

IL PENSIERO POLITICO

Rivista di Storia
delle Idee
Politiche e Sociali

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

2013
Anno XLVI, n. 2



Leo S. Olschki
Firenze

IL PENSIERO POLITICO

RIVISTA DI STORIA DELLE IDEE POLITICHE E SOCIALI

DIREZIONE: C. Carini (*Direttore*), V.I. Comparato (*Direttore responsabile*)

COMITATO SCIENTIFICO: S. Amato, A. Andreatta, N. Antonetti, A.E. Baldini, L. Campos Boralevi, C. Carini, D. Cofrancesco, A. Colombo, V.I. Comparato, M. d'Addio, R. Gherardi, A. Lazzarino del Grosso, C. Malandrino, M. Montanari, G. Negrelli, C. Palazzolo, M.T. Pichetto, D. Quaglioni, S. Testoni Binetti

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE: D. Armitage, E. Biagini, J. Coleman, M.-D. Couzinet, G. Dilcher, R. von Friedeburg, X. Gil, A. Grafton, I. Hampsher-Monk, P.M. Kitromilides, C. Larrère, H. Lloyd, J. Miethke, M. Stolleis, J.C. Zancarini, C. Zwierlein

REDAZIONE: G. Pellegrini (*Coordinatore*), C. Calabrò, L. Campos Boralevi, R. Giannetti, S. Lagi, M. Lenci, R. Lupi, C. Palazzolo, F. Proietti, I. Richichi, M. Scuola, N. Stradaoli

ANNO XLVI - N. 2 (maggio-agosto)

C. CARINI	<i>La questione dei «suffragi» nel pensiero politico moderno. Da Althusius a Montesquieu</i>	pag.	149
S. QUIRICO	<i>Dalla lega economica alla Società delle Nazioni: il dibattito sulla «Nuova Antologia» (1915-1925)</i>	»	182
S. LAGI	<i>Hans Kelsen un pensatore democratico tra Europa e America (1920-1955)</i>	»	199

Note e discussioni

Il cittadino come arbitro? *Roberto Ruffilli: passato-presente delle riforme istituzionali* (R. Gherardi), p. 219 – *The Pitfalls of envisaging a Europe without Wars: History, Democracy and the European Union* (L. Asmonti), p. 228.

Rassegna bibliografica

Antichità classica a cura di L. Bertelli, A. Catanzaro, G. Giorgini, p. 237 – *Quattro-Cinquecento* a cura di P. Carta, G. Cipriani, D. Quaglioni, D. Taranto, p. 240 – *Seicento* a cura di E. Baldini, M. Barducci, G. Sciara, p. 244 – *Settecento* a cura di S. Amato, G. Carletti, S. Testoni Binetti, p. 247 – *Ottocento* a cura di G.B. Furiozzi, E. Guccione, F. Proietti, p. 251 – *Novecento* a cura di A. De Sanctis, S. Lagi, C. Malandrino, p. 258 – *Opere generali* a cura di S. Cingari e A. Falchi Pellegrini, p. 264.

Gli articoli proposti al Comitato scientifico per la pubblicazione su «Il pensiero politico» vanno inviati in forma cartacea e digitale alla Redazione. Gli articoli presi in considerazione per la pubblicazione saranno valutati in “doppio cieco” da *referee* anonimi. Sulla base delle loro indicazioni, l'autore può essere invitato a rivedere il proprio testo, affinché possa superare una seconda lettura. La Direzione si riserva la decisione finale in merito alla pubblicazione.

HANS KELSEN UN PENSATORE DEMOCRATICO TRA EUROPA E AMERICA (1920-1955)

1. Considerazioni introduttive

In un articolo pubblicato alcuni anni fa, *Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico*,¹ Anna Pintore ricordava che «il Kelsen democratico [...] continua ad essere oscurato dal Kelsen teorico del diritto, e comunque nel complesso trascurato»,² individuando nella apparente «ovvietà» e «condivisibilità» delle sue idee e proposte la ragione principale dietro questo disinteresse.³

In polemica con chi aveva sottovalutato la rilevanza della teoria kelseniana, Pintore ne metteva in evidenza le aporie concettuali, la complessità e quindi, a suo giudizio, la loro capacità di «dare un contributo al dibattito contemporaneo sulla democrazia».⁴ Soltanto in questo senso, secondo Pintore, era possibile evitare di ridurre l'analisi della teoria politica kelseniana ad una mera «archeologia»: nel suo intervento, la studiosa si avvicinava a Kelsen dalla prospettiva della filosofia politica. Vorremmo invece proporre una analisi “archeologica” del pensiero democratico di Kelsen che non guardi tanto alla sua “attualità”, quanto alla sua dimensione *storica e storico-politica*, perché in questo modo – e quindi da una prospettiva di storia delle dottrine politiche – è possibile chiarire il ruolo che egli rivestì nella storia del pensiero democratico europeo.

È merito della Pintore aver esplicitato nel suo articolo un aspetto che a volte gli studi kelseniani tendono ad omettere: la *particolare* mancanza di interesse e curiosità che il mondo di cultura anglosassone e segnatamente «la recente letteratura filosofico-politica in lingua inglese» ha sempre dimostrato verso il pensiero politico e democratico di Kelsen.⁵

¹ A. PINTORE, *Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico*, «Sociologia del diritto», 1, 2001, disponibile su www.academia.edu, p. 1.

² *Ibid.*

³ *Ivi*, pp. 1-2.

⁴ *Ivi*, p. 1.

⁵ D'altro canto, si potrebbe facilmente osservare come in Europa gli studi dedicati al Kelsen

Quest'ultimo aspetto appare invece particolarmente interessante se pensiamo che proprio in America – dove era fuggito a causa delle persecuzioni naziste – Kelsen scrisse e pubblicò nel 1955 l'ultima della sua lunga serie di opere dedicate alla «essenza e valore» della democrazia, le *Foundations of Democracy* (*Fondamenti della democrazia*).⁶ L'opera americana apparteneva ad un vero e proprio “ciclo” di scritti, articoli, libri, risalenti in gran parte agli anni '20 e '30,⁷ tra i quali i più significativi erano state certamente le due edizioni di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (*Essenza e valore della democrazia*) (1920; 1929), nelle quali il giurista austriaco aveva cercato di cogliere gli elementi essenziali dell'ordinamento democratico moderno. I *Fondamenti della democrazia* rappresentavano il tassello finale di un percorso teorico-politico e storico-politico, iniziato nella capitale asburgica intorno al 1920: dopo il 1955, il giurista non si sarebbe mai più occupato di teoria democratica.⁸

L'obiettivo della nostra analisi è duplice: da un lato, vorremmo analizzare i *Fondamenti della democrazia* come opera autonoma; dall'altro, vorremmo dedicare particolare attenzione al rapporto tra l'opera americana e le due edizioni di *Essenza e valore della democrazia*, per comprendere se, in quale misura e in che senso esista o meno *continuità* tra il cosiddetto “periodo europeo” e quello “americano”.

Sarà dunque essenziale analizzare gli aspetti teorico-politici e storico-politici più salienti del pensiero democratico kelseniano tra le due guerre mondiali, per poi concentrarci sulla sua ultima opera politica pubblicata in America, dove il giurista, come vedremo, si confrontò con alcuni dei principali scienziati della politica del tempo, tra i quali Joseph Schumpeter.

pensatore politico siano stati abbastanza numerosi: dalle opere fondamentali di Norberto Bobbio a quelle più recenti di Gaetano Pecora e Gustavo Herrera, dalla ancora oggi insuperata *Prefazione* di Nicola Matteucci alla seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia* ai contributi di Michel Troper, fino al recente S. BAUME, *Hans Kelsen a Case for Democracy*, Essex, ECPR Press, 2012.

⁶ Ci siamo avvalsi della traduzione italiana del testo *Fondamenti della democrazia* contenuta in H. KELSEN, *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Bologna, il Mulino, 2012.

⁷ Ad esempio, H. KELSEN, *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig, C.L. Hirschfeld, 1920 (tr. it., *Socialismo e Stato*, a cura di R. Racinaro, Bari, De Donato, 1978); Id., *Demokratisierung der Verwaltung*, «Zeitschrift für Verwaltung», 54, 1921, pp. 5-15 (tr. it., *La democratizzazione dell'amministrazione*, in Id., *Il primato del parlamento*, a cura di P. Petta, Milano, Giuffrè, 1981); Id., *Demokratie. Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages vom 26. Bis 29. September 1926 in Wien* (tr. it., *Democrazia*, in Id., *Il primato del parlamento cit.*); Id., *Verteidigung der Demokratie*, «Blätter der Staatspartei», 2, 1932, pp. 90-98 (tr. it., *Difesa della democrazia*, in Id., *Essenza e valore della democrazia*, a cura di A. Carrino, Torino, Giappichelli, 2004). In questo volume è contenuta la traduzione italiana della prima edizione di *Essenza e valore della democrazia*, di cui ci siamo avvalsi per il nostro articolo. L'ed. tedesca apparve nel 1920 nell'«Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», Bd. 47, Heft 1, pp. 50-85).

⁸ M. BARBERIS, *Introduzione* a H. KELSEN, *La democrazia cit.*, p. 28.

2. I fondamenti della democrazia in Europa (1920-1929)

Il titolo che abbiamo scelto per questo secondo paragrafo non è casuale; riteniamo che in tutte e tre le sue maggiori opere di teoria democratica, il giurista viennese si interrogasse, in ultima analisi, sui *Fondamenti* dell'ordinamento democratico. Non ci occuperemo dei limiti, delle aporie e delle debolezze concettuali della teoria democratica di Kelsen, su cui, peraltro, esiste una estesa e ottima letteratura,⁹ bensì di ciò che Kelsen *riteneva* fosse l'essenza ultima della democrazia moderna, avvalendoci di una prospettiva storica e attenta alla dimensione testuale.

Le prime due opere di Kelsen sulla teoria democratica risalgono agli anni '20: la prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* venne pubblicata nel 1920 e la seconda nel 1929. Mentre i movimenti anti-sistema si stavano velocemente diffondendo in gran parte del Continente e alcuni dei più insigni pensatori del tempo discutevano sui limiti e le storture della democrazia tradizionale, parlamentare, "borghese", il padre della *Dottrina pura del Diritto*, in sostanziale controtendenza, ne elaborava una vera e propria teoria indiscutibilmente *proceduralista* e allo stesso tempo *realistica, elitista, liberale e relativista*.

Nella prima edizione di *Essenza e valore della democrazia*, breve e denso saggio di poco più di trenta pagine, Kelsen – ormai affermato giurista e tra i padri della Corte costituzionale austriaca¹⁰ – identificava il significato *ideale* di democrazia per poi dimostrarne progressivamente la sua irrealizzabilità, con l'ambizioso obiettivo di giungere ad una definizione *reale e essenziale* dell'ordinamento democratico. L'intero testo era teso a "scarnificare" il concetto di democrazia moderna per coglierne l'essenza: un simile procedimento era volto anzitutto contro il concetto di «democrazia diretta» e quello di «rappresentanza parlamentare» intesa come rappresentanza del popolo.¹¹

La democrazia diretta, che per Kelsen non era altro che democrazia ideale, aveva trovato in Jean-Jacques Rousseau e nel suo *Contratto sociale* il teorico e l'alfiere più importante:

Rousseau, che è forse il più insigne teorico della democrazia, formula il problema del miglior Stato – che per lui si identifica con il problema della democrazia – in que-

⁹ Per limitarsi ad alcuni titoli significativi, si vedano R. TUR – W.L. TWINING, *Essays on Kelsen*, London, Clarendon Press, 1986; H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos-Verlag, 1986; L. VINX, *Legality and Legitimacy in Hans Kelsen's Pure Theory of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

¹⁰ Si veda a proposito R.A. METALL, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Wien, Franz Deuticke, 1969.

¹¹ H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 17 ss. D'ora in poi, la prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* sarà indicata in nota con la sigla EVD 1.

sti termini: «come trovare una forma di società che difenda e protegga ciascuno dei suoi membri e nella quale ogni singolo membro, pur associandosi con tutti gli altri, non obbedisca che a se stesso e resti perciò libero come prima?». Anche il suo attacco contro l'istituto parlamentare inglese sta a dimostrare fino a quel punto la *libertà* fosse per lui il cardine e la pietra angolare del suo sistema politico. «Il popolo inglese s'illude di essere libero, ma si inganna straordinariamente; esso è libero soltanto durante l'elezione dei membri del Parlamento; finite le elezioni, esso vive in servitù, è nulla». Rousseau trae, come è noto, la conseguenza della democrazia diretta.¹²

In nome di una concezione *realistica* della democrazia moderna, Kelsen contestava l'idea roussoiana di libertà democratica: la perfetta «autodeterminazione», come superamento della frattura tra governanti e governati, era del tutto irrealizzabile.¹³

La lettura che Kelsen faceva di Rousseau era stata fortemente influenzata dalla Scuola neokantiana di Margburgo,¹⁴ ma, al di là di questo indiscutibile aspetto, ciò che riteniamo davvero rilevante è la puntigliosa critica che egli elaborava contro la *possibilità* della democrazia diretta. Quest'ultima, l'ideale roussoiano di libertà, la perfetta autodeterminazione politica dei cittadini erano impossibili semplicemente perché, secondo Kelsen, presupponevano la capacità di prendere decisioni unanimi; unanimità che, a suo giudizio, poteva essere raggiunta solo al momento della fondazione della comunità politica.¹⁵

La democrazia vera, reale poteva essere solo e soltanto indiretta e rappresentativa, perché il processo decisionale richiedeva la regola della maggioranza.¹⁶ In quest'ultima, il giurista non vedeva tanto la negazione del significato più profondo della democrazia, bensì una inevitabile *approssimazione* alla democrazia ideale. Se la libertà intesa come perfetta autodeterminazione era irrealizzabile, ossia se era impossibile la perfetta coincidenza tra la volontà dell'ordinamento politico e quella dei cittadini, allora il problema principale era far sì che il minor numero delle persone si trovasse in contrasto con la volontà dello Stato.¹⁷

Nel momento in cui la libertà intesa come autodeterminazione politica nella democrazia non si riferisce più all'individuo ma alla collettività del popolo, diventando

¹² EVD 1, pp. 6-7.

¹³ EVD 1, pp. 7-8.

¹⁴ Nella seconda edizione dei *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, apparsa nel 1923, Kelsen riconosceva il suo debito intellettuale verso la Scuola neokantiana di Margburg e in particolare verso il filosofo Hermann Cohen. Si veda a proposito H. KELSEN, *Vorwort zu den Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre der Rechtssätze*, Tübingen, J.B. Mohr, 1923 (tr. it., *Premessa ai Problemi fondamentali del diritto pubblico dello stato*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1997).

¹⁵ EVD 1, pp. 5 ss.

¹⁶ *Ivi*, p. 10.

¹⁷ *Ivi*, pp. 10-11.

così sovranità popolare, la libertà individuale si ritrae nella rappresentazione dei *diritti* innati e inalienabili *dell'uomo e del cittadino*.¹⁸

La democrazia reale, secondo Kelsen, presupponeva quindi due tipi di libertà, la libertà politica, che coincideva con la partecipazione dei cittadini alla costruzione della volontà statale, e la libertà individuale sotto forma di diritti fondamentali. Egli si soffermava proprio sulla prima delle due forme di libertà: dalla *Habilitationsschrift* del 1911, *Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Problemi fondamentali della scienza del Diritto pubblico)* a *Das Problem der Souveränität (Il problema della sovranità)* del 1920, Kelsen aveva chiaramente definito lo Stato come puro «ordinamento giuridico», suscitando non poco lo sdegno degli anti-formalisti.¹⁹ Tuttavia, proprio nella *Habilitationsschrift*, che per molti aspetti può essere considerata il “punto di inizio” del formalismo kelseniano, il giurista viennese aveva chiarito come il «contenuto della volontà statale» fosse prodotto umano e prendesse forma attraverso l'organo parlamentare:

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 cordone ombelicale che lega durevolmente la forma dello stato al grembo materno della società! è il grande mistero del diritto e dello stato che si compie nell'atto legislativo.²⁰

Di quanto affermato nell'opera del 1911, dove il parlamento era stato definito «organo del popolo», in *Essenza e valore della democrazia* del '20 Kelsen riproponeva l'idea del contenuto umano della volontà statale, ma, a differenza della *Habilitationsschrift*, il parlamento diventava «organo dello Stato» e non più «organo del popolo»:

Il dogma della rappresentanza parlamentare sostiene che il Parlamento rappresenta in primo luogo soltanto il popolo, e non direttamente lo Stato [...]. Che sia

¹⁸ *Ivi*, p. 17.

¹⁹ Si pensi a proposito alla feroce critica che Henmann Heller rivolse a Kelsen in *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrecht (La sovranità. Un contributo alla teoria dello stato e del diritto internazionale)*, dove il pensatore politico socialista accusava il giurista di aver distrutto completamente il concetto di sovranità, riducendo quest'ultima ad una norma ideale con il concreto rischio di legittimare qualsiasi tipo di potere politico. H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello stato e del diritto internazionale* (tr. it. di *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.

²⁰ H. KELSEN, *Problemi fondamentali del diritto pubblico dello stato* cit., p. 406.

un 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.²¹

In tal senso, la rappresentanza parlamentare non era altro che una «finzione»: il cosiddetto dogma della rappresentanza parlamentare voleva così mantenere in vita – seppur fittiziamente – quella idea di perfetta autodeterminazione politica che, secondo Kelsen, era il “cuore” della democrazia ideale e diretta.²²

L'utilizzo del termine «finzione» era ovviamente finalizzato a sottolineare il divario tra dimensione ideale e dimensione reale della democrazia: tuttavia, la critica di Kelsen alla democrazia diretta, l'insistenza sulla sua irrealizzabilità pratica, non sono solo da inserire – peraltro opportunamente – nel contesto di una concezione *realistica* e perfino *elitistica* della democrazia moderna, ma anche in un discorso politico più generale che riguardava la *sfida* posta alla democrazia da importanti movimenti politici del tempo. In tal senso, l'*Incipit* di *Essenza e valore della democrazia* era una vera e propria dichiarazione di intenti:

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 soltanto i principî del socialismo, ma sopra tutto quelli della democrazia. [...] Di fronte alla *dittatura del proletariato* – quale la concepisce la teoria neocomunista del bolscevismo – la *democrazia* [...] diventa nuovamente il problema.²³

Individuare la *reale* natura della democrazia, i suoi reali meccanismi decisionali, il *reale* rapporto tra governanti e governati era vitale non solo per proporre una particolare concezione della democrazia in un periodo in cui la fiducia in questa forma di governo stava precipitosamente crollando in tutta Europa,²⁴ ma anche per delegittimare politicamente chi, secondo Kelsen, proclamava di aver dato vita e corpo alla democrazia diretta, ossia i bolscevichi. Era il sistema dei Soviet che, secondo Kelsen, incarnava il tentativo di democrazia diretta:

²¹ EVD 1, p. 21.

²² Kelsen avrebbe riproposto questi stessi concetti in tutte le sue opere successive, tra le quali la versione inglese della sua *Allgemeine Staatslehre*, ossia la *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945.

²³ EVD 1, p. 4.

²⁴ S. MASTELLONE, *Storia della democrazia in Europa dal XVIII al XX secolo*, Torino, Utet Libreria, 2004, pp. 264 ss.

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.²⁵

Un tentativo però, a suo giudizio, del tutto fallimentare, perché «la costituzione consiliare [...] è costretta a ricorrere ad organizzazioni complementari» che finivano per generare una vera e propria «*ipertrofia del parlamentarismo*»:²⁶

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 già ad una eliminazione o riduzione del Parlamento, ma in un certo modo al suo contrario.²⁷

Altrettanto fallimentari si erano rivelati, per Kelsen, i propositi di democratizzazione dell'apparato amministrativo, perché in netto contrasto con quella separazione dei poteri che il giurista, proprio come Max Weber, riteneva caratteristica portante di ogni Stato moderno.²⁸

Con un esplicito richiamo al sociologo tedesco, Kelsen affermava che la «divisione del lavoro» si era spinta a tal punto negli Stati moderni da rendere di fatto impossibile qualsiasi democrazia diretta: il parlamento quale «organo dello Stato» rimandava inevitabilmente al concetto di specializzazione e divisione delle competenze.²⁹

Nella critica all'esperimento sovietico, Kelsen si richiamava peraltro, seppur molto brevemente, a *Die Diktatur des Proletariats (La dittatura del proletariato)* di Karl Kautsky, saggio apparso nel 1918, in cui il leader socialdemocratico aveva attaccato il tentativo bolscevico di eliminare la divisione dei poteri e il parlamentarismo; tentativo che, a suo giudizio, aveva finito per generare una vera e propria «dittatura del proletariato».³⁰

²⁵ EVD 1, pp. 22-23.

²⁶ *Ivi*, p. 25.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ In *Essenza e valore della democrazia* Kelsen citava ampiamente l'opera di Weber e in particolare *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland (Parlamento e governo nella nuova Germania)*, pubblicato nel 1918.

²⁹ EVD 1, pp. 25-26.

³⁰ K. KAUTSKY, *La dittatura del proletariato*, tr. it. a cura di G. Perticone, Roma, Ed. Atlantica, 1944, pp. 65-108. In generale sulla critica di Kautsky all'esperimento sovietico di democrazia diretta rimandiamo a S. AMATO, *Parlamentarismo e socialdemocrazia nell'evoluzione del pensiero politico di Kautsky*, Premessa a K. KAUTSKY, *La rivoluzione sociale. Riforma e rivoluzione sociale*, Firenze, CET, 2002, in particolare pp. 58 ss. Nelle opere degli anni '20, Kelsen dedicò una considerevole attenzione al mondo socialdemocratico di lingua tedesca. Basti qui ricordare la sua polemica con l'austromarxi-

La *tensione* verso una concezione *realistica* della democrazia, che caratterizza profondamente la prima edizione di *Essenza e valore della democrazia*, aveva un chiaro obiettivo polemico: la Russia sovietica e lo stesso Lenin che – ricordava Kelsen – proprio in *Stato e Rivoluzione* aveva parlato di autogoverno delle masse in opposizione allo Stato borghese e alla vecchia pratica parlamentare.³¹

Nove anni più tardi, quando ormai l'Europa era presa nella morsa della grande depressione e l'Austria, la sua patria, stava lentamente scivolando verso una dittatura fascista, Kelsen tornava a pubblicare la seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia*.³²

Della prima edizione, il giurista proponeva nuovamente la stessa critica alla democrazia ideale e diretta e alla autodeterminazione politica; proprio come nel 1920 Rousseau rimaneva un punto di riferimento essenziale e ricompariva la medesima giustificazione del principio di maggioranza quale elemento costitutivo della democrazia moderna.³³

Tuttavia, esistono alcune sostanziali differenze tra le due opere, che potrebbero essere ricondotte al periodo storico-politico in cui la seconda *Essenza e valore della democrazia* venne scritta e alle particolari sollecitazioni politiche alle quali Kelsen tentava ancora una volta di dare una risposta. Vorremmo soffermarci proprio su questo aspetto al quale la letteratura critica non ha prestato abbastanza attenzione perché più attenta ai legami tra la concezione democratica kelseniana e la sua *Dottrina pura del Diritto*.³⁴

In una prospettiva storica, la decisione di pubblicare nuovamente *Essenza e valore della democrazia* sarebbe poco comprensibile se non tenessimo in debito conto gli attacchi sempre più numerosi e forti ai quali la Costituzione de-

sta Otto Bauer sul concetto di Stato e sul parlamentarismo. In particolare, H. KELSEN, *Otto Bauers politischen Theorien*, «Der Kampf», 17, 1924, pp. 50-56. Sulla polemica tra Kelsen e Bauer si veda G. MARRAMAO, *Austromarxismo e socialismo di sinistra tra le due guerre*, Milano, Rusconi, 1978.

³¹ In *Stato e Rivoluzione* di Lenin leggiamo: «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, risponderne direttamente di fronte ai propri elettori. [...] il parlamentarismo, come sistema particolare, come divisione del legislativo dall'esecutivo, come condizione privilegiata per i deputati *non esiste più*». V.I. LENIN, *Stato e rivoluzione e lo studio preparatorio* Il marxismo sullo stato, a cura di P. Marconi, Roma, Editori Riuniti, 1972, p. 56.

³² H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in ID., *La democrazia* cit. D'ora in poi, la seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia* sarà indicata in nota con la sigla EVD 2. La versione originale della seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia* apparve per l'editore Mohr di Tübingen.

³³ EVD 2, pp. 45 ss.

³⁴ Si vedano, ad esempio, A. CARRINO, *L'ordine delle norme. Politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, ESI, 1984; M. CASERTA, *La forma e l'identità. Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli, 2005; l'ottimo M.C. HERRERA, *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen*, Paris, Edition Kimé, 1995 e il più recente A. SCALONE, *Una battaglia contro gli spettri. Diritto e politica nella Reine Rechtslehre di Hans Kelsen (1905-1934)*, Torino, Giappichelli, 2008.

mocratica d'Austria, emanata nel 1920, venne esposta, nella seconda metà degli anni '20, da parte delle forze conservatrici e clericali, ossia i Cristiano-sociali. Questi ultimi cercavano di spostare il "baricentro del potere" dal Parlamento al Governo, dove costituivano la forza preponderante.³⁵

Uno degli ostacoli principali da abbattere era la Corte costituzionale, alla cui creazione proprio Kelsen aveva dato un contributo determinante.³⁶

Il progetto dei Cristiano-sociali era chiaro: da un lato volevano riorganizzare l'intera Corte in modo tale da averne il controllo, dall'altro proponevano una ambiziosa riforma della Costituzione che avrebbe dovuto trasformare l'Austria da Repubblica parlamentare in una presidenziale, in cui al Parlamento sarebbe stata affiancata una terza Camera a rappresentanza «corporativa».³⁷

Lo scopo ultimo dei Cristiano-sociali era neutralizzare politicamente e isolare l'opposizione socialdemocratica. Alla fine degli anni '20, precisamente tra il 1928 e il 1929, quando le forze conservatrici riuscirono infine a far approvare la riforma costituzionale, Kelsen si misurò con la lenta e inesorabile fine della prima Repubblica austriaca sia da *teorico del Diritto*,³⁸ in una serie di saggi di diritto costituzionale, sia da *pensatore politico*, in *Essenza e valore della democrazia*.³⁹

I conservatori chiedono spesso, più che una semplice riforma del parlamentarismo democratico, una sostituzione di esso con un'organizzazione corporativa. Si afferma che l'organizzazione "meccanica" del popolo deve essere sostituita con un'organizzazione "organica" del popolo stesso, mentre, nella formazione della volontà dello Stato, non deve essere il caso puramente esteriore della maggioranza a decidere,

³⁵ R.A. METALL, *op. cit.*, pp. 45-48. Si veda inoltre G. BOTZ, *Fascismo e autoritarismo, in Il Caso Austria dall'Anschluss all'era Waldheim*, a cura di R. Cazzola e G.E. Rusconi, Torino, Einaudi, 1988, pp. 26-28. Ricordiamo peraltro come la Costituzione austriaca del 1920 avesse un carattere "legicentrico", fortemente voluto dal Partito socialdemocratico di Karl Renner, all'epoca abbastanza autorevole da imporsi sugli avversari conservatori.

³⁶ R.A. METALL, *op. cit.*, pp. 48 ss.

³⁷ Si veda a proposito proprio H. KELSEN, *Le linee fondamentali della riforma costituzionale* (tr. it. di ID., *Die Grundzüge der Verfassungsreform*, «Neue Freie Presse», 20 ottobre 1929; *ivi*, 30 ottobre 1929), in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981; ID., *Autobiografia del 1947*, in ID., *Scritti autobiografici*, a cura di M.G. Losano, 2008, pp. 113-115.

³⁸ H. KELSEN, *La giustizia costituzionale* (tr. it. di ID., *La garantie jurisdictionelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, «Rev. Dr. Publ. et Sc. Pol.», XXXV, 1928), in ID., *La giustizia costituzionale cit.*, p. 150; ID., *Le linee fondamentali della riforma costituzionale* (tr. it. di ID., *Die Grundzüge der Verfassungsreform*, «Neue Freie Presse», 20 ottobre 1929; *ivi*, 30 ottobre 1929), in ID., *La giustizia costituzionale cit.*; ID., *La spinta per la riforma costituzionale* (tr. it. di ID., *Der Drang zur Verfassungsreform*, «Neue Freie Presse», 6 ottobre 1929), in ID., *La giustizia costituzionale cit.*, pp. 49-50.

³⁹ Su Kelsen e la Corte costituzionale austriaca mi permetto di rinviare a S. LAGI, *Hans Kelsen and the Austrian Constitutional Court (1918-1929)*, «Co-herencia», 9, 2012, pp. 273-295.

ma si deve dare ad ogni gruppo professionale la partecipazione alla quale esso ha diritto, vale a dire quella che ad ognuno di essi spetta, secondo la sua importanza, in seno al gruppo nazionale.⁴⁰

In tal senso, secondo Kelsen, non esisteva nessuna sostanziale differenza tra bolscevichi e conservatori: entrambi ritenevano la democrazia parlamentare e il parlamentarismo del tutto superati.⁴¹

Contro i conservatori austriaci e le loro proposte di riforma della Costituzione in senso corporativo Kelsen sottolineava la sostanziale inutilità della rappresentanza professionale. Essa, a suo giudizio, non era una alternativa alla rappresentanza parlamentare: le organizzazioni corporative non solo non potevano rappresentare *tutti* gli interessi, ma tendevano, per la loro stessa natura, a «differenziarsi al massimo ed entrare in conflitto»:⁴²

L'organizzazione corporativa non può offrire un principio di integrazione proprio che serva da contrappeso alla fortissima tendenza – ad essa inerente – di una vasta differenziazione.⁴³

Se realizzata, la rappresentanza professionale avrebbe inevitabilmente portato al prevalere di un gruppo di interessi su di un altro:

Si può presumere, non senza qualche ragione, che la rivendicazione, già recentemente formulata, di una organizzazione professionale, manifesta non tanto la necessità di una partecipazione organica, vale a dire equa, di tutti i gruppi professionali alla formazione della volontà dello Stato, quanto piuttosto l'avidità di potere di determinate cerchie di interessi ai quali la costituzione democratica sembra non offrire occasioni di successo.⁴⁴

Il riferimento alla situazione austriaca (e non solo) era evidente, tanto che Kelsen, con toni ben distanti dalla sua algida *dottrina pura del Diritto*, aggiungeva:

Da notare, poi, che la borghesia reclama una organizzazione professionale quando si profila la minaccia che il parlamentarismo democratico si volga contro quel gruppo a cui esso, finora, aveva assicurato la preponderanza politica.⁴⁵

⁴⁰ EVD 2, p. 95.

⁴¹ *Ivi*, p. 44.

⁴² *Ivi*, pp. 129-130.

⁴³ *Ivi*, p. 97.

⁴⁴ *Ivi*, p. 99.

⁴⁵ *Ibid.*

La rappresentanza professionale era finalizzata ad un vero e proprio «dominio di classe», che poteva essere però impedito in un sistema democratico-parlamentare basato sul principio di maggioranza: non certo in virtù di una perfetta coincidenza tra la volontà dei rappresentanti e quella dei rappresentati, che per Kelsen era una pura «finzione», ma perché, a differenza della rappresentanza professionale, quella parlamentare presupponeva il riconoscimento dei diritti fondamentali.⁴⁶ La garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali era ciò che rendeva possibile pensare, accettare e realizzare la dialettica maggioranza-minoranza in seno al parlamento.⁴⁷

È abbastanza noto come da ciò Kelsen sviluppasse una serie di argomentazioni che sono entrate a far parte della storia del pensiero democratico europeo; dal rapporto dialettico maggioranza-minoranza il giurista desunse la naturale propensione della democrazia parlamentare al dialogo e al compromesso:

L'intera procedura parlamentare infatti, con la sua tecnica dialettico-contraddittoria, basata sui discorsi e repliche, su argomenti e controargomenti, tende a venire ad un compromesso. Questo è il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale.⁴⁸

La pratica del compromesso, che – ricordava Kelsen – coinvolgeva nel concreto i partiti politici, ossia i “soggetti” della vita parlamentare, poteva essere facilitata e promossa attraverso un sistema rappresentativo di tipo proporzionale: quest'ultimo avrebbe rafforzato «l'influsso» della minoranza sulla maggioranza, impedendo «il dominio incontestato della volontà della maggioranza», riuscendo così a «consolidare la tendenza alla libertà».⁴⁹

Va da sé che l'elogio del compromesso e del dialogo, della «tecnica dialettico-contraddittoria» e del sistema proporzionale potrebbero ancora oggi apparire come un estremo, disperato tentativo di difesa di una concezione *razionalista e liberale* della democrazia, in un mondo che proprio quella concezione stava attaccando violentemente.⁵⁰ Proprio nella edizione del 1929, Kelsen abbracciava chiaramente una concezione *procedurale* della democrazia che sarebbe stata poi resa famosa negli anni '40 da autori come Joseph Alois Schumpeter.

La democrazia moderna, che presupponeva garanzia di diritti, dialogo politico, pratica parlamentare, esistenza di partiti politici, non poteva che essere

⁴⁶ *Ivi*, pp. 100-103.

⁴⁷ *Ivi*, p. 100.

⁴⁸ *Ivi*, p. 105.

⁴⁹ *Ivi*, p. 109.

⁵⁰ Basti qui ricordare la celebre frase di Lenin sul parlamento «fucina di chiacchiere».

una *approssimazione* all'idea di libertà democratica come perfetta autonomia. In essa si riproduceva la diade governati-governanti e in tal senso, *realisticamente*, Kelsen ricordava come non esistesse nessuna differenza sostanziale tra la democrazia parlamentare e il suo opposto, l'autocrazia.⁵¹ Egli sviluppava la sua argomentazione sul «capo democratico», muovendo dalla stessa constatazione del classico *elitismo* italiano: sul piano *ideale*, la democrazia era «assenza di capi», non così nella *realtà*.

La realtà sociale, infatti, è il dominio, l'esistenza dei capi. Quello che ci si chiede, è semplicemente come si formi la volontà dominatrice, come si crei il capo. È caratteristico della democrazia, a questo proposito, non tanto che la volontà dominante sia la volontà del popolo, quanto che un ampio strato dei sottomessi all'ordine sociale, il maggior numero possibile di membri della collettività, partecipi al processo della formazione della volontà quantunque soltanto ad un certo stadio di questo processo, chiamato legislazione e solo con la creazione dell'organo legislativo.⁵²

La democrazia reale si caratterizzava per *una particolare procedura di selezione dei capi*, l'elezione, che, seppur entro certi limiti, permette agli elettori, ai cittadini di "scegliere" i capi, distinguendosi così dalla autocrazia, dove vige una procedura esattamente opposta, la nomina.⁵³ La selezione "dal basso" dei capi costitutiva, per Kelsen, uno dei motivi più antichi che portava «alla finzione della delegazione della volontà».⁵⁴

Le due edizioni di *Essenza e valore della democrazia* rappresentavano il compendio della concezione kelseniana della democrazia nel periodo europeo: una concezione *realista e in parte elitista*, tesa a cogliere il significato reale dell'ordinamento democratico, attraverso un richiamo costante allo iato tra *idea e realtà*; una concezione che si richiamava alla migliore tradizione *liberale* non solo nella difesa dei diritti fondamentali, ma anche e forse soprattutto nella difesa della minoranza, da Kelsen ritenuta *necessaria*; una concezione *proceduralista* che però non si scordava della dimensione *valoriale* quando, ad esempio, individuava nel relativismo, nella tolleranza e nel dialogo, la "cifra" culturale e spirituale della democrazia parlamentare:

La democrazia stima allo stesso modo la volontà politica di ognuno, come rispetta ugualmente ogni credo politico, ogni opinione politica di cui, anzi, la volontà politica è espressione. Perciò la democrazia dà ad ogni convinzione politica la stessa possibi-

⁵¹ EVD 2, pp. 127 ss.

⁵² *Ivi*, p. 128.

⁵³ *Ivi*, pp. 132-133.

⁵⁴ *Ivi*, p. 133.

lità di esprimersi e di cercare di conquistare l'animo degli uomini attraverso una libera concorrenza.⁵⁵

Proprio su quest'ultimo aspetto si sarebbe soffermato il Kelsen americano nei *Fondamenti della democrazia*.

3. I Fondamenti della democrazia in America (1955)

Nel 1940, dopo una breve parentesi a Praga, Kelsen decise di lasciare l'Europa e trasferirsi negli Stati Uniti, dove trascorse l'ultima parte della sua vita. La letteratura critica ha giustamente fatto osservare come la fuga dal Vecchio Continente, stretto nella morsa dei totalitarismi, coincise con un parziale "ripensamento" della teoria giuridica kelseniana. È Renato Treves a ricordarci che la versione americana della celebre *Reine Rechtslehre*, ossia la *General Theory of Law and State* (1945), ammetteva, in maniera *molto poco formalistica*, l'esistenza di una pluralità di scienze del diritto, tra le quali la sociologia del diritto, particolarmente rilevante proprio in Nord America.⁵⁶

Se il Kelsen teorico e studioso di diritto cercò di mediare tra la propria concezione giuridica e quella americana, ben poco attratta dalla raffinata e algida "purezza" del suo positivismo, il Kelsen pensatore e scrittore politico tornò a occuparsi di teoria democratica con una serie di scritti che, per molti aspetti, non differivano da quelli del periodo europeo. Nel 1948 Kelsen pubblicava *The Political Theory of Bolshevism. A critical Analysis* (*La teoria politica del bolscevismo. Una analisi critica*), nel 1955 *The Communist Theory of Law and State* (*La teoria comunista del diritto e dello Stato*) e i *Fondamenti della democrazia*. In America, Kelsen tornava a porsi due problemi, ossia definire l'essenza della democrazia moderna e comprendere la reale differenza tra democrazia parlamentare e sistema bolscevico. Quest'ultimo aspetto appare particolarmente rilevante se pensiamo, ad esempio, al confronto-scontro tra Occidente americano e Oriente sovietico: forse, i *Fondamenti della democrazia* dovrebbero essere rivalutati e riletti *anche* nel contesto storico-politico della *guerra fredda*.

Nel 1955, il giurista austriaco proponeva al pubblico americano la sua teoria della democrazia, in cui confluivano elementi, temi, polemiche già svilup-

⁵⁵ *Ivi*, p. 149.

⁵⁶ R. TREVES, *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XXIX, 1952, p. 193. Sulle prime reazioni del mondo accademico americano a Kelsen e alla sua dottrina pura del diritto si veda D. KENNEDY, *Kelsen e il diritto internazionale*, «Diritto e cultura», IV, n. 2, 1994, pp. 17-47.

pati nelle due edizioni di *Essenza e valore della democrazia*. Nei *Fondamenti della democrazia* ricomparivano la diade “democrazia ideale” e “democrazia reale”, i riferimenti al padre della democrazia, Jean-Jacques Rousseau, l’approccio *realistico* ed *elitista* al problema della selezione dei capi, la mai sopita polemica con il bolscevismo e la sua pretesa di aver realizzato la “vera democrazia”.⁵⁷

Tuttavia, sarebbe un errore considerare i *Fondamenti della democrazia* come una mera riproposizione in lingua inglese degli scritti europei. Per certi aspetti, il saggio americano appare un *completamento* delle due edizioni di *Essenza e valore della democrazia* e ciò è particolarmente vero per tre dei temi più rilevanti che emergono dall’opera del 1955: il duro attacco al sistema sovietico, la contrapposizione tra assolutismo e relativismo e infine il “dialogo” a distanza con Joseph Schumpeter e Friedrich Von Hayek.

Proprio come in *Essenza e valore della democrazia*, Kelsen affermava che il bolscevismo era lontano dall’aver realizzato una «vera democrazia». L’espressione «governo per il popolo» non nascondeva altro che una forma di governo autocratica in cui, in nome dell’«interesse del popolo», quest’ultimo era di fatto escluso dalla partecipazione alla formazione della volontà statale:⁵⁸

Questo pervertimento del concetto di democrazia da quello di governo del popolo, cosa che in uno Stato moderno può significare soltanto governo di rappresentanti eletti dal popolo, a quello di regime politico nell’interesse del popolo, non è solo teoricamente inammissibile in quanto è un abuso terminologico, ma è anche assai problematico politicamente. Infatti esso sostituisce, come criterio della forma di governo definita democrazia, un giudizio di valore del tutto soggettivo – l’interesse del popolo – a un fatto oggettivamente accertabile: la rappresentanza attraverso organi elettivi.⁵⁹

La critica al sistema sovietico era in realtà la critica a tutti coloro che trovavano insufficiente e teoricamente debole il cosiddetto “criterio formalistico” come parametro per definire la democrazia e distinguere quest’ultima da altre forme di governo. Tra i detrattori di tale criterio Kelsen ricordava l’autore di *New Science of Politics*, anch’egli emigrato in America per sfuggire al Nazismo, Eric Voegelin, che aveva opposto alla cosiddetta «rappresentanza elementare», ossia alla rappresentanza classica, tipica delle democrazie parlamentari, una «rappresentanza esistenziale», intesa come «rappresentanza della società», che doveva includere elementi di «efficienza». ⁶⁰ Per Kelsen, tale con-

⁵⁷ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, in ID., *La Democrazia* cit., pp. 192 ss. D’ora in poi, i *Fondamenti della democrazia* saranno indicati in nota con l’abbreviazione FD.

⁵⁸ *Ivi*, p. 201.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ *Ivi*, pp. 203 ss. Tre anni più tardi, nel 1958, Kelsen avrebbe sviluppato la sua critica al con-

trapposizione non era altro che la trasposizione, sul piano della rappresentanza, della antica dicotomia «democrazia formale-democrazia sostanziale».⁶¹

Tale contrapposizione, a suo giudizio, ne celava una più profonda, quella tra «assolutismo» e «relativismo», tra due veri e propri modi di intendere la realtà che poi, inevitabilmente, si riflettevano in due modi, opposti, di intendere e fare politica.⁶²

L'assolutismo filosofico consiste nell'opinione metafisica secondo cui vi è una realtà assoluta, vale a dire una realtà che esiste indipendentemente dalla conoscenza umana. [...] il relativismo filosofico, invece, sostiene la dottrina empirica secondo la quale la realtà esiste soltanto entro i limiti della conoscenza umana e, come oggetto di tale conoscenza, è relativa al soggetto cosciente.⁶³

L'assolutismo filosofico caratterizzava tutte quelle concezioni che legittimavano una particolare forma di governo e di comunità politica sulla base di valori ritenuti assoluti, veri, oggettivi, immutabili come, ad esempio, quello di «Giustizia».⁶⁴ Il bolscevismo era, per Kelsen, una dottrina politica intrisa di assolutismo filosofico, simile alle teorie politiche che cercavano di legittimare la democrazia sulla base di principi religiosi, di una vera e propria teologia cristiana, come nel caso di Emil Brunner e Reinhold Niebuhr, aspramente criticati nei *Fondamenti della democrazia*.⁶⁵

Nella definizione che egli dava di assolutismo e relativismo filosofico, e quindi nell'esplicito rifiuto di una realtà «che esiste indipendentemente dalla conoscenza umana», era ancora presente, a distanza di quasi quarant'anni, la lezione della scuola neokantiana di Hermann Cohen, che si era rivelata fondamentale per l'elaborazione della *Reine Rechtslehre*.⁶⁶ In questo senso, è lecito

cetto di rappresentanza proposto da Voegelin in *A New Science of Politics: Hans Kelsen's Reply to Eric Voegelin's "New Science of Politics": a Contribution to the Critique of Ideology*. Nel 2004, lo studioso tedesco Arnold Eckhart ha curato la nuova edizione del saggio kelseniano per la Ontos Verlag. Sulla polemica Kelsen-Voegelin si veda, inoltre, A. ECKHART, *Hans Kelsens Replik auf Eric Voegelins "Neue Wissenschaft der Politik". Ein Beitrag zur Diskussion über Politische Theologie*, 2004 (disponibile sul sito www.eckhartarnold.de). Su Voegelin pensatore politico rimandiamo al recente N. STRADAIOLI, *Europa e Stati Uniti. Eric Voegelin e la storia delle idee politiche*, Firenze, Cet, 2011.

⁶¹ FD, p. 203.

⁶² *Ivi*, p. 219.

⁶³ *Ivi*, p. 222.

⁶⁴ *Ivi*, pp. 222-223.

⁶⁵ *Ivi*, p. 278 ss.

⁶⁶ Nella *Prefazione* alla seconda edizione dei *Problemi fondamentali della dottrina del Diritto pubblico* leggiamo infatti: «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 "Kantstudien" e nella quale si riconosceva quest'opera come un tentativo di applicare il metodo trascendentale alla scienza giuridica,

ammettere una linea di continuità tra la concezione giuridica di Kelsen e le sue opere più propriamente politiche.⁶⁷ Tuttavia, ciò che appare di particolare interesse è la stretta correlazione che Kelsen poneva nei *Fondamenti* – molto più chiaramente che non in *Essenza e valore della democrazia* – tra assolutismo filosofico e repressione della minoranza nel sistema bolscevico:

«La dittatura del proletariato» – la vera democrazia – dice Lenin «imponere una serie di restrizioni alla libertà degli oppressori, degli sfruttatori, dei capitalisti» i quali, sotto la dittatura del proletariato, non saranno più oppressori, sfruttatori, [...] cose che potevano essere prima, ma sono, se ancora esistono, semplicemente la minoranza del popolo. Tra tutti i fatti che privano lo Stato sovietico del diritto di chiamarsi democratico vi è innanzitutto quello di considerare come suo compito principale la soppressione violenta della minoranza.⁶⁸

Secondo Kelsen, un regime che si basava su una concezione assolutista, di qualsiasi matrice e carattere essa fosse, non lasciava nessuno spazio, nessuna libertà e nessuna garanzia alla minoranza perché quest'ultima veniva considerata semplicemente come un pericoloso ostacolo sulla via che conduceva alla «Giustizia».⁶⁹ Non solo la tutela della minoranza, ma anche la trasparenza e la razionalità degli atti pubblici, il controllo verso i «capi» diventavano superflui, proprio perché, in siffatti regimi, chi governa «rappresenta un valore assoluto» e quindi «si pone al di fuori della comunità».⁷⁰ Opposta alla autocrazia, la democrazia moderna e rappresentativa incarnava il principio del relativismo filosofico come *parte integrante* del suo carattere *procedurale*: essa – ribadiva Kelsen – è «metodo di decisione», è un insieme di procedure per prendere decisioni, per formare la volontà dello Stato, non indica *cosa decidere*, ma *come decidere*.⁷¹

Tra le procedure più importanti che distinguevano la democrazia moderna dalla autocrazia, Kelsen individuava la scelta dei governanti dal “basso” per mezzo delle elezioni politiche.⁷²

Nei *Fondamenti della democrazia*, Kelsen riproponeva quell'elemento procedurale che è stato spesso considerato dai massimi studiosi del giurista – un

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». H. KELSEN, *Prefazione* cit., p. 30.

⁶⁷ Sui legami nell'opera di Kelsen tra la concezione democratica e la dottrina pura del diritto v. il recente F. LJOI, *La positività del diritto. Saggio su Kelsen*, Roma, Aracne, 2011.

⁶⁸ FD, p. 245.

⁶⁹ *Ivi*, pp. 245-246.

⁷⁰ *Ivi*, pp. 250 ss.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ivi*, pp. 248 ss.

nome su tutti Norberto Bobbio – come uno degli aspetti più qualificanti della sua concezione democratica.⁷³ In tal senso, l'opera americana non aggiungerebbe niente di diverso o di nuovo rispetto a quelle del periodo europeo. Tuttavia, a differenza delle passate edizioni, nei *Fondamenti della democrazia* il proceduralismo kelseniano è meglio comprensibile se posto in diretto rapporto con quello di Joseph Schumpeter, più volte ricordato nell'opera del 1955.

Esiste una chiara similitudine tra la *Demokratielehre* di Kelsen e quella dell'economista e politologo americano. Una somiglianza di sostanza e non di forma: in *Capitalism, Socialism and Democracy* (*Capitalismo, socialismo, democrazia*), del 1942, Schumpeter criticava, ad esempio, il concetto di volontà generale in Rousseau in maniera sostanzialmente analoga a quella di Kelsen. Come il giurista austriaco, Schumpeter attaccava quelle teorie che giustificavano la democrazia in termini di «bene del popolo» e sottolineava il suo carattere di *procedura*:

Il metodo democratico è lo strumento istituzionale per giungere a decisioni politiche, in base al quale singoli individui ottengono il potere di decidere attraverso una competizione che ha per oggetto il voto popolare. Dalla difesa della spiegazione di tale concetto risulterà che [...] essa migliora notevolmente la dottrina del processo democratico. Prima di tutto, essa fornisce un criterio ragionevolmente giusto per distinguere i governi democratici dai governi che non sono tali. Abbiamo visto che la teoria classica urta su questo punto in serie difficoltà, perché tanto la volontà quanto il bene del popolo possono essere serviti [...] altrettanto bene o forse meglio dai governi che non si possono definire democratici. [...] Ora ci troviamo in una posizione migliore perché abbiamo deciso di mettere l'accento su un *metodus procedendi*.⁷⁴

E in maniera analoga a Kelsen, anche Schumpeter sottolineava come il metodo democratico fosse essenzialmente «lo strumento istituzionale per giungere a decisioni politiche, in base al quale singoli individui ottengono il potere di decidere attraverso una competizione che ha per oggetto il voto popolare».⁷⁵

È indubbio che Kelsen teorico della democrazia non faceva alcun cenno al concetto di competizione, sul quale, invece, Schumpeter insisteva, tanto da individuare una qualche forma di analogia tra competizione politica e «concor-

⁷³ Si vedano, ad esempio: N. BOBBIO, *Stato, governo, società, frammenti di un dizionario politico*, Torino, Einaudi, 1985; ID., *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi, 1994; H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1986.

⁷⁴ J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Milano, ETAS Kompass, 1967, p. 247.

⁷⁵ *Ibid.*

renza economica». ⁷⁶ Tuttavia, sia Kelsen sia Schumpeter contrapponevano la teoria proceduralista della democrazia a quella classica che, a loro giudizio, affondava le sue radici nel *Contratto sociale* e nel concetto di *volontà generale*, quest'ultima considerata da entrambi una mera «finzione». ⁷⁷

Era Schumpeter che, in *Capitalismo, socialismo e democrazia*, ricordava, con toni analoghi al Kelsen di *Essenza e valore della democrazia*, che:

Le collettività agiscono quasi esclusivamente riconoscendo una *leadership* [...] e le proposizioni sul funzionamento e sul metodo democratico che ne tengono conto saranno infinitamente più realistiche di quelle che lo trascurano. Invece di fermarsi sulla esecuzione di una *volonté générale*, esse cercheranno di dimostrare come essa sorge o come viene surrogata o contraffatta. ⁷⁸

I due pensatori si incontravano così, pur con le loro debite differenze e peculiarità, non solo sul terreno del proceduralismo, ma anche, indubbiamente, su quello del realismo. Il carattere fortemente proceduralista dei *Fondamenti della democrazia* emergeva chiaramente anche dalla critica che, nell'opera del 1955, Kelsen muoveva a Friedrich von Hayek. All'economista austriaco, padre della Scuola di Chicago, che vedeva un legame necessario tra libertà economica e libertà politica, tanto da ritenere la prima fondamento della seconda, il giurista ribatteva che la democrazia non aveva *nessun contenuto economico*, essa non era né naturalmente collettivistica, né naturalmente capitalistica. ⁷⁹

È impossibile non convenire con M. Barberis, secondo cui la concezione democratica di Kelsen è «procedurale piuttosto nel senso dei politologi che in quello dei filosofi del diritto e della politica», ma è altrettanto importante sottolineare quanto il *proceduralismo* di Kelsen fosse sostanzialmente diverso da quello di Schumpeter:

è stato detto [Kelsen si sta riferendo a Schumpeter] che la democrazia come metodo politico, cioè come un certo tipo di convenzione istituzionale per giungere a decisioni politiche, legislative e amministrative, è «incapace di essere un fine in se stessa» [...] e che come mero metodo «può servire necessariamente, sempre e dovunque, quegli interessi e ideali per i quali intendiamo realmente combattere e morire senza riserva»; «che il metodo democratico non garantisce necessariamente maggiore libertà individuale di quella che un altro metodo politico consentirebbe in circostanze uguali» [...] Tale illazione dal carattere procedurale della democrazia non è del tutto esatta. Se definiamo la democrazia come un metodo politico mediante il quale l'ordinamento so-

⁷⁶ *Ivi*, pp. 247 ss.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*

ziale è creato ed applicato da coloro che sono soggetti all'ordinamento stesso, in modo da assicurare la libertà politica nel senso di autodeterminazione, allora la democrazia serve necessariamente sempre e ovunque l'ideale della libertà.⁸⁰

È in quei due avverbi *sempre* e *ovunque* che possiamo cogliere tutta la distanza tra il proceduralismo di Schumpeter, che pure Kelsen considerava un importante punto di riferimento, e il proceduralismo di quest'ultimo:

Essa [la concezione democratica di Schumpeter] confonde ulteriormente la questione se la democrazia può necessariamente servire un certo ideale con quella se la democrazia può essere essa stessa un ideale assoluto. Pare che l'autore [Schumpeter] deduca dalla risposta negativa che egli dà alla prima domanda una risposta negativa alla seconda.⁸¹

Una simile distinzione potrebbe apparire come un tentativo da parte di Kelsen di mantenere la sua definizione procedurale della democrazia senza per questo sacrificare i suoi *ideali liberali* e si potrebbe altrimenti far notare come il richiamo a tali ideali stia lì a dimostrare la sostanziale incapacità del giurista di trarre fino in fondo le *estreme conseguenze* del suo proceduralismo e relativismo. Eppure, nel contesto di una analisi storico-dottrinale piuttosto che filosofico-politica, ciò che appare realmente interessante è la connessione, ancora una volta profonda e concreta, tra la concezione democratica di Kelsen, da un lato, e il suo attacco contro quelle forme di governo che, a suo giudizio, si proclamavano indebitamente democratiche, dall'altro:

Se in un caso concreto l'ordinamento sociale non è creato nel modo indicato dalla suddetta definizione o se esso non contiene garanzie di libertà, non è che la democrazia non serva gli ideali ma sono gli ideali a non essere serviti perché la democrazia è stata abbandonata. Questa critica confonde l'idea di democrazia con una realtà politica che erroneamente interpreta se stessa come democrazia, sebbene non corrisponda a siffatta idea.⁸²

In termini generali, i *Fondamenti della democrazia* dovrebbero essere riconsiderati alla luce delle teorie politologiche sulla democrazia che circolavano all'epoca negli Stati Uniti (e non solo): con la sua opera del 1955, Kelsen voleva in qualche modo inserirsi in quel dibattito e in tal senso diventano anche meglio comprensibili i riferimenti a Schumpeter, a von Hayek e a Voegelin. Forse, la *distanza* sostanziale tra i *Fondamenti* e *Essenza e valore della democrazia* è di *contesto più che di contenuto*. Allo stesso tempo, però, gli scritti

⁸⁰ FD, p. 197.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

europei e quello americano sono legati da un *filo rosso*, per noi particolarmente rilevante, perché permette di sottolineare la *posizione* del giurista nella storia del pensiero politico.

Al di là dell'insistenza sul carattere *scientifico* e *avalutativo* della sua *Demokratielehre*, che in parte si ricollega a quel processo di *formalizzazione* e *purificazione* del diritto che Kelsen aveva iniziato negli anni '10, sia *Essenza e valore della democrazia* sia i *Fondamenti della democrazia* restano essenzialmente delle vere e proprie *difese* dell'ordinamento democratico *contro i suoi nemici*. Nemici che Kelsen collocava sotto la definizione di autocrazia, ma che in realtà avevano un carattere storico, politico e ideologico ben preciso: il bolscevismo, il fascismo, il nazismo nel periodo in cui egli viveva ancora in Europa; la Russia sovietica in piena guerra fredda, quando ormai viveva nella nuova patria americana. Il richiamo costante alla libertà, che caratterizza sia le due edizioni di *Essenza e valore della democrazia*, sia i *Fondamenti della democrazia*, si concilia perfettamente con il proceduralismo, soprattutto se ricordiamo non solo la dimensione storica di queste opere, ma anche e specialmente la loro finalità più propriamente politica.

SARA LAGI

ABSTRACT – This article examines Hans Kelsen's theory of democracy as it developed over years, between the 20s and the mid 50s. More precisely the two editions of *On Essence and Value of Democracy* (1920; 1929) and *Foundations of Democracy*, published when the Austrian jurist already lived in the U.S., have been taken into account. Kelsen's writings are analysed through the lens of history of political doctrines, with the objective to highlight their historical dimension, avoiding to reduce them to a sort of "secondary effect" of the popular *Reine Rechtslehre*. In this sense, the article seeks to explain the more *realistic*, *elitistic* and *liberal* implications of Kelsen's works on democracy through a recall to the concrete historical-political dimension these writings were conceived in, with a particular focus on the challenge the Bolshevik revolution posed to post WWI European democratic systems. [k.w.: Hans Kelsen, Theory of Democracy, History of Political Thought, Realism, Elitism, Liberalism, Bolshevik Revolution, Historical Dimension].

CDC |
arti|grafiche

CITTÀ DI CASTELLO • PG

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI DICEMBRE 2013

Direttore Responsabile

PROF. VITTOR IVO COMPARATO

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

Pubblicazione quadrimestrale

Redazione

DIPARTIMENTO DI SCIENZE STORICHE

Via Pascoli 33 - 06123 Perugia - e-mail: penspol@unipg.it

Amministrazione

CASA EDITRICE LEO S. OLSCHKI

Casella postale 66, 50123 Firenze • Viuzzo del Pozzetto 8, 50126 Firenze

e-mail: periodici@olschki.it • Conto corrente postale 12.707.501

tel. (+39) 055.65.30.684 • fax (+39) 055.65.30.214

2013: ABBONAMENTO ANNUALE – ANNUAL SUBSCRIPTION

ISTITUZIONI – *INSTITUTIONS*

La quota per le istituzioni è comprensiva dell'accesso on-line alla rivista.

Indirizzo IP e richieste di informazioni sulla procedura di attivazione dovranno essere inoltrati a periodici@olschki.it

Subscription rates for institutions include on-line access to the journal.

The IP address and requests for information on the activation procedure should be sent to periodici@olschki.it

Italia: € 108,00 • Foreign € 143,00

PRIVATI – *INDIVIDUALS*

(solo cartaceo - *print version only*)

Italia: € 88,00 • Foreign € 110,00

Pubblicato nel mese di dicembre 2013

