

STATO E SCIENZA
Testi e saggi di Dottrina dello Stato e Diritto pubblico
raccolti da GIULIANA STELLA

La collana “Stato e scienza” si propone come un progetto editoriale che intende raccogliere saggi e materiali finalizzati a un approfondimento teorico e storico delle problematiche classiche attinenti la dottrina generale dello Stato, all’incrocio tra diritto costituzionale e filosofia politico-giuridica. Il programma consiste nell’evidenziare come il tema dello Stato rappresenti un patrimonio di concetti e categorie, non soltanto storicamente identificativo dello *jus publicum europaeum*, ma utile ancora al fine della comprensione dei fenomeni politico-sociali più recenti e discussi, dalla “globalizzazione” agli ordinamenti sovranazionali.

Comitato scientifico

Agostino CARRINO
Università Federico II di Napoli

Giuliana STELLA
Università Federico II di Napoli

Francesco Saverio TRINCIA
Università “Sapienza” di Roma

Günther WINKLER
Università di Vienna

Federico Lijoi

Scienza giuridica, democrazia e diritto

Interpretazioni costituzionali in Austria
dall'Impero alla Repubblica



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

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

ISBN 978-88-548-5492-5

*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: novembre 2012

Indice

- 9 *Introduzione*
- 13 **Capitolo I**
Hans Kelsen e il diritto pubblico austriaco. Appunti per una storia costituzionale dell'Impero asburgico
- 1.1. *Aprilverfassung* e *Kremsier Entwurf*: l'età del costituzionalismo (1848–1849), 15 – 1.2. La *Märzverfassung* e il ritorno dell'assolutismo (1849–1860), 30 – 1.3. *Oktoberdiplom* e *Februarpatent* (1860–1867), 40 – 1.4. Il ritorno del costituzionalismo (1867–1918), 56.
- 75 **Capitolo II**
Sul concetto di Stato. La polemica tra Hans Kelsen e Alexander Hold–Ferneck
- 111 **Capitolo III**
Stato e diritto. Fritz Sander e la polemica con Hans Kelsen
- 3.1. Dottrina giuridica: la critica a Hans Kelsen, 114 – 3.2. Sociologia, teoria della democrazia, diritto costituzionale, 126.
- 129 **Capitolo IV**
Validità ed esistenza. Sul metodo della Reine Rechtslehre
- 153 **Capitolo V**
Parlamentarismo ed educazione alla democrazia. Hans Kelsen sull'educazione alla democrazia

181	Capitolo VI <i>Una nuova scienza della politica? Hans Kelsen critico di Eric Voegelin</i>
199	<i>Bibliografia</i>

Introduzione

La *Dottrina pura del diritto* costituisce il contributo più rilevante che Hans Kelsen ha fornito alla scienza giuridica e alla filosofia del diritto nel corso del Novecento. La sua *purezza* ha significato innanzitutto la garanzia di una *scienza* indifferente ai valori soggettivi, in special modo politici, e l'elaborazione di un'analisi *scientifica* del diritto. La professione di neutralità da essa propugnata non significa, tuttavia, che la sua genesi e il suo sviluppo non abbiano radici profonde nella situazione storica e politica dell'epoca. Le istituzioni dell'Impero asburgico hanno offerto al giovane Kelsen un'importante occasione di riflessione. La democratizzazione della vita politica attraverso il diritto, ovvero tramite una *eguale* partecipazione alla produzione legislativa del parlamento, costituisce la brillante soluzione che egli ha proposto al problema della tormentata convivenza dei popoli. Il principio di uguaglianza, che in tal modo emerge come l'anima più profonda del principio di legalità, ha rappresentato, infatti, un'ispirazione costante della sua dottrina.

Questa centralità del parlamento e il carattere sociale della legislazione rappresentano il prodotto principale della avalutatività della *Reine Rechtslehre*. Che non debba prevalere alcun valore sugli altri, infatti, vuol dire innanzitutto che ad ognuno di essi — e ai loro portatori — deve essere assicurata l'*eguale* possibilità di confrontarsi e di concorrere. Ogni valore ha pari dignità di tutti gli altri, poiché avalutatività qui significa relativismo. Per la scienza giuridica elaborata da Kelsen, in sostanza, lo Stato diviene una somma di regole di imputazione (*Sollen*) e la sua volontà si rappresenta come un punto terminale dell'imputazione e non più come una volontà collettiva, concepita *psicologicamente*, che

costituisce la *causa* (*Sein*) del diritto. Reso identico all'ordinamento giuridico, lo Stato è quindi *forma*, esso è la circonferenza sul cui perimetro insistono soggetti e contenuti, in tal modo tutti *equidistanti* dal centro. E il relativismo in tal senso non indica altro che l'*eguale* misura di questa distanza dal centro.

Al diritto concepito *scientificamente*, dunque, in quanto *norma* e in quanto *forma*, trapassano le caratteristiche della scienza giuridica. L'oggettività, la neutralità e adiaforia ai valori soggettivi di quest'ultima, divengono nello stesso tempo i tratti essenziali del primo: la sua intrinseca democraticità. Certo, il diritto della scienza giuridica pura non può dirci nulla sulla moralità e giustizia dei contenuti che di volta in volta vi vengono incorporati dall'attività politica, ma può provvedere a fornire loro un ambito condiviso di *rappresentanza*, all'interno del quale avviare una procedura di mediazione e di compromesso adeguata ad una società sempre più pluralistica. In questo senso, va dunque detto che la *Reine Rechtslehre* non è né astorica, poiché trae esplicitamente abbrivio dai problemi del suo tempo, né produce una scissione radicale tra diritto e morale, dal momento che l'esercizio dell'autonomia morale, e quindi anche del diritto di critica e di riforma dell'ordinamento vigente, ha luogo solo laddove il diritto rimanga *forma*, senza farsi interprete *esclusivo* di una determinata concezione valoriale.

Ed ecco in tal modo illustrato il nucleo principale che attraversa le riflessioni svolte in questo breve volume, così come appare sinteticamente mostrato nel titolo: *scienza giuridica, democrazia e diritto*. L'ispirazione egualitaria della democrazia, mutuata dalla intrinseca «*moralità*» della avalutatività scientifica, caratterizza la concezione kelseniana del diritto, quale dispositivo di coordinazione ed equiparazione giuridica delle differenti e spesso contrastanti volontà politiche. Esaminando una serie di «interpretazioni di Kelsen», nel senso soggettivo e oggettivo del genitivo, abbiamo voluto percorrere alcune tappe di un cammino che conduce, attraverso figure di avversari e interpreti (Hold-Ferneck, Sander, Voegelin, Walter), questioni di metodo

e concetti (validità normativa, Stato, democrazia, costituzione) della *Reine Rechtslehre*, all'individuazione di un tratto comune, essenzialmente unitario e costante, che contraddistingue la cifra più propria dell'opera del giurista viennese.

L'arco temporale preso in considerazione inizia con le vicende costituzionali dell'Impero asburgico, luogo geografico e spirituale nel cui ambito si produce il «paradigma austriaco» della dottrina pura del diritto, per arrivare, snodandosi attraverso alcune significative controversie sul metodo che hanno avuto svolgimento negli anni '20, fino agli anni '50 del Novecento, là dove, nella polemica contro la mistificazione della scienza positivista operata da certe ideologie politiche secolari, quel «paradigma austriaco» maturato diversi decenni prima ritrova un'applicazione esemplare: la concezione *scientifica* del diritto rimane ancora l'unica in grado di liberare l'uomo dalle pastoie della ideologia e dei valori soggettivi, comunque mascherati e spacciati per assoluti, e di porre così la convivenza dei valori a fondamento anche delle moderne democrazie liberali.

Nei capitoli che compongono questo volume, dunque, abbiamo voluto, intrecciando riflessioni di teoria del diritto, di diritto costituzionale, di filosofia politica e di filosofia morale, in modo corrispondente ai profili multidisciplinari che caratterizzano la dottrina kelseniana, mostrare la reciproca permeabilità e complementarità della dimensione teorica e di quella pratico-politica della *Reine Rechtslehre*.

Un ultimo rilievo deve ora completare queste nostre considerazioni introduttive. Abbiamo visto che il diritto in quanto *forma* è la condizione del confronto fra le diverse concezioni sostantive che animano una società pluralistica. Ma la concezione *scientifica* del diritto, in ultima istanza, rimane pur sempre, secondo Kelsen, una opzione affidata alla *volontà*, ovvero alla coscienza *morale* di ogni individuo. Il relativismo che ispira la dottrina democratica del giurista austriaco, con i corollari rappresentati dal principio di uguaglianza e da quello di tolleranza, infatti, non solo si espone all'obbligo di dare espressione a opinioni che potrebbero minac-

ciarne la sussistenza, ma si trova del tutto disarmato dinanzi ad un popolo che di tale relativismo, e della corrispondente forma di Stato democratica che lo incarna, non *voglia* più avvalersi.

Questo allora, il volto tragico del relativismo e, insieme, l'affascinante fragilità della democrazia. Questa, infine, la responsabilità morale cui Hans Kelsen, proprio con la sua concezione *formale* del diritto, costantemente ci richiama.

Ringraziamenti

Desidero ringraziare la Prof.ssa Giuliana Stella e il Prof. Agostino Carrino per il costante sostegno morale e scientifico che mi hanno, con generosità, offerto. Senza di loro questo libro non sarebbe stato né pensabile né possibile. Sono inoltre grato al Prof. Francesco S. Trincia per non avermi mai fatto mancare occasioni di confronto e di discussione.

Vorrei infine esprimere tutta la mia riconoscenza agli amici Dario Gentili, Carlo Marino e Giorgio Cesarale che, in particolare negli ultimi mesi, mi hanno incoraggiato e reso più sereno in un momento difficile.

Dedico questo lavoro ai miei genitori, Lia e Bruno, sulla cui presenza e paziente affetto ho sempre potuto contare.