Treves, *Formalismo giuridico e realtà sociale* cit.
- TREVES R., *Società e natura nell'opera di Kelsen*, intr. a H. Kelsen, *Società e natura. Ricerca sociologica* cit.
- TUCCARI F., *I dilemmi della democrazia. Max Weber e Robert Michels*, Roma, Bari, Laterza, 1993.
- TUCCARI F., *Il pensiero politico di Weber*, Roma Bari, Laterza, 1995.
- UCAČKAR K., *Demokratie und Wahlrechtssystem in Österreich. Zur Entwicklung von Politischer Partezipation und staatlicher Legitimationspolitik*, Wien, Verlag für Gesellschaftskritik, 1985.

- VALERA G., *Coercizione e potere: storia, diritti pubblici soggettivi e poteri dello stato nel pensiero di G. Jellinek*, in *Storia dei concetti e saperi della borghesia tra Otto e Novecento* cit.
- VEREIN FÜR GESCHICHTE DER ARBEITER BEWEGUNG (hrsg. von), *Karl Renner. Eine Bibliographie*, Wien, Europa Verlag, 1970.
- VOLPE G., *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma Bari, Laterza, 2000.
- WALTER R., *Der Verfassungsgerichtshof in historischer Hinsicht*, in *Festschrift für E. C. Hellbling*, Salzburg, W. Fink, 1971.
- WALTER R., *Hans Kelsen*, in *Neue deutsche Biographie*, hrsg. von hist. Kommission bei der Bayerischen Akademie der Wissenschaft, XI, Berlin, Duncker & Humboldt, 1977.
- WALTER R., *Hans Kelsen. Ein Leben im Dienst der Wissenschaft*, Wien, Manz Verlag, 1985.
- WALTER R., *Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung*, Bd. 9, Wien, Schriftenreihe des Hans Kelsens Institut, 1984.
- WALTER R., *Hans Kelsen e le origini della costituzione federale austriaca del 1920*, «Scienza e politica», 5, 1991, pp. 23-40.
- WANDRUSZKA A., *Österreichs politische Struktur. Die Entwicklung der Parteien und politischen Bewegungen*, Wien, Verlag für Gesellschaft und Politik, 1954.
- WANDRUSZKA A., *La socialdemocrazia nella prima repubblica austriaca*, in *Il movimento operaio e socialista in Italia e Germania dal 1870 al 1920*, a cura di L. Valiani e A. Wandruszka, Bologna, Il Mulino, 1978.
- WANDRUSZKA A., *Das nationale Lager*, in *Österreich. Geschichte der ersten Republik* cit.
- WEIBERGER O., *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik. Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen*, Berlin, Duncker & Humboldt, 1981.
- WEINZIERL E., *Föderalismus und Zentralismus in den Verfassungskämpfe des 19. Jahrhunderts*, in *Der österreichische Föderalismus...* cit.
- WELAN M., *Die-Gewaltteilung*, in *Das österreichische Bundesverfassungsgesetz und seine Entwicklung* cit.
- WIDDER H., *Die Entstehung und Entwicklung des Parlamentarismus der Republik Österreichs*, in *Österreichsparlamentarismus. Werden und System* cit.

- WINKLER G., *Kelsen e il diritto amministrativo*, «Diritto e cultura», 1, 1994, pp. 67-83.
- WINKLER G., *Geleitwort zu E. Bernatzik: Über den Begriff der juristischen Person. Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere cit.*
- WIELINGER G., *Demokratisches Prinzip, Parteienstaat und Legalitätsprinzip bei Hans Kelsen*, in *Ideologiekritik und Demokratielehre bei Hans Kelsen cit.*
- WYDUCKEL D., *Georg Jellinek's Beitrag zur Verfassungsgerichtsbarkeitsentwicklung*, in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk cit.*

NOTE



37101

*Finito di stampare nel mese di aprile 2008*

*presso*

*Pronto Stampa*

*Napoli*

*per conto dell'editore*

