

STATO E SCIENZA

Testi e saggi di dottrina dello Stato e filosofia giuridica

raccolti da

GIULIANA STELLA

I

Günther Winkler

La scienza giuridica
come scienza sociale empirica

Figure e problemi della dottrina dello Stato
e del diritto pubblico nella Grande Vienna

a cura di
Flavia Monceri

Aracne

Titolo originale:
Günther WINKLER
Die Rechtswissenschaft als empirische Sozialwissenschaft
Wien–New York, Springer, 1999

Traduzione di Flavia Monceri

Copyright © MMIII, ARACNE EDITRICE S.R.L.

00173 Roma, via R. Garofalo, 133 A/B
tel. (06) 72672222 telefax 72672233

ISBN 88–7999–357–7

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

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

I edizione: gennaio 2003

Indice

Premessa	9
Felix Stoerk. Sul metodo giuridico	
1. Gli scritti di Stoerk sul metodo del diritto pubblico	57
2. Motivi della ristampa delle opere metodologiche di Stoerk ...	59
3. Sfide e dilemmi della dottrina del diritto pubblico nel diciannovesimo secolo	61
4. La scienza “giuridica” del diritto pubblico	64
5. I presupposti epistemologici di Stoerk	69
6. Orientamento all’oggetto pubblicistico	71
7. Il metodo giuridico della pubblicistica e quello della civilistica	73
8. Critica dell’estraniamento dal contenuto del pensiero giuridico .	76
9. Contro la logicizzazione della scienza giuridica	78
10. I criteri del metodo giuridico nella dottrina del diritto pubblico	81
11. Stoerk: vittima della tirannia di scuola o di se stesso?	82
Tavola cronologica	91
Bibliografia	91
Edmund Bernatzik. Sul concetto di persona giuridica	
Tavola cronologica	110
Bibliografia	111
Gustav Seidler. Teoria e metodo del diritto pubblico	
Tavola cronologica	143
Bibliografia	144
Karl Georg Wurzel. La scienza giuridica come scienza sociale ..	
Tavola cronologica	151
Friedrich Tezner. Logica giuridica e realtà giuridica	
Tavola cronologica	158
Bibliografia	158

Ernst Seidler. La conoscenza scientifico–sociale	165
Tavola cronologica	212
Bibliografia	213
Erich Voegelin. Lo stato autoritario	
1. Il percorso professionale di Voegelin	215
2. Lo studio sullo stato autoritario	218
3. La critica di Voegelin alla dottrina pura del diritto di Kelsen ..	220
4. La posizione di Kelsen nei confronti di Voegelin	236
5. La posizione di Voegelin nei confronti di Kelsen	242
6. Il maestro, il discepolo e la Scuola	251
Tavola cronologica	253
Bibliografia	254
Felix Kaufmann. La metodologia delle scienze sociali	259
Tavola cronologica	333
Bibliografia	334
Postfazione	
di Flavia Monceri	337

Premessa

I.

La scienza del diritto pubblico alla Facoltà giuridica dell'Università di Vienna si trovò esposta, in questo secolo, a pericoli enormi, minacciata più volte da rivolgimenti politici sia per quanto riguardava la composizione del suo personale, sia relativamente al suo libero sviluppo disciplinare. La continuità negli studi del diritto pubblico fu spezzata soprattutto perché la costituzione diventò un'altra a causa delle ripetute intromissioni degli accadimenti politici, mentre i docenti di diritto pubblico dovettero più volte adattarsi alle innovazioni, divenute vincolanti, del proprio oggetto.

La fine della prima guerra mondiale comportò la caduta della monarchia costituzionale. La genesi rivoluzionaria della repubblica parlamentare ebbe per effetto il declino dell'ordinamento della monarchia costituzional-democratica, in vigore fino allora. Benché anche la costituzione della giovane repubblica fosse stata concepita allo stesso modo, mancavano comunque i presupposti formali per una continuità della dottrina del diritto pubblico. Tale costituzione, infatti, appariva come un nuovo inizio rivoluzionario, senza alcuna radice storica nella passata costituzione monarchica, fondata su uno stato di diritto democratico. *Il diritto costituzionale passa — il diritto amministrativo resta*: così suona a tal proposito il motto di Otto Mayer, un motto che peraltro vale soltanto per un periodo di rivolgimento giuridico-costituzionale. Sotto una costituzione che permane nel tempo, è piuttosto il diritto amministrativo a mostrarsi transitorio. In ultima analisi, comunque, tanto

il diritto costituzionale quanto quello amministrativo sono sottoposti a continue modificazioni.

I rappresentanti del diritto pubblico alla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Vienna, "imperiale" fino al novembre 1918, vale a dire i professori ordinari Edmund Bernatzik e Adolf Menzel, i professori straordinari Gustav Seidler, Rudolf v. Laun e Hans Kelsen, nonché i professori onorari e i docenti Friedrich Tezner, Carl Brockhausen, Rudolf Hermann v. Herrnritt, Johann Žolger, Josef Redlich, Ernst v. Seidler, Hans Nawiasky, Leo Wittmayer, Leonidas Pitamič, Karl Gottfried Hugelmann, Hans Frisch ecc. ⁽¹⁾, furono risparmiati dal perdere le proprie posizioni a causa del rivolgimento politico. Rimasero dunque tutti nei propri uffici accademici garantiti dallo stato. Ma subito le migrazioni all'estero a scopo d'insediamento (Laun e Nawiasky in Germania, Žolger e Pitamič in Jugoslavia), i mutamenti generazionali dovuti alla morte (Bernatzik) e l'impiego principale in un'altra università viennese (Redlich, Herrnritt e Frisch) causarono una diminuzione del personale nella scienza del diritto pubblico alla Facoltà di Giurisprudenza di Vienna. La costituzione della Repubblica parlamentare, fondata sullo stato di diritto democratico, sorta in modo rivoluzionario, venne affidata a partire dal 1918 ai professori di diritto pubblico rimasti, un tempo monarchici, i quali con il passaggio all'università statale erano diventati *ipso iure* repubblicani.

Hans Kelsen, che nel luglio 1918 era stato nominato straordinario dall'Imperatore — e che era stato consigliere dell'ultimo ministero di guerra e suo contatto con l'imperatore ⁽²⁾, come molti dei suoi amici socialdemocratici di convinzione tedesco-nazionale —, venne nominato nel 1919 ordinario di diritto pubblico e amministrativo, insieme ad Adolf Menzel. Sotto l'ombrello protettore di Kelsen e Menzel, conseguirono

⁽¹⁾ Si veda sul punto, più in dettaglio, ROBERT WALTER, *Die Lehre des Verfassungs- und Verwaltungsrechts an der Universität Wien von 1819–1938*, JBl 110 (1988) p. 609, in part. pp. 615 ss.

⁽²⁾ ALADAR METALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk* (1969), pp. 20 ss.

l'abilitazione un gran numero di giovani giuristi, quali Adolf Merkl, Fritz Sander, Walter Henrich, Felix Kaufmann e Ludwig Adamovich. Fino ad Adamovich tutti provenivano dal circolo dei colloqui di teoria del diritto di Kelsen. A differenza dei loro insegnanti, essi erano obbligati soltanto nei confronti dell'ordinamento repubblicano sin dall'acquisizione della facoltà d'insegnare riconosciuta dallo stato. Adolf Merkl ⁽³⁾, una volta il più giovane impiegato nell'ufficio del Consiglio di stato e primo costituzionalista nell'ufficio del Cancelliere di stato della Repubblica — come il suo maestro Kelsen e il Cancelliere di stato anch'egli di orientamento tedesco-nazionale — venne nominato nel 1921 straordinario di scienze giuridiche e politiche, con l'obbligo di insegnare Dottrina generale dello stato, Diritto costituzionale austriaco e Dottrina dell'amministrazione e Diritto amministrativo austriaco, divenendo così titolare di tre cattedre. Karl Gottfried Hugelmann, diventato repubblicano, e come Kelsen e Merkl di orientamento tedesco-nazionale, nel 1924 passò da libero docente a Professore straordinario di Diritto pubblico generale e Storia del diritto. Gustav Seidler rimase legato alla monarchia e confinato come in precedenza al suo insegnamento di Contabilità di stato.

Per i diversi ordini di docenti della Facoltà viennese di Giurisprudenza, ormai ligi alla Repubblica, la letteratura di diritto costituzionale del periodo monarchico si trasformò quasi in una notte in un capitolo di storia della scienza. I giurispubblicisti repubblicani non si aspettavano più di trovare in quella letteratura alcuna informazione legittima per la costituzione della Repubblica parlamentare, sorta in modo rivoluzionario ⁽⁴⁾. La costituzione, insieme alla sua forma di governo parlamentare, era diventata un'altra, non solo in senso forma-

⁽³⁾ Cfr. WOLF-DIETRICH GRUSSMANN, *Adolf Julius Merkl. Leben und Werk* (1989), pp. 13 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. ADOLF MERKL, *Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*, in „Schweizer Juristen-Zeitung“ 16 (1919/1920), pp. 378 ss.

le, ma in parte anche in senso materiale. Ciò che rimaneva era il metodo del pensiero giuridico. Si continuò ad esercitarlo nel tradizionale senso teleologico e legato al diritto positivo. In altri termini, esso era legato formalmente e contenutisticamente al materiale del diritto in vigore, un materiale empiricamente significativo e legato a uno scopo. Il primo materiale determinante era peraltro la neonata Costituzione della Repubblica, sia in quanto codice scritto, sia in quanto concetto politico. Tale situazione si ripercosse anche sull'attività pubblicistica dei nuovi insediati sulle cattedre di diritto pubblico ⁽⁵⁾.

Tuttavia, la costituzione repubblicana non significò soltanto, per la teoria del diritto pubblico praticata dal teorico del diritto Kelsen e dalla sua scuola, un nuovo inizio rivoluzionario dello stato, ma la si intese anche come un concetto opposto alla *ideologia* dell'ordinamento costituzionale monarchico, che in conformità al significato affermato a partire dall'ottobre 1920 nel Codice del BVG, doveva essere interpretato *lege artis* ⁽⁶⁾. Merkl, che proveniva dalla prassi, esprime su ciò un giudizio interessante: «Nonostante il *principio* che domina lo stato moderno, più volte innalzato a *diritto fondamentale*,

⁽⁵⁾ Vedi p.e. HANS KELSEN, *Österreichisches Staatsrecht* (1923); IDEM, *Die Verfassung (Deutsch-) Österreichs*, in „Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart“ IX (1920), pp. 245 ss.; XI (1922), pp. 232 ss.; XII (1922/23), pp. 126 ss.; XV (1927), pp. 51 ss.; XVIII (1930), pp. 130 ss.; e ADOLF MERKL, *Die Verfassung der Republik Deutsch-Österreich* (1919); IDEM, *Bundesstaat Republik Österreich*, SchwJZ (1921); IDEM, *Die Verfassung der Deutsch-Österreichischen Republik*, Prager Jzs (1922); IDEM, *Die österreichischen Verfassungsreform*, Preuß Verwbl (1926); IDEM, *Verfassungsreform in Österreich*, DJZ (1929), ed altri. Sul problema si vedano le ulteriori aggiunte bibliografiche, per Kelsen in appendice alla *Reine Rechtslehre*² (1960), e per Merkl nella *Selbstdarstellung* del 1952, pp. 142 ss., e nella ÖZÖR X (1960); WOLF-DIETRICH GRUSSMANN, *Adolf Julius Merkl. Leben und Werk* (1989), bibliografia cronologica, pp. 53 ss. e bibliografia sistematica, pp. 94 ss.

⁽⁶⁾ HANS KELSEN, *Österreichisches Staatsrecht* (1923), pp. 82 ss., in particolare pp. 135 ss. Si veda anche ADOLF MERKL, *Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*, in „Schweizerische Juristenzeitung“ 16 (1919/20), pp. 378 ss., che voleva vedere applicata in maniera analoga la propria critica al passato anche al presente della Repubblica.

secondo il quale la scienza e il suo insegnamento sono liberi, vediamo che essi sono troppo spesso vincolati, interiormente schiavi. Considerando lo stretto rapporto fra *diritto* e *politica*, se ne deduce che l'interiore schiavitù cui purtroppo è sottoposta anche la scienza del diritto deriva dalla vicinanza così stretta alla politica» (p. 379). E prosegue: «Vorrei che ciò che dico fosse inteso soltanto come una semplice affermazione di un fatto storico, e non come un giudizio critico, quando sostengo che la scienza tedesca del diritto è stata — nei suoi maggiori rappresentanti — per lungo tempo prigioniera dell'idea monarchica, e che essa — nei suoi più estremi rappresentanti monarchici — mentre formalmente tramandava il diritto pubblico, al proprio interno rappresentava più una visione monarchica (di tipo moderno) che non una visione giuridica atemporale. Ciò vale per esempio per von Rehm e anche per Laband, ma anche, per citare due apici particolarmente splendidi del mondo giuridico tedesco, per gli stessi Georg Jellinek e Otto Mayer» (p. 379). Da queste considerazioni egli traeva la seguente conclusione per il presente: «Per me, in queste osservazioni, non si tratta soltanto di una *critica* della dottrina del diritto pubblico del passato stato *monarchico*, perché queste esperienze possono servire d'*insegnamento* anche per la dottrina del diritto pubblico della *Repubblica*. Non esiste *un* ramo della scienza che sia sottoposto più della scienza del diritto pubblico ai tentativi politici di traviamiento. Anche se essa indaga le istituzioni di un diritto pubblico repubblicano, esiste pur sempre la possibilità di una certa confusione. Come nel caso dell'immagine del monarca, anche qui per esempio la posizione della rappresentanza popolare può essere sfigurata e deturpata, facendone qualcosa di più grande del naturale; anche qui esistono fratture costituzionali da abbellire. Ciò che in tale ricerca è stato rimproverato alla dottrina monarchica del diritto pubblico dovrebbe rappresentare un monito alla repubblica, affinché si ricordi prima di tutto dell'imperativo della rigorosa scientificità!» (p. 383).

In questo senso, i giuspubblicisti della Facoltà giuridica raccolti intorno al teorico del diritto Kelsen intesero la costitu-

zione democratica della repubblica come una legittimazione per un nuovo modo di pensare il diritto pubblico, un modo di pensare propriamente repubblicano. Peraltro, questo atteggiamento non era affatto così antiteleologico e apolitico come si potrebbe pensare stando all'immagine che A. Merkl dà di sé dal punto di vista della sua teoria del diritto. Il pensiero costituzionale è sempre anche un pensiero politico dal punto di vista materiale, e implica per la dogmatica del diritto non soltanto la questione della conformità formale del materiale giuridico alla costituzione, ma anche quella della sua conformità materiale. Chi fa della costituzione il proprio oggetto di scienza deve spiegarla politicamente nella sua apertura ai contenuti di significato e interpretare l'azione statale dotata di senso e tesa a uno scopo che si fonda su di essa in conformità al suo contenuto di senso anche dal punto di vista sostanziale ^(?). La questione veramente rilevante è dunque quella che intende capire se la dottrina del diritto pubblico possa offrire, proprio in quanto scienza, invece delle spiegazioni oggettive dei contenuti di senso politici e teleologici della costituzione, valutazioni soggettive (proprie di una politica di partito) che si riferiscano a problemi concreti. Ciò vale tanto per la dottrina astratta del diritto pubblico, quanto per la dogmatica relativa ai pertinenti casi concreti. — È d'altra parte possibile anche tralasciare qualsiasi presa di posizione dottrinale nei confronti della costituzione, come ha fatto Menzel, che nel periodo della repubblica democratica si astenne dalla pratica scientifica del diritto costituzionale, benché fosse diventato vicepresidente della Corte costituzionale repubblicana, e dunque dovesse prendere posizione su questioni costituzionali nelle decisioni

(?) Si veda GÜNTHER WINKLER, *Rechtswissenschaft und Politik, Die Freiheit des Menschen in der Ordnung des Rechtes*, Wien, 1998, *Prefazione*. Cfr. Anche ADOLF MERKL, *Selbstdarstellung*, 1952, p. 145: «Le mie pubblicazioni relative a questioni costituzionali degli anni 1929–1935 non intendono soltanto trattare le trasformazioni del diritto costituzionale, ma anche giudicarle in senso politico–giuridico dal punto di vista dell'ideale della libertà politica, e indagano la presunta conformità costituzionale delle innovazioni».

relative ai singoli casi. Il suo interesse scientifico si volse alla storia della dottrina dello stato e alla sociologia dello stato ⁽⁸⁾.

Il contenuto della precedente letteratura relativa al diritto costituzionale era divenuto obsoleto in ragione della sua connessione con la forma di governo monarchica. Tuttavia, al teorico del diritto Kelsen tale letteratura appariva problematica anche da un punto di vista metodologico, in ragione del postulato della *piena purezza del dover essere essenzialmente giuridico* ⁽⁹⁾ da lui formulato. In conseguenza della frattura costituzionale fra monarchia e repubblica, la precedente dottrina del diritto costituzionale era ormai comunque un corpo estraneo per la nuova dottrina repubblicana. I giuspubblicisti repubblicani erano consapevoli ⁽¹⁰⁾ del fatto che la nuova costituzione affondava in larga misura le proprie radici nel contenuto di senso dello stato di diritto democratico della costituzione monarchica, ma ciò non poteva essere per loro di primaria importanza. Nonostante questo fatto e il suo personale legame storico, Kelsen tendeva — principalmente per motivi politici e metodologici — a una posizione teorica svincolata dalla costituzione monarchica e dalla dottrina del diritto pubblico ad essa connessa, una posizione repubblicana apolitica e antite-

⁽⁸⁾ ADOLF MENZEL, *Beiträge zur Geschichte der Staatslehre*, 1929 (ristampa 1976). Si veda anche ADOLF MERKL, *Adolf Menzels Lebenswerk und die Jurisprudenz. Zu seinem 80. Geburtstag*, JBl 66 (1937), pp. 289 ss.; e LUDWIG ADAMOVICH, *Adolf Menzel zum Gedenken*, ÖZÖR I (1948), pp. 1 ss.

⁽⁹⁾ ADOLF MERKL, in *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Hg. N. Grass (1952), p. 144, vide la particolarità del metodo della nuova dottrina del diritto di Kelsen nel fatto che essa *tende a riconoscere il dover essere essenzialmente giuridico nella piena purezza*.

⁽¹⁰⁾ HANS KELSEN, *Österreichisches Staatsrecht*, 1923, *Premessa* e pp. 74 ss., in particolare pp. 81–82. Quali esempi possono essere menzionati il diritto di voto, il procedimento legislativo, la responsabilità ministeriale, la responsabilità dello stato, la divisione territoriale in *Länder* e in comuni, l'organizzazione dei tribunali e dei funzionari amministrativi, la separazione della giustizia dall'amministrazione, la giurisdizione civile e penale, la giurisdizione amministrativa, la giurisdizione statale dei tribunali costituzionali, il principio di legalità, i diritti fondamentali e di libertà e il principio dello stato di diritto.

leologica, per la quale soltanto la lettera scritta della costituzione del 1920 poteva costituire una guida ⁽¹¹⁾.

Le circostanze esterne del crollo statale, del naturale ricambio generazionale, delle migrazioni e delle chiamate alle Scuole d'istruzione superiore e ad altre Università ebbero un effetto favorevole per l'esercizio teoretico, normativistico-formale, apolitico e antiteleologico della dottrina del diritto pubblico di Kelsen. Egli fu per un decennio, alla Facoltà di giurisprudenza di Vienna, la figura guida di un pensiero pubblicistico rivolto al dover essere, normativo e a carattere formalistico. Sin dall'entrata in vigore della Costituzione del 1920, Kelsen fu il principale ordinario di dottrina del diritto pubblico alla Facoltà di Giurisprudenza di Vienna. Il suo ruolo nell'elaborazione della Costituzione del 1920 ebbe una particolare rilevanza per la diffusione della sua teoria del diritto incentrata sul dover essere, di tipo normativistico-formale, antiteleologica e apolitica. Infatti, egli aveva preso parte in modo decisivo alla redazione del testo costituzionale della giovane repubblica parlamentare. Il Cancelliere socialdemocratico Karl Renner gli aveva affidato il compito di *elaborare la costituzione definitiva dal punto di vista tecnico del diritto* sulla base delle indicazioni politiche ⁽¹²⁾. Il suo postulato teorico, un pensiero puramente diretto al dover essere, normativistico-formale e rigorosamente ancorato alla lettera scritta, antiteleologico e apolitico, ricevette palesemente un potente impulso dalla sua attività di redattore del testo della nuova Costituzione.

⁽¹¹⁾ Sul compito della dottrina repubblicana del diritto pubblico si veda ADOLF MERKL, *Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*, Schweizerische JZ, 1920. Si veda anche ADOLF MERKL, in *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Hg. N. Grass (1952), pp. 143 ss.: «Queste esperienze possono servire d'insegnamento anche alla dottrina del diritto pubblico della *Repubblica*. Non esiste un ramo della scienza che sia più sottoposto della scienza del diritto pubblico ai tentativi politici di traviamiento» (p. 144).

⁽¹²⁾ ALADAR METALL, *Hans Kelsen. Leben und Werk* (1969), pp. 34 e 35. In questo lavoro Adolf Merkl ebbe senza dubbio una parte rilevante, nella sua qualità di primo funzionario della Cancelleria, addetto a questioni costituzionali.

Kelsen voleva esercitare il suo stile di pensiero normativistico e formale anche nella sua qualità di membro e referente della Corte costituzionale e di esperto di diritto pubblico. Tuttavia, in questo caso egli si trovò immediatamente a confrontarsi con il dato di fatto banale che i testi costituzionali non solo sono formulati in forma abbreviata, pensati in modo insufficiente e lacunosi, ma che sono anche ricchi di contenuto politico. Inoltre, in quanto giudice costituzionale egli doveva prendere atto che anche i contenuti normativi indeterminati della costituzione possono essere applicati nel caso concreto soltanto in base a una decisione univoca. Kelsen si vide perciò costretto, nel suo lavoro inizialmente inusuale di giudice costituzionale, a superare il lacunoso testo costituzionale a partire dal suo contenuto normativo, tramite un'opera d'interpretazione teleologica, per poterlo applicare univocamente. Tuttavia egli non riusciva a definire teleologico questo tipo d'interpretazione, e dunque nella sua teoria pura rivolta al dover essere, normativistico-formale, antiteleologica e apolitica egli non volle e non poté offrire a tale scopo alcun appiglio razionale ⁽¹³⁾.

Il pensiero antiteleologico e apolitico di Kelsen trovava le sue più profonde motivazioni nella teoria pura del diritto rivolta al dover essere, normativistico-formale e logicizzata che egli aveva gradualmente elaborato a partire dal 1911, e che trovò la prima sistematizzazione nel 1925, con la *Allgemeine Staatslehre*, nella quale la "dottrina dello stato" era intesa come dottrina del diritto pubblico. Questa teoria del diritto puramente rivolta al dover essere e normativistico-formale non soltanto non trovò alcuna risonanza nella Corte costituzionale, ma suscitò proteste e critiche anche da parte dei colleghi. Alcuni dei professori e docenti della Facoltà di Giurisp - rudenza di Vienna sottoposero la teoria giuridica di Kelsen a

⁽¹³⁾ A tal proposito si veda HANS KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911; inoltre *Reine Rechtslehre*¹, 1936, pp. 90 ss.; *Interpretation als Erkenntnis oder Willensakt*; e *Reine Rechtslehre*² 1960, pp. 346 ss., *Die Interpretation*.

una critica scientifica. Lo stile di pensiero di Kelsen, normativistico–formale, aprioristico–categoriale e rivolto puramente al dover essere suscitò una critica fondata ⁽¹⁴⁾ dapprima da parte del suo amico paterno Friedrich Tezner ⁽¹⁵⁾, e poi anche da parte del suo predecessore nella carica di consigliere costituzionale del governo, Alexander Hold von Ferneck ⁽¹⁶⁾ (diritto penale e diritto internazionale), e dello storico del diritto Ernst von Schwind ⁽¹⁷⁾. Kelsen non si lasciò confondere da queste critiche, mantenendo il proprio pensiero accentuatamente diretto al dover essere, normativistico–formale, aprioristico e categoriale, ma nella prassi la sua teoria rimase persino per lui senza importanza. Infatti, Kelsen impiegò la terminologia normativistica nella prassi, ma intese per “norma”, come del resto tutti gli altri, la proposizione giuridica scritta e non la forma teorica del pensiero. La teoria giuridica di Kelsen, ridotta a una serie di categorie puramente normative, fondate sul dover essere e aprioristiche, rimase in ultima analisi limitata solo a lui entro la Facoltà di giurisprudenza di Vienna. La teoria giuridi-

⁽¹⁴⁾ Si veda più in dettaglio *infra*, cap. V.

⁽¹⁵⁾ FRIEDRICH TEZNER, *Rechtslogik und Rechtswirklichkeit*, 1925 (ristampa 1986).

⁽¹⁶⁾ ALEXANDER HOLD VON FERNECK, *Der Staat als Übermensch. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Kelsens*, 1926. Contra HANS KELSEN, *Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung*, 1926, e ancora HOLD VON FERNECK, *Ein Kampf ums Recht*, 1927. Si veda il commento di HOLD VON FERNECK, *Österreichische Rechts- und Staatswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Hg. N. Grass (1952), p. 101. Hold von Ferneck rimproverava a Kelsen principalmente di aver sottoposto quattro diverse scienze a un unico metodo: la dogmatica giuridica, la dottrina fondamentale del diritto (teoria del diritto), la storia del diritto e la filosofia del diritto; infatti, ciascuna di tali scienze ha il proprio metodo.

⁽¹⁷⁾ ERNST VON SCHWIND, *Grundlagen und Grundfragen des Rechts. Rechtstheoretische Betrachtungen und Erörterungen* (1928). Contra, HANS KELSEN, *Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie. Eine Erwiderung* (1928). Schwind rimprovera a Kelsen, fra l'altro, la confusione fra ipotesi e ipostasi (finzione). Si veda il mutamento d'opinione di Kelsen al Congresso di Salisburgo del 1962, in cui egli definì la stessa norma fondamentale come una finzione, riconoscendo così palesemente il proprio errore, in *ÖZÖR XIII* (1963), pp. 119 ss.

ca di Kelsen, formale, normativistica, antiteleologica e apolitica, non trovò alcuna risonanza nella Corte costituzionale, stando alle affermazioni di contemporanei ben informati. Kelsen dovette dunque rassegnarsi al tradizionale pensiero teleologico. «Nella prassi era tutto diverso», secondo un commento di Adamovich sen. alla domanda di Antonioli sul modo di lavoro che Kelsen impiegava come consigliere della Corte costituzionale. Il modo di pensare giuridico pratico di Kelsen non era dunque affatto rigorosamente orientato al dover essere, normativistico formale, antiteleologico e apolitico quale appare secondo la sua teoria giuridica ⁽¹⁸⁾.

Nonostante le loro teorie orientate al dover essere, normativistico-formali, antiteleologiche e apolitiche, tanto Kelsen, quanto il suo allievo Merkl, impiegarono nel concreto pensiero giuridico positivo un metodo teleologico diretto al contenuto. Il loro pensiero giuridico positivo non era affatto formalistico-normativo, puramente diretto al dover essere, antiteleologico e apolitico. A causa del vincolo imposto dal contenuto di senso diretto allo scopo del materiale costituzionale empiricamente esperibile, e in conseguenza di esigenze pratiche, esso era necessariamente legato al contenuto, teleologico e politico. Nuova era soltanto la *terminologia* esteriore di tipo normativi-

⁽¹⁸⁾ Gli atti della Corte costituzionale danno informazioni sul procedimento intellettuale giuridico-costituzionale di Kelsen. Il dilemma nel quale più volte Kelsen si trovò ha anche un riscontro esemplare in una perizia pubblicistica che egli redasse su commissione della Volkspartei del Liechtenstein, e che venne pubblicato da parte di quel Partito con la data del 13 settembre 1929. In questa perizia informativa Kelsen, per mezzo di un'interpretazione testuale consapevolmente teleologica, giunse alla conclusione che il Landtag, il quale doveva essere rieletto perché il monarca lo aveva sciolto, in virtù della durata della legislatura espressamente stabilita in quattro anni, poteva essere rieletto soltanto per il rimanente periodo della legislatura, e che al contrario i membri del disciolto Landtag eletti per l'intera legislatura che avevano fatto ricorso dovevano rimanere in carica. Sulla dottrina dell'interpretazione, si veda HANS KELSEN, *Zur Theorie der Interpretation*, in „Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts“ 8 (1934), pp. 9 ss., e il corrispondente capitolo nelle due edizioni della *Reine Rechtslehre* del 1934 e 1960.

stico e diretta al dover essere della teoria giuridica antiteleologica, che Kelsen fece assurgere a dogma in un atteggiamento di sfida, benché egli non potesse neppure personalmente realizzarla nel concreto pensiero giuridico. Il dogma della separazione fra essere e dover essere, e fra norma e realtà, sottostante la sua teoria, non era applicabile nel pensiero pubblicistico concreto, orientato al diritto positivo. Merkl, che era il più vicino a questo stile di pensiero normativistico-formale, riconobbe in seguito tale impossibilità, quando lavorò al manuale dal titolo *Allgemeines Verwaltungsrecht*. La sua dogmatica giuridica non era affatto normativistico-formale, antiteleologica e apolitica. Essa era anzi squisitamente teleologica e politica ⁽¹⁹⁾. Così si esprime Merkl: «Fu un equivoco iniziale della dottrina generale del diritto, nel quale anch'io sono caduto, intendere questo metodo conoscitivo come una mera dottrina delle forme, rifiutando la conoscenza dei contenuti del diritto. Tuttavia, forma e contenuto insieme costituiscono tanto la singola proposizione giuridica, quanto la totalità del diritto» ⁽²⁰⁾. Nel punto centrale del modo di pensare di Merkl, uomo ricco di esperienze pratiche, non si trova dunque l'ambiguo e ingannevole concetto di norma, ma quello di *proposizione giuridica* in quanto proposizione scritta del diritto, e quello di *fonti del diritto* in quanto *forme della proposizione giuridica* della produzione del diritto: *Quaisiasi fieri vuole diventare un factum, quaisiasi agere vuole diventare un atto!*

Il nuovo modo di pensare, repubblicano, accentuatamente normativistico-formale, legato al testo legislativo e dogmatico, della dottrina del diritto pubblico di Vienna si dichiarava certamente antiteleologico e antimonarchico, ma di fatto non era così antiteleologico e apolitico come voleva far credere. Nella sua applicazione pratica, tale stile di pensiero corrispondeva ampiamente a quello giuridico della dottrina pubblicistica della monarchia, secondo la quale la costituzione e la politica (partitica) erano certamente da considerarsi separate, mentre i

⁽¹⁹⁾ Cfr. ADOLF MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1927).

⁽²⁰⁾ ADOLF MERKL, *Selbstdarstellung* (1952), pp. 144 ss.

contenuti della costituzione rappresentavano un'unità politica, diretta al senso e allo scopo. Di conseguenza, al pari della maggior parte dei teorici del diritto pubblico della precedente monarchia che erano rimasti nel loro ufficio, anche Kelsen e Merkl, nonostante la formalizzazione terminologica del proprio pensiero pubblicistico, esercitavano nei loro studi di diritto positivo il tradizionale metodo teleologico, che avevano imparato, quando era ancora in vigore la costituzione monarchica, da G. Jellinek, Bernatzik, Laband ed altri ⁽²¹⁾. Le indicazioni metodologiche per il pensiero pubblicistico di Bernatzik, G. Jellinek e Laband erano tuttavia degne di nota soprattutto per Kelsen, perché esse incarnavano uno stile di pensiero a partire dal quale egli riteneva di poter fondare la sua teoria giuridica normativistico-formale, antiteleologica e apolitica.

La genesi rivoluzionaria della repubblica nel 1918 e la creazione della nuova costituzione repubblicana nel 1920, causarono una chiara presa di distanza, entro la Facoltà di giurisprudenza di Vienna, nei confronti del collegamento fra dottrina pubblicistica repubblicana e dottrina costituzionalistica monarchica ⁽²²⁾. La nuova costituzione repubblicana sembrò aver trasformato la rottura con il passato in un imperativo, principalmente nell'ambito della dottrina costituzionalistica. Perciò si trascurò la letteratura pubblicistica relativa alla costituzione monarchica. Tuttavia, non si vide alcun problema nel continuare a mettere in pratica la nuova dottrina costituzionale repubblicana nel tradizionale modo teleologico, legato al

⁽²¹⁾ Edmund Bernatzik, che viene definito da Robert Walter come il rappresentante di un «rigoroso stile giuridico di pensiero», si richiamava a ragione, per il suo metodo giuridico, allo stile empirico-sociale del pensiero giuridico di Rudolph von Jhering, Otto von Gierke e Felix Stoerk. Bernatzik, tuttavia, si rifaceva anche al pensiero giuridico di tipo politico e teleologico di Paul Laband, un pensiero che nonostante le sue affermazioni di principio a favore della costruzione concettuale logica tramite la dogmatica giuridica, era molto più empirico-sociale e teleologico di quanto non si potesse ritenere a prima vista.

⁽²²⁾ Cfr. ADOLF MERKL, *Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre*, in „Schweizerische Juristen-Zeitung“ 16 (1919/20), pp. 378 ss.

contenuto. In questa situazione, gli studi metodologici precedenti, strutturati in modo empirico–sociale e teleologico, caddero nell'oblio — ad esempio quelli di Felix Stoerk, Gustav Seidler e Karl Georg Wurzel — perché non li si considerava come studi di scienza giuridica.

II.

Il regime autocratico–autoritario del 1933 comportò cambiamenti radicali e notevoli ostacoli politici all'esercizio della dottrina costituzionalistica nel senso tradizionale, principalmente alla Facoltà di Giurisprudenza di Vienna ⁽²³⁾. Gli studiosi repubblicani e democratici di diritto pubblico rimasero dapprima al proprio posto. Tuttavia, Max Layer, successore di Menzel dal 1928, venne sollevato dal suo ufficio già nel 1933, a causa della sua critica costituzionalistica all'abuso della legge delega sull'economia di guerra da parte del governo rivoluzionario ⁽²⁴⁾. Scrive Layer: «Quando il Consiglio nazionale entrò in crisi e il normale percorso legislativo non fu più agibile, il governo cercò di trarre dalla legge delega i pieni poteri, che non erano in essa contenuti, benché esistessero altre vie più conformi alla costituzione» ⁽²⁵⁾. Layer rimproverava al governo corporativo la sua «illegalità», e «anticostituzionalità», nonché «una serie di lesioni alle leggi e alla costituzione, che vengono malcelate da principi di facciata, la cui illegittimità è sotto gli occhi di qualsiasi cittadino pensante» ⁽²⁶⁾. Anche Merkl, divenuto ordinario nel 1932, si espresse più volte in

⁽²³⁾ Cfr. ADOLF MERKL, *Die Verwaltungslehre des neuen Deutschland*, in „Österreichisches Verwaltungsblatt“ 7 (1936), pp. 228 ss. e 245 ss.; *Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens*, in „Österreichisches Verwaltungsblatt“ 8 (1937), pp. 174 ss.; *Die individuelle Freiheit im autoritären und ständischen Staat*, JBl 65 (1936), pp. 265 ss.

⁽²⁴⁾ MAX LAYER *Ermächtigungsbereich des kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes*, in „Verwaltungsarchiv“ 38 (1933), in part. pp. 208 ss.

⁽²⁵⁾ *Ivi*, p. 209

⁽²⁶⁾ *Ivi*, p. 218.