

Marco Caserta

Democrazia e costituzione  
in Hans Kelsen e Carl Schmitt



Copyright © MMV  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133 A/B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 88-548-0184-4

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: giugno 2005

# INDICE

<b>Introduzione</b> .....	9
---------------------------	---

## **Parte Prima: La Democrazia**

### **Capitolo I – La ‘forma’ democrazia**

1. Il principio democratico .....	23
2. La ‘purezza’ di un modello .....	26
3. Il popolo .....	29
4. Dall’unanimità al principio di maggioranza .....	34
5. La democrazia indiretta: il parlamento .....	36
6. La “finzione” della rappresentanza .....	39
7. Quale rappresentanza? Prime crepe nell’edificio kelseniano .....	42
8. La scelta dei leaders .....	46
9. Maggioranza/minoranza: i termini di un rapporto problematico .....	51
10. La dialettica democratico-parlamentare tra compromesso e relativismo .....	55
11. Limiti di un relativismo ingenuo .....	59
12. La democrazia e i suoi nemici .....	63
13. Moderno, premoderno, postmoderno .....	65

### **Capitolo II – Democrazia dell’identità**

1. Democrazia e identità .....	71
2. L’eguaglianza sostanziale .....	73

3. Eguaglianza senza libertà: le basi di una democrazia autoritaria .....	76
4. Quale popolo per quale democrazia .....	79
5. Un popolo, un condottiero: l'ambiguità di un rapporto ...	86
6. I due principi della forma politica .....	90
7. La rappresentazione: alle origini della rappresentanza politica .....	93
8. Rappresentatività dell'idea e forma rappresentativa .....	97
9. La polemica antiparlamentare .....	100
10. Il regime parlamentare tra esigenze di rinnovamento e tendenze sovvertitrici .....	105
11. La democrazia al tempo dello Stato totale .....	108
12. Dal plebiscito al <i>Führerprinzip</i> .....	112
13. I paradossi dell'omogeneità .....	119

## **Parte seconda: Democrazia e costituzione**

### **Capitolo III – La costituzione e la scelta democratica**

1. Costituzione e ordinamento giuridico .....	125
2. Dalle regole ai contenuti: la costituzione sostanziale .....	128
3. Diritto e Stato .....	130
4. Il primato della legge: lo Stato di diritto .....	134
5. Lo Stato di diritto costituzionale .....	137
6. Quale costituzione? .....	140
7. Costituzione e democrazia .....	142
8. Democrazia a garanzia limitata .....	146
9. La scelta democratica .....	148

### **Capitolo IV – Costituzione come decisione**

1. La dottrina costituzionale .....	151
2. Il concetto di costituzione .....	155
3. La decisione costituzionale .....	158
4. Il fondamento della decisione .....	161
5. La costituzione tra politica e diritto .....	165
6. Legittimità e legalità .....	169

7. Legalità e democrazia .....	173
8. La costituzione democratica .....	176
9. Costituzione senza diritto? .....	179
<b>Riferimenti bibliografici .....</b>	<b>183</b>



## INTRODUZIONE

Protagonisti del pensiero giuridico-politico del Novecento, Hans Kelsen e Carl Schmitt si fronteggiano - sullo sfondo della crisi della Repubblica di Weimar e del suo rovinoso epilogo<sup>1</sup> - anche sul tema della democrazia. Due concezioni diverse, che pur maturando in un comune contesto di riferimento ed affrontando inevitabilmente temi e problematiche analoghi, giungono a conclusioni per certi versi opposte, esprimendo due idee di democrazia che vanno reciprocamente ad escludersi e che pure, proprio per questa inconciliabile opposizione, risultano tuttavia legate dal limite della loro unilateralità, quasi come se all'una manchi qualcosa dell'altra e viceversa.

Se la democrazia può essere considerata come uno dei grandi protagonisti della storia della politica del ventesimo secolo, unitamente ai

---

<sup>1</sup> Le opere di rilievo sulla democrazia - nonché sulla dottrina costituzionale, per quanto riguarda la seconda parte del lavoro - cui si farà riferimento, si collocano per entrambi a cavallo degli anni venti-trenta. Kelsen torna ad occuparsi della forma di governo democratica anche negli anni '50, durante la sua permanenza negli Stati Uniti, con delle riflessioni che, per un verso riprendono e confermano quanto sviluppato precedentemente, per l'altro introducono alcune differenze di rilievo che non si mancherà di evidenziare. Va inoltre ricordato che mentre Schmitt vive direttamente tutte le vicende di Weimar, essendo attivo in quel periodo in Germania, Kelsen si trasferirà dall'Austria nel 1930 e rimarrà in Germania per tre anni, per poi riparare a Ginevra, lui ebreo e con simpatie socialiste, all'indomani della presa di potere da parte di Hitler. Per i riferimenti biografici, cfr. J. W. BENDERSKY, *Carl Schmitt teorico del Reich*, Bologna, 1989; P. NOACK, *Carl Schmitt: eine Biographie*, Frankfurt, 1996; R. A. MÉTALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien, 1969. Per la ricostruzione della vicenda weimariana, G. E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, Torino, 1977.

regimi totalitari del nazi-fascismo e del comunismo<sup>2</sup>, il modo in cui la forma di governo democratica viene presentata nel confronto con l'autoritarismo dei regimi antagonisti, rappresenta subito un punto di netta differenziazione tra Kelsen e Schmitt. Per il primo, la rigorosa individuazione degli elementi costitutivi dell'idea democratica e la successiva ricostruzione delle peculiarità di questa forma di governo, vorrebbero anche concretizzare un'adeguata risposta dottrinale alla crisi rappresentativa delle modalità democratico-parlamentari, le quali sono invece indicate come le uniche proprie del regime democratico; per l'altro, invece, compito della riflessione politologica è prendere atto dei limiti, intrinseci, del parlamentarismo e delle relative forme di produzione del consenso e di espressione della partecipazione politica e, conseguentemente, definire un'idea di democrazia che sappia farne a meno, anche ai fini di una svolta autoritaria. Per entrambi, comunque, il problema essenziale è quello della fondazione teoretica della forma politica democratica, come modello dottrinale astratto che sappia valersi di una rinnovata elaborazione concettuale e che possa rappresentare, pertanto, l'adeguato punto di riferimento per la difficile realtà politica del tempo presente.

Il punto di partenza dell'incedere kelseniano è dato dal fatto che la costruzione del modello democratico venga esplicitamente fondata sulla critica all'ideologia, nella differenza che si ritiene sussistere tra democrazia reale e democrazia ideale, e nella consapevolezza che allo scienziato della dottrina dello Stato ed al politologo spetti di individuare un oggetto democrazia, mantenendo chiara la distanza tra le proprie opzioni personali, che pure ci sono e di cui non si deve certo fare mistero, e la descrizione dell'oggetto osservato nella sua effettiva caratterizzazione, nei suoi obiettivi elementari costitutivi. Vengono individuati, pertanto, quelli che devono essere assunti come momenti organici di una possibile idea di democrazia, libertà ed eguaglianza formale<sup>3</sup>, e ne viene illustrato il necessario processo di trasformazione

---

<sup>2</sup> In tal senso, N. BOBBIO, R. DE FELICE, G. E. RUSCONI, *Italiani, amici nemici*, Milano, 1996.

<sup>3</sup> Sono quelli che Kelsen definisce, come vedremo dettagliatamente, "due postulati della nostra ragione pratica" sostanziati da due universali "istinti primordiali dell'essere sociale". È quasi superfluo evidenziare che l'aver legato l'idea di democrazia a due assunzioni e che poi, da tale idea e dai suoi elementi costitutivi, si ricavi



e di mediazione che gli stessi subiscono nel farsi elementi propri della democrazia, come reale forma di governo. Si tratta di un processo articolato, attraverso il quale Kelsen affronta con determinazione i temi centrali della riflessione politica sulla democrazia: la nozione di popolo e quella di governo popolare; la contrapposizione tra forme di democrazia diretta ed indiretta, nonché il relativo problema della rappresentanza politica; la caratterizzazione del parlamento ed il rapporto, essenziale, tra maggioranza e minoranza; il ruolo dei partiti politici e, in generale, le forme della produzione e dell'espressione del consenso e della partecipazione politica; fino all'interrogativo sui rapporti tra filosofie, concezioni del mondo e corrispondenti forme di governo, con il forte legame individuato tra la democrazia ed il relativismo critico e gnoseologico del pensiero della modernità<sup>4</sup>.

Il risultato finale è, in sintesi, l'elaborazione di un modello relativistico di democrazia, "una concezione che si candida come adeguata all'epoca del crepuscolo degli idoli e del politeismo dei valori", in un mondo "partorito dall'Illuminismo e dalla Rivoluzione francese, dove nessun valore può sottrarsi alla discussione razionale, né si presta a es

---

sia la successiva illustrazione del processo di trasformazione che conduce al "dato reale", sia la descrizione della realtà democrazia, di fatto può pregiudicare la stessa pretesa descrittiva, "l'obiettività" della lettura kelseniana. Questa considerazione rimanda, inevitabilmente, al problema del rapporto tra osservazione scientifica ed ideologia, tutt'altro che definitivamente risolto nel pensiero politico di Kelsen, come pure si vedrà; ma in effetti, più che indagare sui risvolti epistemologici della sua concezione, nostro intento sarà quello di seguirlo nella sua logica argomentativa per evidenziare che, proprio attenendosi ai presupposti dati ed al loro conseguente sviluppo, il modello kelseniano rivela delle incongruenze interne, dovute alla forte accentuazione della dimensione formale e procedurale riferita alla democrazia. Per alcune indicazioni bibliografiche sul problema epistemologico nel pensiero politico di Kelsen, cfr. P. BELLINAZZI, *Novecento restauratore. Filosofia e politica in Kelsen*, Pisa, 1998; A. CARRINO, *L'ordine delle norme, Stato e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, 1992, in part. pp. 209 e ss.

<sup>4</sup> È Agostino Carrino a rimarcare con forza il legame tra concezione democratica kelseniana e modernità: nell'ottica di Kelsen la democrazia è la modernità stessa, mentre, al contrario, la dittatura, i regimi autocratici, sono "solo la resistenza che al progresso democratico oppongono i residui di tempi e mentalità pre-moderni". A. CARRINO, *Scienza e democrazia. Il decisionismo critico di Hans Kelsen*, in H. KELSEN, *Sociologia della democrazia*, ed. it., Napoli, 1991, p. 11; similmente in *L'ordine delle norme, Stato e diritto in Hans Kelsen*, cit., p. 229.

sere monopolizzato da un' autorità", sicché il carattere metodico e procedurale della teoria democratica di Kelsen risulta proprio in questo assunto relativistico: "non c'è più qualcosa come un bene comune, e in sua assenza si può solo mediare fra una pluralità di valori in conflitto"<sup>5</sup>. Quanto più l'idea di una verità universale o di un bene comune si allontanano dall'orizzonte della politica della società del ventesimo secolo, differenziata e pluralista, tanto più ne risulta rafforzato un modello democratico in chiave procedurale, che configura la democrazia come una forma della politica, all'interno della quale si manifesta il libero gioco dei contenuti politici particolari, indifferentemente dalla loro specificità. Una forma di governo con regole e procedure che stabiliscono come le decisioni collettive vanno prese, piuttosto che pretendere di stabilire quali decisioni devono essere assunte e quali altre escluse, e che comunque ritiene di poter contenere la propria dialettica politica interna, nonché sostenere se stessa come forma democratica, affidandosi alla funzione ed al meccanismo procedurali. E questo senza che ciò costituisca un limite della forma politica democratica, che anzi, in quanto così caratterizzata, rappresenta la forma adeguata per la dimensione politica dell'epoca moderna e per la sua *Weltanschauung*: relativismo politico e relativismo gnoseologico del pensiero della modernità si saldano per rispondere assieme alle esigenze del proprio tempo.

Anche per Schmitt, come detto, l'urgenza dei tempi preme affinché si definisca un rinnovato modello di democrazia che sia in grado di dialogare con la nuova compagine sociale, ed anche per lui la consapevolezza della "indicibilità del bene comune"<sup>6</sup>, in una realtà di masse socialmente e politicamente eterogenee, dove i valori si trasformano in strumenti di una lotta politica ancor più aspra<sup>7</sup>, contribuisce a rendere il compito particolarmente gravoso. Al pari di Kelsen, affronta risolu

---

<sup>5</sup> M. BARBERIS, *Introduzione*, in H. KELSEN, *La democrazia*, ed. it., Bologna, 1995, p. 31.

<sup>6</sup> E. CASTRUCCI, *Introduzione alla filosofia del diritto pubblico di Carl Schmitt*, Torino, 1991, p. 79.

<sup>7</sup> Non è qui possibile riprendere nel dettaglio il tema del "conflitto dei valori" in Schmitt. Sul punto si rimanda al ponderoso lavoro di Galli sul pensiero politico schmittiano. C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, in part. pp. 77 e ss.

tamente l'analisi degli elementi caratterizzanti la democrazia; si pone il problema della sua fondazione e ne traccia le dovute conseguenze; individua pertanto i modi ed i meccanismi attraverso i quali la democrazia vive e si manifesta; la soggettività politica che la incarna, e giunge a ritenere, al termine di una riflessione più che decennale, di aver individuato il modo per coniugare la forma democratica, presa nella sua autenticità, con la forma propria dello Stato del ventesimo secolo. Ma in un senso diametralmente opposto a quanto individuato da Kelsen.

Se la libertà e l'eguaglianza formale rappresentano i momenti originari costitutivi del primo modello, per il secondo ciò che risulta essenziale è la sola eguaglianza sostanziale; la caratterizzazione relativistica e proceduralistica della democrazia kelseniana, viene sostituita con un'idea di democrazia contraddistinta in senso fortemente sostanziale; se per Kelsen la democrazia si presenta come forma per contenuti politici differenziati, per Schmitt si rivela prioritaria la scelta radicale di un preciso contenuto politico, che animi la forma democratica e identifichi la collettività di appartenenza, escludendo al contempo chi rimane fuori da tale identità; ma soprattutto, tanto quanto l'intento kelseniano muove per una riconduzione della politica all'interno di una funzione procedurale, per la formalizzazione dei rapporti politici, con la conseguente trasformazione dello scontro politico in confronto, del conflitto in forme mediate di antagonismo, del nemico in avversario, parimenti per Schmitt, il convincimento della irriducibilità del politico, della sua ineducibilità all'interno di procedure, mantiene alta la consapevolezza della possibilità del nemico, del conflitto esistenziale e dunque l'esigenza e la capacità di saper riconoscere il proprio antagonista, di escluderlo e combatterlo.

Da un lato, dunque, una 'forma' democrazia che, in virtù di questa sua caratterizzazione, si allontana dall'esigenza di identificazione sostanziale con un principio, ed una relativa soggettività, politici determinanti<sup>8</sup>; dall'altro una democrazia dell'identità che ha senso solo in

---

<sup>8</sup> In parallelo con il processo di demolizione del concetto di sovranità e di depersonalizzazione dello Stato, sviluppato all'interno della dottrina giuridica kelseniana. Cfr. M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. GOZZI e P. SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania*

funzione di una precisa unitarietà politica, espressa da una sovranità decisionale che non può non essere presente. Non che a Kelsen sfugga, evidentemente, la rilevanza della specificità delle scelte di contenuto interne alla forma democratica, così come non manca in Schmitt la consapevolezza dell'importanza delle forme della mediazione; il punto è che però la perentorietà dei principi costitutivi dei rispettivi modelli di democrazia è tale da relativizzare questi aspetti, nella pretesa di un loro superamento e di una loro soluzione interna alla capacità propria di entrambi.

Ed è in questa contrapposizione che emergono due momenti fondamentali della dimensione politica di cui Kelsen e Schmitt sembrano farsi portatori unilateralmente, senza tentarne un superamento ed una ricomposizione in un processo di sintesi più alto. In Kelsen il tipo di caratterizzazione della democrazia è legato alla prioritaria esigenza di riconduzione della sostanzialità politica e dei rapporti concreti della vita all'interno di una modalità processuale, ai fini della loro osservabilità e deducibilità razionale e, dunque, per una gestione degli stessi che trovi un punto di equilibrio nella razionalità dei meccanismi procedurali in grado di contenerli, relativizzandoli. Questo però, senza fare i conti fino in fondo col fatto che forme e procedure vivono e si animano di quella sostanzialità e di quei rapporti concreti, i quali inevitabilmente possono eccederle e non si prestano sempre e comunque ad un processo di relativizzazione, richiedendo, pertanto, l'adeguamento delle forme che li identificano. Mancando questa consapevolezza, il risultato è una democrazia procedurale che ritiene di accogliere e realizzare i propri principi costitutivi, libertà ed eguaglianza, e le modalità concrete della loro realizzazione – a cominciare dalla dialettica maggioranza-minoranza e l'intero bagaglio di diritti e facoltà ad essa riconducibili – senza identificarsi sostanzialmente con essi e quindi necessariamente pretendere che il gioco democratico possa articolarsi solo e soltanto a partire da un comune e discriminante

---

*dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, 1987; P. BARCELLONA, *A proposito del principio democratico e della teoria pura del diritto*, in B. MONTANARI (a cura di), *Stato di diritto e trasformazioni della politica*, Torino, 1992.

consenso sugli stessi<sup>9</sup>. Ne consegue una caratterizzazione in termini di relativismo politico che, se da un lato non può non riconoscersi come la cifra della moderna forma democratica, ed è questo il merito della riflessione kelseniana, dall'altro si colora di ingenuità, nella misura in cui ritiene di risolvere semplicemente in se stesso l'eccedenza della radicalità politica.

In senso opposto, a Schmitt non manca di certo la consapevolezza di tale radicalità e della sua eccedenza rispetto a possibili processi di formalizzazione<sup>10</sup>, ma parimenti, l'assolutizzazione di questo aspetto ed il conseguente iperpoliticismo, che caratterizza la sua riflessione, producono un'idea di forma politica che tiene massimamente conto del modo di identificazione sostanziale della forma con il proprio contenuto, tutto a scapito dell'affermarsi dei modi di relativizzazione della differenziazione politica e dei processi di mediazione. Ne consegue un modello di democrazia che trova nel principio di eguaglianza sostanziale il suo unico momento costitutivo, che coerentemente può fare a meno di ogni riferimento al principio di libertà e riconosce l'individuo solo in quanto parte, momento di una comune appartenenza ad una identità politica collettiva.

All'idea di democrazia si lega quella di costituzione. Nella rinnovata attenzione novecentesca agli studi costituzionali, la costituzione può essere letta quale vertice dell'ordinamento giuridico della forma politica democratica, sicché costituzione e democrazia si fondono nel moderno Stato costituzionale democratico<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> “Deve pur sempre esservi uno sfondo di valori comuni, o almeno un *overlapping consensus*, perché discutere e votare abbia un senso”. Se il conflitto è lacerante, radicale, la forma politica democratica esplode. In tal senso M. BARBERIS, *Introduzione*, cit., p. 33. D'altronde è lo stesso Kelsen che arriva a riconoscerlo, affermando che “la democrazia non funziona quando l'antagonismo tra maggioranza e minoranza è così forte da rendere impossibile ogni compromesso”. Tale considerazione viene però esplicitata ne *I fondamenti della democrazia*, del 1955, dove, come accennato, si manifesta una diversa lettura del rapporto tra forma democratica e suoi contenuti politici caratterizzanti. H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, in ID., *La democrazia*, ed. it. a cura di G. GAVAZZI, Bologna, pp.181-382.

<sup>10</sup> Questa affermazione tocca, evidentemente, il cuore della riflessione politica di Carl Schmitt. Sul punto si tornerà, a più riprese, nel prosieguo del lavoro.

<sup>11</sup> Ed è un momento di contatto che costituisce un importante punto di osservazione per la lettura del rapporto tra dottrina giuridica e pensiero politico per entrambi

Anche in questo caso è possibile ricostruire il percorso che conduce sia Kelsen che Schmitt a leggere una particolare connessione tra forma di governo democratica e costituzione, ed anche in questa circostanza il risultato si esprime in due concezioni contrapposte, che pure sembrano rinviare l'una all'altra nei termini di una reciproca manchevolezza. Kelsen fa riferimento ad una costituzione democratica caratterizzata in chiave dualistica, distinguendo tra costituzione "in senso stretto" ed "in senso lato", dove la prima è riferita ai principi regolativi inerenti gli organi e i procedimenti legislativi, mentre la seconda riguarda l'elenco di diritti fondamentali degli individui o libertà individuali<sup>12</sup>. Una costituzione che contiene in sé una duplice anima, dunque, procedurale e sostanziale, che pure viene tenuta assieme ma che, alla prova dei fatti, non raggiunge una composizione paritetica per tale dualismo e riconduce la seconda alla prima, impedendo alla dimensione formale della costituzione di saldarsi stabilmente con quella materiale. Il risultato è una costituzione modificabile in ogni sua parte, purché nel rispetto delle dovute procedure di modifica, rinforzate, previste dalla costituzione stessa.

Per la riflessione schmittiana il punto di partenza è costituito dalla elaborazione del concetto di costituzione, in modo particolare del concetto positivo di costituzione, e procede nella critica del modello del moderno stato costituzionale democratico borghese e della carenza delle sue modalità rappresentative. Da ciò, mettendo in risalto l'elemento politico proprio di ogni costituzione, consegue l'affermazione sull'inevitabilità del legame tra la costituzione intesa come forma originaria, vertice, dell'ordinamento giuridico e la dimensione sostanziale, politica dello Stato e pertanto, nella misura in cui si vuole una costituzione democratica, questa non potrà che connotarsi

---

gli autori. Sul più volte indagato legame tra pensiero giuridico e pensiero politico in Kelsen, cfr. M. BARBERIS, *Introduzione*, cit., pp. 9 e ss. Nei termini di una più sensibile distanza tra il Kelsen teorico puro del diritto e il Kelsen politologo della democrazia si esprime invece L. RIZZI, *Legittimità e democrazia. Studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*, Milano, 1990. Per quanto riguarda Schmitt, dottrina giuridica e pensiero politico sono indissolubilmente connessi, tanto che non è possibile comprendere compiutamente la sua riflessione giuridica senza gli opportuni riferimenti alla politica.

<sup>12</sup> V. cap. III, § 2.

nei caratteri della propria determinazione politica. La democrazia dell'identità sostanziale si salda alla sua costituzione e la scelta politica del popolo sovrano pregiudica l'intero ordinamento giuridico dello Stato democratico, a partire dalla propria norma fondamentale.

Il tipo di prospettiva che aveva contraddistinto la lettura della forma democratica, con le relative conseguenze, sembra ripetersi<sup>13</sup>: Kelsen è in grado di cogliere acutamente molteplici elementi propri del moderno modello di costituzione democratica, ma nella misura in cui ritiene comunque di poter privilegiare la dimensione procedurale rispetto a quella sostanziale, delinea un modello costituzionale che privilegia la propria astratta purezza nei confronti della politicità della democrazia. Manca, in altri termini, da parte della costituzione kelseniana, una "scelta per la democrazia" che si manifesti nell'assunzione, a pieno titolo, di contenuti politici propri democratici, nella mancata consapevolezza che la forma muore senza un minimo di contenuto consustanziale. Il modello schmittiano, al contrario, esprime una più radicata coscienza del nesso tra istanza formale e determinazione materiale, e coglie l'importanza della necessaria declinazione sostanziale che la costituzione deve subire in quanto costituzione democratica, ma poi risulta completamente risucchiato dalla troppo marcata identificazione della costituzione con la propria determinazione politica; e se a Kelsen manca una scelta di identità, in Schmitt l'eccesso di identificazione con la politica toglie spazio di autonomia alla costituzione ed al diritto, fatti aderire al principio politico di riferimento. Nel caso del principio democratico, la costituzione si lega saldamente a quel modello di democrazia dell'identità, dell'omogeneità sostanziale, che alla fine comporta una sensibile compressione del ruolo di mediazione del diritto tra istanze differenziate, con il mancato riconoscimento individuale alla partecipazione politica anche nei termini del dissenso, in una deriva autoritaria che arriverà a contraddire lo stesso principio di identità democratica.

Si è parlato di "costituzione garanzia" e anche di "costituzione tollerante" a proposito di Kelsen, e di "costituzione ordine" e

---

<sup>13</sup> Per Gaetano Pecora l'idea kelseniana di costituzione si pone "a suggello" del corrispettivo modello di democrazia. Cfr. G. PECORA, *La democrazia di Hans Kelsen. Un'analisi critica*, Napoli, 1992, p. 8.

“costituzione totale” per Schmitt<sup>14</sup>. Nella contrapposizione tra la caratterizzazione di garanzia e quella di ordine sembra esprimersi la difficoltà dello Stato costituzionale post-liberale di continuare a rappresentare e permettere l’unità della società civile e, al tempo stesso, la dialettica interna del confronto delle istanze e dei soggetti sociali differenti, a fronte dei profondi cambiamenti conseguenti all’avvento della società di massa.

Sulla scissione di questi due elementi operano Kelsen e Schmitt: il primo facendosi portatore di un’idea di costituzione essenzialmente garante del libero gioco delle parti sociali e politiche, che rifugge da ogni definizione materiale del bene comune e si preoccupa di definire la logica delle regole e la struttura normativa razionale ad essa conseguente; il secondo come testimone di un inesausto bisogno di un progetto collettivo comune, che consenta di andare oltre la semplice presa d’atto della differenziazione sociale e politica, per altro sempre più lacerante, ma ne cerchi il superamento nell’unità di un nuovo ordine politico. Ed è sempre in questa scissione che si consuma il limite di entrambi i modelli. La costituzione garanzia non è in grado, data la sua stessa caratterizzazione, di contenere e superare la sempre più pressante irruenza delle contrapposizioni interne alla società ed anzi, proprio perché cornice formale, accoglie e tollera, con eguali possibilità di espressione, anche quei soggetti politici dichiaratamente nemici, finendo per disgregarsi dal suo interno e fallendo, dunque, proprio nell’assolvimento del suo compito prioritario di garanzia della libertà e del pluralismo. La costituzione ordine, invece, si pone al servizio del progetto di ricomposizione politica della società, privilegiando l’identificazione con un determinato contenuto politico e tendendo ad escludere il resto, in un processo di sempre più accentuata totalizzazione politica che risolve il problema del pluralismo e dell’eterogeneità semplicemente perché li nega.

Poli contrapposti, dunque, di un rapporto dialettico che invece deve

---

<sup>14</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993, in part. pp. 185 e ss.; V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994.



continuamente contenerli entrambi, mediandoli, così come si è cercato di realizzare nell'esperienza delle nuove costituzioni democratiche del dopoguerra che - legandosi intimamente a quel processo-progetto di inclusione e aggregazione della collettività nella libertà e nel benessere sociale, propri del *welfare state* - sono state in grado di far fronte ad una società civile e politica sempre più articolata, in un quadro di democrazia caratterizzato dalla consapevole scelta per un determinato sistema di valori irrinunciabili<sup>15</sup>. Sotto questo aspetto l'idea democratica ed il connesso modello costituzionale di Hans Kelsen e Carl Schmitt, i primi maggiormente caratterizzati in senso formale, gli altri in senso sostanziale, considerati oltre la loro contrapposizione ed i limiti connessi a tale unilateralità, possono ancora costituire un proficuo termine di confronto. Termine di confronto per una democrazia che voglia esprimere l'esigenza irrinunciabile di ancorarsi ad una modalità procedurale intrinseca alla propria forma ed alla politica che la anima, come capacità di determinazione delle regole del gioco cui partecipano pariteticamente le singole parti sociali e politiche; ma al tempo stesso non ritenga di aver definito con questo la propria identità, che invece può compiersi solo con la concomitante scelta per quei diritti fondamentali che costituiscono la base sostanziale che anima i processi di riconoscimento, inclusione e partecipazione di ogni singolo membro della collettività alla vita democratica.

---

<sup>15</sup> In tal senso M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, cit., p. 211.



*Parte prima*  
**La democrazia**



## CAPITOLO I

### LA 'FORMA' DEMOCRAZIA

#### 1. Il principio democratico

“Nell’idea di democrazia - ed è di tale idea di cui prima vogliamo occuparci, non della realtà politica ad essa più o meno vicina - si incontrano due postulati della nostra ragione pratica, reclamano soddisfazione due istinti primordiali dell’essere sociale”<sup>1</sup>. Con questa riflessione Hans Kelsen apre, all’inizio degli anni '20, il saggio *Wom Wesen und Wert der Demokratie* ed in essa idea e realtà, concetto e sua attualizzazione sono inizialmente tenuti distinti non per evidenziarne un rispettivo primato, quanto per cogliere nella sua purezza, per un verso, il principio costitutivo della forma democratica, la sua essenza, sgombrando il campo da possibili errori concettuali che potrebbero viziare la successiva lettura della realtà della democrazia; per l’altro, per meglio evidenziare il processo di trasformazione, intrinsecamente necessario, che dal concetto procede alla sua attualizzazione, dall’essenza al suo concreto sostanzarsi in una forma reale, senza però che con questo processo la realtà neghi in assoluto la sua idea, rappresentandone la più coerente attualizzazione nelle materiali condizioni date<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, cit., p. 39.

<sup>2</sup> Evidentemente qui Kelsen non tratta soltanto della generica contrapposizione tra un auspicabile (ideologico) ideale di democrazia e l’effettiva realtà, quanto manifesta la pretesa, eminentemente speculativa, di individuare l’essenza, l’idea originaria e la conseguente forma attuale, in questo caso la democrazia reale, e comprende-

Richiamandosi ai “due postulati della nostra ragione pratica” Kelsen vuole andare direttamente al cuore del problema, individuando immediatamente l’uno e l’altro dei momenti originari che sostanziano l’idea di democrazia e dai quali far conseguentemente derivare la successiva forma reale democratica<sup>3</sup>, ricavandoli, in negativo, dal nesso di relazione dell’individuo in società o, detto in termini più generali, dalle forme della relazionalità intersoggettiva. In negativo, perché i “due istinti primordiali dell’essere sociale” sono quelli dell’individuo che, vivendo nella relazione sociale, in primo luogo mal sopporta la costrizione risultante dallo stato di società, quel dato di eteronomia che pure è necessario ai fini di un vivere sociale regolato e che, in seconda istanza, diventa maggiormente insopportabile a fronte di quel sentimento primitivo che l’uomo ha del proprio valore, che rende ancor più gravosa l’obbedienza ad un altro che è considerato uguale.

Costrizione eteronoma e disuguaglianza sono dunque il negativo, necessitato dal vivere sociale, dei principi di libertà ed uguaglianza originarie dell’individuo nella sua naturalità, principi che, per Kelsen, incarnano l’essenza della democrazia e alla cui attuazione, per quanto mediata, la forma di governo democratica deve rispondere.

La comprensione delle dinamiche del passaggio dalla libertà ed eguaglianza naturali alla libertà ed eguaglianza politiche, risulta pertanto fondamentale per capire come le stesse informino la forma de

---

re il nesso costitutivo che le leghi, e le ragioni per le quali la prima necessariamente si medi, trasformandosi, per potersi mantenere e continuare come elemento costitutivo nell’altra. Nel successivo *Demokratie*, del 1927, richiamando il precedente *Essenza e valore della democrazia* e ribadendo il tema della libertà come fondamento della democrazia, Kelsen espliciterà brevemente il senso di tale suo incedere speculativo. “Ho cercato di mostrare occasionalmente la specifica metamorfosi che l’idea di libertà deve subire affinché possa funzionare... come oggettivo principio d’interpretazione della realtà da qualificare come democrazia”. Cfr. H. KELSEN, *La democrazia*, in ID., *Il primato del parlamento*, ed. it. a cura di C. GERACI, Milano, 1982, p. 9.

<sup>3</sup> Nel suo procedere Kelsen non muove, ad esempio, dall’analisi dell’endiadi *demos* e *kratos* che compone la parola democrazia ai fini di una ricostruzione a ritroso del suo fondamento speculativo; la riflessione analitica su entrambi non mancherà, ma sarà proprio la stessa, giudicando l’insufficienza e l’indeterminatezza del primo e del secondo termine, a rimarcare indirettamente la validità dell’impostazione kelseniana. Sul punto si tornerà nel prosieguo della trattazione.

mocratica. La libertà politica non può infatti identificarsi con l'astratta libertà individuale naturale, giacché quest'ultima assai verosimilmente produce anarchia ed impedisce il vivere sociale. L'idea di libertà possiede infatti originariamente una portata puramente negativa: "essa significa l'assenza di ogni vincolo"<sup>4</sup> e si identifica con il libero arbitrio individuale, sicché risulta evidente che nessun ordinamento sociale stabile potrebbe sussistere laddove tale principio fosse elevato a regola del comportamento dell'intera collettività.

Se la società deve prendere il posto della naturalità è necessario che alla legalità naturale subentri una legalità sociale specifica e che la legge universale naturale si trasformi in legge universale di libertà politica e questo avviene, nella forma democratica, come principio di autodeterminazione. Se non può darsi che sussista una società senza regole e vincoli che limitino l'arbitrio individuale è però possibile fare in modo che tali vincoli non provengano da una autorità esterna, ma siano determinati dagli stessi sottoposti<sup>5</sup>. La libertà negativa si trasforma in libertà positiva, l'assenza di impedimento si tramuta in partecipazione politica, autonomia. In questa prospettiva risulta anche recuperato il principio di uguaglianza: sulla base della universale libertà positiva non ha importanza chi si trovi contingentemente a comandare e chi ad ubbidire – spezzando con questo la simmetria egualitaria – giacché chi comanda lo fa sulla base dell'universale principio di auto

---

<sup>4</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, ed. it., Milano, 1994, p. 289.

<sup>5</sup> "Essere liberi socialmente o politicamente significa, è vero, essere soggetti ad un ordinamento normativo, significa libertà sottoposta alla legge sociale; ma significa essere soggetti non ad un volere estraneo, bensì al proprio, ad un ordinamento normativo, ad una legge alla cui istituzione il soggetto partecipa". Così ribadirà Kelsen diversi anni dopo ne *I fondamenti della democrazia*. Cfr. H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, in ID., *La democrazia*, cit., pp. 219-220. Per Norberto Bobbio il nesso costitutivo individuato da Kelsen tra principio di autodeterminazione, autonomia e forma di governo democratica rappresenta uno dei più significativi contributi di innovazione nella storia del pensiero politico sulla democrazia da Aristotele in poi. Più che rifarsi alla tradizionale distinzione tra forme di governo basate sul criterio dei molti, dei pochi o del solo, Kelsen sposta tutta l'attenzione sul problema della produzione delle norme dell'ordinamento, distinguendo tra forme di produzione eteronoma ed autonoma, la democrazia, appunto. Cfr. N. Bobbio, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985.

determinazione e, se comanda, esercita tale funzione per volere dei sottoposti.

Riassumendo quanto visto, si ha che per Kelsen la democrazia riposa sul principio di autodeterminazione, il quale a sua volta affonda le proprie radici nel processo che dalla libertà naturale porta alla libertà politica come unica forma possibile di libertà universale in società; che il principio di libertà si connette a quello di eguaglianza<sup>6</sup> con la realizzazione di quest'ultimo come universale eguaglianza formale dei soggetti nella libertà positiva, sicché la stessa asimmetria tra comandanti e comandati si giustifica nella necessitata funzione di governo - temporaneamente<sup>7</sup> - assegnata sulla base dell'autonomia politica.

## 2. La 'purezza' di un modello

Il senso complessivo del modello teorico di democrazia proposto da Kelsen viene dunque configurandosi in ragione della lettura compiuta dei due principi di libertà ed eguaglianza posti a fondamento dell'idea democratica; elementi costitutivi che a loro volta subiscono una tale trasformazione, nel processo di attualizzazione dalla loro idea originaria alla realtà politica, da caratterizzarsi in chiave strutturale della forma di governo democratica, piuttosto che come suoi contenuti politici o, ancor meno, fonti assiologiche. In virtù di questa analisi Kelsen ritiene di aver oggettivamente configurato la democrazia nella sua determinazione formale come "forma di Stato o di società"<sup>8</sup>, e grazie a tale modello – che verrebbe da definire 'puro' – risulta possibile mantenere separata l'idea democratica da possibili commistioni con elementi sostanziali e da quelle dottrine politiche<sup>9</sup> che pretendono di riferire alla propria ideologia il fondamento di una sedicente vera democrazia.

Che per Kelsen le cose stiano effettivamente così risulta chiaro tor

---

<sup>6</sup> "La sintesi di questi due principi (libertà ed eguaglianza) è... la caratteristica della democrazia". H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 40.

<sup>7</sup> Il tema della "circolazione" dei capi rappresenta un momento importante nella caratterizzazione della forma democratica. Sul punto, più avanti.

<sup>8</sup> H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 50.

<sup>9</sup> Nel caso di specie liberalismo e socialismo.



nando, appunto, alle idee di libertà ed eguaglianza così come attuatesi nella democrazia: il primo come principio di autodeterminazione, il secondo come eguaglianza formale. Ciò che rimane dell'originale libertà è il mero principio di autodeterminazione, un'autonomia da leggere, in chiave formale, come libertà di porre l'ordinamento normativo della collettività da parte della collettività stessa – nelle dovute modalità, come vedremo più avanti – a prescindere dal contenuto delle norme dell'ordinamento medesimo. La cosa è talmente evidente che lo stesso principio di libertà può risultare macroscopicamente compreso anche in regime di democrazia, in quanto che l'ideale democratico, nella misura in cui realizzi la partecipazione degli individui sottomesi alla creazione dell'ordinamento dello Stato, sarà indipendente dal grado in cui, tale ordinamento, conterrà ogni singolo individuo, cioè da quanto sarà consentita o negata la libertà individuale. “Anche se l'estensione del potere dello Stato sull'individuo fosse illimitata, nel caso, quindi che la «libertà» individuale fosse completamente annientata e l'ideale liberale negato, la democrazia sarebbe ancora possibile, purché tale potere statale fosse creato dagli individui ad essi sottomesi»<sup>10</sup>.

La democrazia come forma di produzione dell'ordinamento dello Stato fondata sul solo principio di autodeterminazione è ciò a cui Kelsen perviene conclusivamente, scindendo la democrazia stessa non solo dal liberalismo, ma ponendo la separazione tra la forma democrazia, intesa come forma dell'ordinamento politico dello Stato, ed il contenuto politico, sostanziale, dello Stato medesimo<sup>11</sup>. Si concretizza

---

<sup>10</sup> H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 46.

<sup>11</sup> La difficoltà a procedere sulla base di una separazione radicale tra questi due momenti è testimoniata dalla stessa produzione kelseniana, non esente da contraddizioni ed anche veri e propri ripensamenti a distanza di anni, seppure non esplicitamente dichiarati, come nel caso della relazione tra democrazia e liberalismo, ma anche a proposito della lettura del rapporto tra maggioranza e minoranza, costitutivo della dialettica parlamentare della forma democratica. In particolare le differenze sono abbastanza marcate se si confrontano gli scritti degli anni venti con quelli a cavallo degli anni '50, prodotti quando Kelsen era già negli Stati Uniti. Sul punto si tornerà ulteriormente. In merito alle contraddizioni ed alle insufficienze della lettura kelseniana del pensiero liberale interviene in modo articolato G. PECORA, *La democrazia di Hans Kelsen. Un'analisi critica*, cit., e *Il pensiero politico di Kelsen*, Bari, 1995.

pertanto, nella sua dottrina, una concezione formale, procedurale della democrazia, intesa come insieme di regole e di procedure volte a disciplinare il processo di produzione dell'ordine sociale, che si preoccupa del metodo di individuazione dei governanti e di produzione delle regole dell'ordinamento, piuttosto che definire i contenuti delle regole medesime.

In parallelo procede la polemica con la lettura sostanziale dell'eguaglianza prospettata dell'ideologia socialista. Se l'idea di uguaglianza si lega all'idea di libertà nel senso di uguale possibilità di partecipazione al governo, l'eguaglianza cui si deve far riferimento nell'ottica democratica è "l'eguaglianza politica formale", ed ogni altra possibile idea della stessa "non ha niente a che fare con l'idea di democrazia". D'altronde la nozione di uguaglianza è passibile di interpretazioni affatto diverse sicché risulta difficile, se non impossibile, stabilire un legame determinato, che non sia quello formalisticamente inteso, tra essa e la democrazia, cosa che risulta ancor più chiara se si consideri il fatto che, ad esempio, l'eguaglianza materiale può essere realizzata meglio da un regime dittatoriale che impone, autocraticamente, un generalizzato livellamento della popolazione, piuttosto che da un governo democratico. In realtà, dietro la pretesa di legare la forma democratica ad un principio di eguaglianza sostanziale si cela, per Kelsen, il tentativo di giustificazione di una determinata idea di giustizia sociale, di un determinato contenuto politico di un ordine sociale propri di una data ideologia politica, senza che questi hanno nulla a che vedere con il "metodo di creazione dell'ordine sociale" che rappresenta invece il dato caratterizzante di ogni tipo di forma di governo e quindi anche della forma democratica<sup>12</sup>.

Per quanto sino ad ora visto si può dunque affermare che il saper cogliere la democrazia nella sua essenza e, conseguentemente, saperla descrivere nella sua realtà, si concretizzi in Kelsen nella proposizione di un modello di tipo formale che, isolando l'analisi degli elementi

---

<sup>12</sup> Scopo di questa operazione di manipolazione concettuale e terminologica è quello di far sì che il "grande potere di legittimazione e tutto il valore affettivo che la parola «democrazia» ha in sé grazie alla sua ideologia di libertà, vengano stornati a vantaggio di uno spiccato sistema di dittatura politica". H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 134.

strutturali del regime democratico li riconsegna alla loro purezza teorica e, grazie a questo processo, consenta poi lo sviluppo descrittivo dell'intero modello, fino ad i suoi componenti ultimi, al riparo da forzature ideologiche. Quanto questa operazione sia legittima ed in che misura possa affermarsi che sia riuscita nel complesso dell'argomentazione kelseniana, è cosa da valutare attentamente.

### 3. Il popolo

L'aver posto l'accento sul principio di autodeterminazione serve a Kelsen anche per porre al riparo la dovuta purezza teoretica del concetto di democrazia dall'ingombrante rapporto con la locuzione di 'governo del popolo' ad esso associata, atteso che proprio l'idea di popolo che la sostiene si presta a non pochi fraintendimenti e letture ideologiche.

Lungo l'arco dell'intera riflessione sulla democrazia troppe volte si è mancato di porre la dovuta attenzione al rapporto tra l'idea della democrazia e la realtà del fenomeno, perdendo di vista il nesso che deve esserci fra i due termini della relazione e finendo per leggere la realtà deformata dalla prospettiva ideologica<sup>13</sup>. Al contrario, solo una lettura analitica è in grado di coglierne l'esatto nesso e vedere quanto, e come, l'elemento ideale si mantiene nella sua trasposizione materiale. Se questo vale per l'idea di libertà, che solo attraverso una propria metamorfosi sostanzia la democrazia reale, lo stesso può dirsi per

---

<sup>13</sup> Sul rapporto tra ideologia e realtà della democrazia e, in generale, sul rapporto tra *Weltanschauung* e democrazia Kelsen torna più volte. Cfr. H. KELSEN, *Forme di governo e concezioni del mondo*, in ID., *Il primato del parlamento*, cit.; *I fondamenti della democrazia*, cit. e *Sociologia della democrazia*, in ID., *Sociologia della democrazia*, cit. La pretesa di una lettura oggettiva, scientifica, che Kelsen ascrive alla propria analisi della democrazia, ritenuta in grado di pervenire alla descrizione della forma di governo democratica a monte di interventi prescrittivi e opzioni ideologiche, non rappresenta evidentemente un caso a sé all'interno della produzione teorica kelseniana – la sua dottrina pura del diritto si offre ovviamente come termine di riferimento – e si inquadra, come è noto, nel più ampio dibattito scientifico-culturale dell'epoca. Sul tema cfr., ad esempio, P. PETTA, *Presentazione* a H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, cit.; A CARRINO, *Scienza e democrazia. Il decisionismo critico di Hans Kelsen*, in *Sociologia della democrazia*, cit.; L. RIZZI, *Legittimità e democrazia. Studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*, cit.

la nozione di popolo abitualmente individuata come l'elemento determinativo cui far risalire la forma di governo democratica. "Democrazia significa identità di governanti e governati, di soggetto e di oggetto del potere, governo del popolo sul popolo"<sup>14</sup>, ma l'apparente chiarezza di questa affermazione viene meno allorché ci si interroghi su cosa sia effettivamente il popolo.

L'osservazione del fenomeno rivela assai più una molteplicità di gruppi distinti che "una massa coerente di uno e di un medesimo stato di agglomerazione"<sup>15</sup> e la realtà del dato osservato sembra voler rimarcare che l'idea, spesso acriticamente assunta, del popolo come comunità unitaria di sentimenti, di concezioni, di interessi e di volontà sia un "postulato etico-politico" conseguente alla distorsione operata dalla prospettiva ideologica su di esso.

L'unità del popolo può essere recuperata, per Kelsen, dal solo punto di vista giuridico, visto che, in tale prospettiva, la sua unità, che è un'unità normativa, risulta dal rapporto di sottomissione di tutti i componenti della compagine popolare al medesimo ordinamento giuridico in cui si costituisce l'unità della pluralità degli atti umani. In questo senso per popolo si deve intendere l'insieme, il sistema degli atti individuali determinati dall'ordine giuridico dello Stato. L'individuo, in effetti, non appartiene alla collettività come un tutto organico ed anzi sono numerosi e variegati gli ambiti della sua sfera fisica e psichica lasciati alla sua individualità anche da quella forma di unione collettiva che più di ogni altra preme su di lui, lo Stato, che informa solo determinate manifestazioni della vita dell'individuo.<sup>16</sup> In

---

<sup>14</sup> H. KELSEN, *La democrazia*, cit., pp. 50-51.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 51.

<sup>16</sup> È significativo che Kelsen, ancora negli anni '20, tenda comunque a ricacciare indietro, tacciandola di ideologia, qualsivoglia lettura del popolo che evidenzi in esso un senso di appartenenza comunitaria prima ed al di là della relazione con l'ordinamento giuridico o che comunque la recuperi, come si vedrà tra poco, solo all'interno di dinamiche compromissorie tra parti sociali; così come colga il rapporto tra Stato e collettività caratterizzato dalla delimitazione delle sfere di influenza del pubblico sul privato. Si tratta di una impostazione che poi si ritrova nella mancata attenzione di Kelsen al 'valore' sostanziale da attribuire alla democrazia, come vedremo tutta impostata in chiave procedurale, che appare visibilmente in affanno a fronte delle istanze, per quanto estreme ed irrazionali, di comunitarismo ed organici-

questo senso è solamente una finzione considerare quell'insieme di atti individuali, informati all'unità dell'ordinamento giuridico, come una unità a se stante, qualificata come popolo, suscitando così l'illusione di trovarsi di fronte ad una determinazione concreta ed invertendo il rapporto tra molteplice ed unitario.

La riflessione proposta da Kelsen apparentemente sembra non aiutare a comprendere il nesso tra la nozione di popolo e la democrazia, visto che qui si può parlare di popolo come collettività sottomessa ad un potere, mentre invece ciò che è rilevante nella forma democratica è il principio di autodeterminazione, di partecipazione al potere, ma in realtà la stessa permette di procedere ulteriormente nella lettura analitica del fenomeno 'popolo' proprio perché ci permette di comprendere che la collettività, intesa come sottoposta al potere, non coincide con il popolo come soggetto politico autonomo<sup>17</sup>. Se si vuole procedere verso la comprensione della nozione reale di popolo bisogna in primo luogo concentrare l'attenzione sulla cerchia degli effettivi titolari dei diritti politici e poi distinguere le tipologie e l'efficacia politica dei soggetti che in essa operano. In questo contesto emergono delle considerazioni, ancora attualissime, sul differente peso della partecipazione al potere di soggetti formalmente uguali, ma soprattutto si evidenzia l'importanza del sorgere, verrebbe da dire fisiologico, di raggruppamenti portatori di interessi comuni a parti del tessuto sociale che suppliscono alla quasi irrilevanza del soggetto preso singolarmente, al fine di imprimere una data direzione alla formazione della volontà politica comune.

Si giunge così a considerare un dato che rappresenta uno dei momenti più importanti della vita e del funzionamento della democrazia reale, i partiti politici, che svolgono un ruolo fondamentale nei processi di formazione della volontà generale e la cui importanza è tanto

---

sino delle ideologie totalitarie che si andranno da lì a poco ad affermare. Sul punto si tornerà diffusamente più avanti.

<sup>17</sup> "Il popolo come insieme dei titolari dei diritti politici... rappresenta soltanto una piccola frazione della cerchia degli individui sottoposti all'ordine statale, del popolo come oggetto del potere". Cfr. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 53. Basti pensare, ancora al momento in cui scriveva, all'esclusione delle donne dai diritti politici, ma anche dei minori, degli incapaci, degli apolidi e dei residenti non cittadini.

maggiore quanto più è realizzato il principio democratico. L'individuo isolato, come detto, può esprimere solo una debolissima, se non nulla, influenza sulla determinazione della volontà politica generale, unendosi ad altri e dando vita ad una forza numericamente imponente può, al contrario, rappresentare un momento significativo del processo di partecipazione popolare al potere e quindi, solo in questo caso, realizzare il principio democratico di autodeterminazione.

La lettura kelseniana dei partiti politici è evidentemente contrapposta a quella di quanti ancora vedono con sospetto l'esistenza dei partiti politici considerandoli come portatori di interessi disgreganti a fronte della compagine statale che, per la sua natura unitaria ed al di sopra delle parti, non "si potrebbe edificare su di una base costituita da formazioni sociali quali i partiti"<sup>18</sup>. L'argomentazione kelseniana in sintesi è la seguente: in primo luogo del tutto fuorviante è l'idea di uno Stato in sé unitario portatore di un non ben identificato interesse generale, visto che storicamente gli Stati si sviluppano a partire dall'interesse di un gruppo dominante e semmai si configurano nella mediazione di interessi di gruppi contrapposti; in secondo luogo l'ideale di un interesse generale, superiore alla particolarità dei gruppi, di una solidarietà di interessi al di là delle differenze di confessione, ceto, cultura, ecc. è un'illusione "metapolitica" che, pur trovando molti sostenitori, risulta sempre espressa attraverso una terminologia inevitabilmente confusa che costituisce la maschera ideologica di una ben differente realtà.

Rimandi a termini come "organico" o "comunità", a locuzioni come "vero interesse popolare" *et similia* in realtà non dicono nulla su quali soggetti e sulla base di cosa possa essere stabilito quale sia effettivamente tale interesse, o quale sia l'autentica comunità popolare e stanno invece a mascherare la pretesa di gruppi o formazioni politiche di autocandidarsi, con i loro valori ed interessi particolari, al ruolo di "vero interesse generale" negando valori ed interessi differenti.

---

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 57. La polemica kelseniana è rivolta sia contro quelli, come Heinrich Triepel, che contrappongono la presunta unitarietà dell'ordinamento giuridico dello Stato alla faziosità dei partiti, sia contro chi, Carl Schmitt ad esempio, muove da concezioni comunitarie del popolo e caldeggia forme di manifestazione unitaria ed omogenea della volontà popolare cui riferire l'identità e la volontà dello Stato.

Emerge in queste riflessioni la consapevolezza kelseniana della difficoltà di ritrovare per la società moderna, caratterizzata da una significativa differenziazione sociale e dal weberiano “politeismo dei valori” un principio unitario, nonché il timore che il richiamo ad istanze comunitarie o organicistiche celi semplicemente la volontà di gestire, annullandola, tale differenziazione attraverso l'imposizione di una ideologia dominante. In realtà, date le differenze e le contrapposizioni di interessi, la volontà generale, se non deve essere mistificatoriamente identificata con l'interesse – sedicente generale - di un solo gruppo, non può che essere il risultato della mediazione, del compromesso di interessi differenti, interessi differenti che sono e possono essere solo in quanto rappresentati da partiti politici<sup>19</sup>. I partiti sono dunque per Kelsen un momento essenziale nella manifestazione della forma democratica: come catalizzatori collettivi dei singoli interessi sono la concreta e reale espressione del principio di autodeterminazione. In tal senso in democrazia la volontà generale risulta dalla mediazione delle volontà dei partiti espresse nelle forme dovute e nei luoghi deputati, potendo così rinunciare alla finzione di una volontà generale «organica» aprioristicamente superiore alle parti.

Alla luce di queste considerazioni la conclusione cui giunge Kelsen è netta: non esisterebbe un popolo come effettiva potenza pratica, “l'evoluzione democratica fa sì che la massa degli individui isolati si raggruppi e si costituisca in partiti politici scatenando tutte quelle forze sociali che, in qualche modo, si possono chiamare popolo”<sup>20</sup>. La componente unitaria intrinseca alla nozione di popolo non le appartiene a priori sulla base di una presunta identità metafisica, ma si dà come la risultante della mediazione delle differenze e delle particolarità interne al tessuto sociale. Ovviamente quanto più semplice e primitiva sarà la società tanto meno marcate si daranno queste differenze e viceversa. Nella moderna società, dove soggetti, interessi e valori si contrappongono, più forte sarà la necessità di mediazione al fine di con

---

<sup>19</sup> La tematica del compromesso tra soggetti politici portatori di interessi differenti rappresenta un aspetto molto importante nella visione kelseniana della democrazia, ma anche un momento critico della stessa. Intimamente connesso alla concezione proceduralistica della democrazia mostrerà, al pari di questa, il proprio intrinseco limite concettuale. Il discorso sarà ripreso ampiamente.

<sup>20</sup> H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pp. 63-64.

servare nella volontà generale il massimo possibile del principio di autodeterminazione universale democratico. In questo processo l'idea di popolo è colta nella sua autenticità e dunque nel suo rapporto con le forme, possibili, del reale: da quell'insieme indistinto di individui particolari, il popolo ora effettivamente è come espressione di una volontà politica, sintesi possibile delle differenze: si tratta di comprendere in quali forme tale volontà può e deve manifestarsi.

#### 4. Dall'unanimità al principio di maggioranza

“L'idea di autodeterminazione richiede che l'ordinamento sociale sia creato dalla decisione unanime di tutti coloro che vi sono soggetti, e che resti in vigore soltanto finché gode dell'approvazione di tutti”<sup>21</sup>. Mantenere una assoluta coerenza con il principio fondante della democrazia significa far sì che la *volonté générale* sia sempre costantemente accordata con la *volonté de tous*<sup>22</sup> in modo che l'ordinamento sociale conseguente sia sempre quello voluto da ogni singolo cittadino, sicché se ne dovrebbe concludere che solo il principio dell'unanimità sia quello a cui legittimamente riferire la concreta modalità di formazione della volontà popolare.

L'apparente linearità del ragionamento non deve però ingannare perché, evidenzia Kelsen, è necessario analizzare compiutamente il problema per comprendere, anche in questa circostanza, la necessaria mediazione che il principio di autodeterminazione deve sostenere per potersi attuare all'interno di un ordinamento sociale reale. Un ordinamento sociale che si fondi sul consenso unanime di tutti e che rinunci ad ogni tipo di costrizione in caso di contraddizione tra le sue disposizioni normative e l'arbitrio del singolo, sostanzia una pura utopia che, nella effettività del vivere sociale reale, si trasforma in anarchia. Affinché si dia una società ordinata, e ancor più uno Stato, è indispensabile che tra il contenuto dell'ordine sociale e le singole volontà sia sempre possibile uno scarto, una contraddizione e che alla funzione di comando sia assicurata la possibilità di riportare, se necessario anche

---

<sup>21</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 289.

<sup>22</sup> Il richiamo al *Contratto sociale* di Rousseau è esplicito da parte dello stesso Kelsen.



con la forza, la volontà del singolo a quel contenuto normativo. Così come, in generale, nella democrazia l'idea di libertà non può essere associata all'immediatezza della libertà naturale, ma deve tradursi in libertà politica, parimenti il principio di autodeterminazione che a tale libertà è intimamente connesso non può esprimersi senza mediazioni in forma generalizzata, ma deve trovare una specifica determinazione che, pur limitandolo, lo conservi in un ordine sociale reale.

Si tratta, pertanto, di individuare un principio universale a cui ag-ganciare la prassi della formazione della volontà generale, che si avvicini il più possibile al principio di autodeterminazione senza compromettere l'esistenza stessa dell'ordine sociale. "Il massimo grado di libertà individuale possibile, e cioè la maggior approssimazione possibile all'ideale di autodeterminazione che sia compatibile con l'esistenza di un ordinamento sociale, è garantito dal principio... del consenso della maggioranza semplice di coloro che vi sono soggetti"<sup>23</sup>.

Attraverso il principio della maggioranza il numero dei soggetti che aderisce a specifici contenuti dell'ordine sociale sarà sempre maggiore di quello di quanti non vi aderiscono, garantendo con ciò una maggiore soddisfazione del principio di autodeterminazione; ma al tempo stesso la minoranza, che comunque ha accettato la regola del principio di maggioranza, acconsente alla temporanea situazione di eteronomia e, in generale, rimane vincolata all'ordinamento. Tutto questo nella garanzia, insita nello stesso principio, che laddove gli equilibri di maggioranza e minoranza<sup>24</sup> mutino ed il numero di quanti disapprovano in un successivo momento superi quelli che approvano, le disposizioni oggetto di deliberazione saranno modificate.

In questa prospettiva non è casuale lo specifico richiamo alla mag

---

<sup>23</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 291. In modo simile ne *Il problema del parlamentarismo*. "La democrazia, promovendo l'evoluzione dell'ordine sociale, che essa considera in certo modo come dato, mediante deliberazioni prese a maggioranza, si accontenta di una semplice approssimazione al concetto originario di libertà". Cfr. H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *La Democrazia*, cit., p. 168.

<sup>24</sup> Anche la dialettica maggioranza-minoranza costituisce un momento delicato nella riflessione kelseniana sulla democrazia e pertanto torneremo ad analizzarla più approfonditamente nei prossimi paragrafi.

gioranza semplice<sup>25</sup>, piuttosto che qualificata. Se, infatti, quest'ultima comporta un aumento di soggetti necessari per la formazione del consenso e quindi una maggiore realizzazione quantitativa del principio di autodeterminazione, nel complesso è solo la prima che lo sostanzia nel modo più appropriato. Come assai chiaramente lo stesso Kelsen spiega, se si ricorresse al criterio della maggioranza qualificata (ad es. dei due terzi dei membri della collettività), nulla impedirebbe che all'interno dell'ordinamento rimanga in vigore una disposizione osteggiata dalla maggioranza dei cittadini. Infatti, anche se dopo l'approvazione - qualificata - di una norma, una parte di quelli che abbiano concorso alla sua ratifica cambia idea e unendosi alla precedente minoranza dia vita ad una maggioranza - semplice - dei membri della collettività, pur tuttavia la norma non potrebbe essere cambiata, in assenza di maggioranza qualificata, e si avrebbe, paradossalmente, che una minoranza numerica continui ad imporre la propria volontà sul maggior numero di cittadini dissenzienti.

Il principio di maggioranza semplice dunque è quello che meglio consente il naturale affermarsi della volontà generale, proprio perché si dimostra più adeguato nel garantire l'espressione attuale della volontà dei membri della collettività ed in tal modo far sì che, momento per momento, la *volonté générale* corrisponda, nel maggior numero possibile, alla *volonté de tous*.

---

<sup>25</sup> Così come visto poco sopra e riportato alla nota n. 18. All'interno de *Il problema del parlamentarismo* (cit., pp. 168-169) Kelsen parla di "maggioranza assoluta" indicando la medesima cosa.