

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

11
2020



JOVENE EDITORE

Il presente fascicolo è pubblicato con contributi del Dipartimento di Scienze Giuridiche e del Dipartimento di Studi Giuridici ed Economici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Direttore: Mario Caravale

Direzione e redazione: Sapienza - Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

Comitato direttivo: Oliviero Diliberto - Luisa Avitabile - Valeria De Bonis - Enrico del Prato Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Laura Moscati Cesare Pinelli - Paolo Ridola

Comitato scientifico: Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Jane C. Ginsburg (New York) Peter Häberle (Bayreuth) - Natalino Irti (Roma) - Erik Jayme (Heidelberg) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Guillaume Leyte (Parigi) - Jerome H. Reichman (Durham) Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hanns Ullrich (Monaco, Baviera)

Redazione: Cesare Pinelli (redattore capo), Nicola Cezzi, Fulvio Costantino

Amministrazione: JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli NA Italia Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: www.jovene.it - email: info@jovene.it

Abbonamento: € 35,00

Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore: **a)** con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; **b)** a ricezione fattura; **c)** on line collegandosi al sito dell'Editore: www.jovene.it.

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno indirizzate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Direttore responsabile: Mario Caravale

ISSN 0390-6760

Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 giugno 2010.

Stampato in Italia Printed in Italy

INDICE

PROLUSIONI

- 3 GLAUCO GIOSTRA
Una voce inascoltata in questo chiassoso presente
- 7 GIOVANNI CONSO
*Dubbi in via di superamento: neutralità della scienza,
neutralità del giurista*

SAGGI

- 19 GUIDO ALPA
*Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della "natura" come soggetto
di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*
- 35 MARIO CARAVALE
*La legge, le sue modifiche, i suoi rapporti con la consuetudine: brevi note
sul pensiero dei giuristi italiani di diritto patrio (fine sec. XV-metà XVII)*
- 83 MASSIMO DONINI
*Codificazione penale o consolidazioni? Senso e luoghi delle possibili
riforme per il tempo presente*
- 103 MARCO GAMBARDELLA
Il principio di proporzionalità della pena e la Carta dei diritti fondamentali
- 131 CESARE PINELLI
*Nel centenario della pubblicazione di H. Kelsen, "Essenza e valore
della democrazia"*
- 147 ELEONORA RINALDI
*Gli interventi extra ordinem del Governo in tempo di pandemia
come strumento di tutela dell'interesse nazionale e l'incidenza sul rapporto
Stato-Regioni*

INCONTRI DI STUDIO SULLA POVERTÀ

- 189 VINCENZO CERULLI IRELLI - ANNA GIURICKOVIC DATO
La lotta alla povertà come politica pubblica

- 231 SABINO CASSESE
L'azione pubblica per rimediare alla povertà
- 233 DIEGO CORAPI
La "povertà" nell'ordine giuridico del capitalismo
- 245 GIUSEPPE FERRI jr
Il diritto commerciale e la povertà
- 253 YVES GAUDEMET
À propos de la pauvreté dans l'histoire des doctrines économiques. Relire Jean De Sismoni
- 259 JEAN-CHRISTOPHE GALLOUX
La pauvreté et la propriété intellectuelle
- 263 ALAIN GHOZI
La pauvreté
- 265 LAURENT LEVENEUR
La pauvreté et le droit civil
- 273 BERNARDO GIORGIO MATTARELLA
La tutela contro la povertà in Italia
- 283 CESARE PINELLI
I dilemmi della povertà

RICORDI

- 293 ENZO CHELI
Ricordo di Giuseppe Guarino
- 295 GAETANO AZZARITI
Ricordo di Gianni Ferrara
- 301 SALVATORE PRISCO
Ricordo di Gianni Ferrara
- 313 MASSIMO DONINI
Ricordo di Alfonso Maria Stile

RECENSIONI

- 315 J.M. BALKIN, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, Oxford-New York NY, 2020 (Nicola Giovanni Cezzi)

SAGGI

Nel centenario della pubblicazione di H. Kelsen, “Essenza e valore della democrazia”

Cesare Pinelli

SOMMARIO: 1. Le due edizioni. – 2. Parlamentarismo e democrazia: il percorso storico e le sfide del presente. – 3. Il confronto con Rousseau. – 4. La selezione dei capi. – 5. I partiti politici e la democrazia quale metodo di selezione dei capi. – 6. Democrazia e relativismo. – 7. L'eredità dell'opera.

1. *Le due edizioni*

A un secolo dalla prima edizione¹, “Essenza e valore della democrazia” di Hans Kelsen è opera con cui fare ancora i conti, a maggior ragione se si cerchi di storicizzarne premesse e approdi. Racchiude, infatti, la prima teoria della democrazia in grado di misurarsi con l'avvento del suffragio universale (maschile) e con l'ascesa dei partiti di massa nell'Europa continentale, alla vigilia di regimi totalitari che vi avrebbero quasi ovunque travolto la convivenza democratica. Un interstizio temporale molto specifico, dunque, nel quale la precarietà degli assetti politici metteva in ombra il bisogno di visioni lungimiranti.

Senonché gli studi di Kelsen sulla democrazia furono oscurati dalla sua fama di “giurista del secolo”, e comunque fortemente condizionati dalla ricerca del loro rapporto con la teoria del diritto². Pur totalmente ingiustificata, quando non avanzata strumentalmente, l'accusa al “formalista” Kelsen di legittimare qualsiasi regime in sede teorica è rimasta nella memoria dei giuristi ben più dei tentativi di ricostruirne analiticamente i percorsi scientifici e di verificarne le reciproche interrelazioni.

¹ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr, Tübingen, 1920, 38. La traduzione del titolo in italiano riportata nel testo non è l'unica. La prima traduzione è *Intorno alla natura e al valore della democrazia*, e si riferisce al testo comparso in H. KELSEN, A. VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, Stabilimento Tipografico Garroni, Roma, 1930, ripubblicato per intero nel 2012 da Aragno, Torino, con prefazione e a cura di M.G. Losano. Per la seconda edizione dell'opera, che è del 1929, si avrà riguardo ad H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in H. KELSEN, *La democrazia*, a cura di M. Barberis, il Mulino, Bologna, 1995.

² Cfr. L. RIZZI, *Legittimità e democrazia. Studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*, Milano, Giuffrè, 1990, 1 ss.

Solo di recente si è indagato sull'evoluzione della sua teoria della democrazia negli anni Venti, e in particolare sul rapporto fra le due edizioni dell'opera³. La differenza principale, che lascia inalterata l'impostazione e gran parte del contenuto dell'opera, sarebbe riconducibile al mutato contesto storico-politico giacché mentre nella prima Kelsen oppone la sua visione della democrazia alla dittatura del proletariato instaurata nella Russia sovietica, nella seconda critica anche il regime fascista nel frattempo affermatosi in Italia e i fautori della rappresentanza corporativa⁴. La diffusione dei totalitarismi nell'Europa degli anni Venti non esaurisce tuttavia i termini del confronto fra le due edizioni. La seconda, che è assai più corposa, si arricchisce di lunghe note dedicate a scritti comparsi dopo il 1920, e soprattutto di una trattazione sui partiti⁵, la quale costituisce una integrazione decisiva della teoria kelseniana della democrazia.

Per intendere il contesto in cui maturò, occorre in definitiva prestare attenzione non solo alle sfide dei totalitarismi che aveva davanti, ma prima ancora alla trasformazione che secondo il suo autore l'idea di democrazia aveva subito con l'avvento del suffragio universale e dei partiti politici organizzati. Per questa ragione mi riferirò alla seconda edizione dell'opera.

2. *Parlamentarismo e democrazia: il percorso storico e le sfide del presente*

Scrivendo Kelsen che “La lotta condotta contro l'autocrazia verso la fine del secolo XVIII e l'inizio del XIX fu, in essenza, una lotta per il parlamentarismo”, dove per “parlamentarismo” intende “la formazione della volontà direttiva dello Stato attraverso un organo collegiale eletto dal popolo in base al suffragio universale ed uguagliario, vale a dire democratico, secondo il principio della maggioranza”⁶.

A suo avviso l'affermazione di un organo collegiale eletto dal popolo era andata di pari passo con un processo di democratizzazione segnato da “risultati realmente importanti, quali l'emancipa-

³ S. LAGI, *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920-1932)*, in *Teoria politica*, 7/2017, Annali VII, 363 ss.

⁴ S. LAGI, *La teoria democratica*, cit., 374 ss.

⁵ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 62-72.

⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 73 ss.

zione completa della classe borghese mediante la soppressione dei privilegi; in seguito, il riconoscimento dell'uguaglianza dei diritti politici del proletariato e, con ciò, l'inizio dell'emancipazione morale ed economica di questa classe di fronte alla classe capitalista"⁷. Senonché, mentre nella monarchia costituzionale le tendenze antiparlamentari rimasero inefficaci "di fronte al progresso lento ma incessante del movimento democratico, che trovava il suo principale sostegno nel Parlamento", la situazione appare a Kelsen diversa quando "il principio parlamentare esercita un dominio assoluto e il limitato [...] La democrazia moderna vivrà soltanto se il parlamentarismo si rivelerà uno strumento capace di risolvere le questioni sociali del nostro tempo. Certo, democrazia e parlamentarismo non sono identici. Ma, poiché per lo Stato moderno l'applicazione di una democrazia diretta è praticamente impossibile, non si può seriamente dubitare che il parlamentarismo sia l'unica forma reale possibile dell'idea di democrazia. Perciò, il destino del parlamentarismo deciderà anche del destino della democrazia"⁸.

Da queste righe può ricavarsi la convinzione che, una volta sconfitta l'autocrazia con l'affermazione del suffragio universale e dell'uguaglianza politica dei cittadini, la democrazia potesse trovare senso solo se si fosse dimostrata la possibilità di risolvere in parlamento "le questioni sociali del nostro tempo". Tutto ciò sul presupposto che a fronte della "impossibilità pratica" della democrazia diretta il parlamentarismo fosse "l'unica forma reale possibile dell'idea di democrazia".

I passi riportati consentono di cogliere il percorso che avrebbe originato lo stato intrinsecamente problematico della democrazia contemporanea. L'affermazione che solo il parlamentarismo può costituire la forma possibile della democrazia diventa tanto più impegnativa, perché dopo aver mostrato come la stabile associazione dell'uno all'altra avesse costituito la chiave del loro successo per oltre un secolo, Kelsen lascia intendere che col suffragio universale la democrazia non poteva più venir concepita come un'ideologia, e doveva essere ripensata anche nel suo rapporto col parlamentarismo.

⁷ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 73.

⁸ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 74.

3. *Il confronto con Rousseau*

In effetti, nelle pagine precedenti si era già confrontato con Rousseau, “forse il più importante teorico della democrazia”⁹. Dove la confutazione sul piano logico dell’attacco di Rousseau alla rappresentanza politica è meno importante della introduzione della distinzione fra ideale e realtà della democrazia.

La celebre affermazione rousseauviana che il popolo inglese è libero solo al momento del voto proverebbe troppo, perché “pure se la volontà generale viene realizzata direttamente dal popolo, l’individuo è libero un momento soltanto, cioè durante la votazione, ma solamente se ha votato con la maggioranza, non con la minoranza che soccombe”¹⁰. Del resto, soggiunge, “perfino un apostolo della libertà quale è Rousseau esige l’unanimità soltanto per il contratto iniziale che fonda lo Stato”, a riprova che “l’opposizione degli interessi [...], che è un dato dell’esperienza”, rende “inammissibili per la vita politica corrente” garanzie della libertà individuale come l’unanimità o la maggioranza qualificata. Né questa restrizione nell’applicazione del principio di unanimità si spiega “con semplici motivi di opportunità”. Il fatto è che

“l’esistenza della società o dello Stato presuppone possa esservi discordanza fra l’ordine sociale e la volontà di coloro che sono ad esso sottomessi. Se fra dovere ed essere esistesse sempre una coincidenza, vale a dire se infinito fosse il valore della libertà, non si potrebbe più parlare di sottomessi. La democrazia rinuncia, per l’elaborazione di un ulteriore ordine sociale, all’unanimità che, ipoteticamente, si sarebbe applicata alla sua fondazione per contratto e si accontenta delle decisioni prese dalla maggioranza, limitandosi ad avvicinarsi al suo ideale originario. Che si continui a parlare di autonomia e a considerare ognuno come sottomesso alla propria volontà, mentre quella che vale è la legge della maggioranza, è un nuovo progresso della metamorfosi dell’idea di libertà”¹¹.

⁹ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 47. Giudizio peraltro implicitamente condiviso da C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, Giuffrè, 1984, 301 ss., in una concezione della democrazia opposta a quella kelseniana. Sul punto C. PINELLI, *The double fiction of the people*, in G. AMATO, B. BARBISAN, C. PINELLI (eds.), *Rule of Law versus Majoritarian Democracy*, in corso di pubblicazione.

¹⁰ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 48.

¹¹ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 49-50.

Il ricorso alla dicotomia fra essere e dover essere al fine di spiegare il funzionamento della democrazia presenta solo qualche somiglianza con l'uso della stessa dicotomia nella teoria kelseniana del diritto. In effetti, l'argomento adoperato al momento di applicare la dicotomia alla democrazia, ossia l'impossibilità di considerare il valore della libertà come infinito, aiuta a spiegarne l'uso nella teoria del diritto, che è pur sempre per lui una tecnica di organizzazione sociale. Tuttavia, mentre la dicotomia fra essere e dover essere giuridico resta sempre tale, in quanto condizione di pensabilità del diritto, quella fra ideale e realtà della democrazia non esclude "un avvicinarsi al suo [della democrazia] ideale originario". Per comprendere perché, dobbiamo vedere come Kelsen tratta il principio di maggioranza.

A suo avviso il principio di maggioranza presuppone l'idea di uguaglianza, ma non si può giustificare in base ad essa, nella misura in cui richiede che i più numerosi abbiano maggior potere di pochi. "C'è soltanto un'idea", osserva a questo punto, "che porta, per una via ragionevole, al principio maggioritario: l'idea che, se non tutti gli individui, almeno il più gran numero di essi sono liberi, il che vale a dire che occorre un ordine sociale che sia in contrasto col più piccolo numero di essi"¹². Qui si coglie il senso dell'"avvicinarsi al suo ideale originario", consistente nell'autodeterminazione di tutti. Non si tratta comunque di una prescrizione giuridica, ma di un ideale affermato da filosofi della politica come Rousseau, anche se è bene distinguerlo dalla realtà poiché "Molti malintesi, nella discussione del problema, vengono originati dal fatto che c'è chi parla soltanto dell'idea e chi soltanto della realtà del fenomeno mentre bisognerebbe tener raffrontati questi due elementi, considerando la realtà alla luce dell'ideologia che la domina, l'ideologia dal punto di vista della realtà che la sostiene"¹³.

Più avanti questa avvertenza è riferita al principio di maggioranza che, se ideologicamente "sta a rappresentare la formazione della volontà generale col più grande accordo possibile fra la medesima e le volontà individuali", nella realtà significa che "i membri della comunità sociale si organizzano essenzialmente in due gruppi. L'importante è che, dalla tendenza a formare una maggioranza, a

¹² H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 52.

¹³ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 57.

conquistare una maggioranza, risulta che, in ultima analisi, non sono che due i gruppi che essenzialmente si oppongono, che lottano per il potere, in quanto gli innumerevoli fattori di differenziazione e di scissione che agiscono nell'interno della società, vengono neutralizzati fino a non lasciar sussistere che un'unica opposizione fondamentale¹⁴. Il che vuol anche dire che

“Una dittatura della maggioranza sulla minoranza non è possibile, a lungo andare, per il semplice fatto che una minoranza, condannata a non esercitare, nel modo più assoluto, nessuna influenza, finirà col rinunciare alla sua partecipazione – soltanto formale e perciò per lei senza valore e perfino dannosa – alla formazione della volontà generale, togliendo con ciò alla maggioranza – che già per definizione non è possibile senza la minoranza – il suo carattere stesso di maggioranza. Appunto questa possibilità offre alla minoranza un mezzo per influire sulle decisioni della maggioranza. Ciò vale in modo particolare per la democrazia parlamentare. L'intera procedura parlamentare infatti, con la sua tecnica dialettico-contraddittoria, basata su discorsi e repliche, su argomenti e controargomenti, tende a venire ad un compromesso. Questo è il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale¹⁵.”

La tesi che il principio di maggioranza consente sempre di strutturare in due gruppi i membri della comunità sociale appare difficilmente sostenibile, sia perché un esito simile dipende più da variabili interazioni fra sistema elettorale e sistema politico che dal principio maggioritario, sia per la tendenziale irriducibilità delle minoranze identitarie alla dialettica politico-parlamentare. Non è questo, tuttavia, il nucleo forte della posizione di Kelsen sul principio di maggioranza. Riposa piuttosto sulla capacità trasformativa che vi ascrive sotto un duplice profilo: la “metamorfosi dell'idea di libertà”, ovvero la capacità di trasformare la libertà in potere limitato, e il passaggio dal conflitto al compromesso con la minoranza, garantito da procedure parlamentari che presuppongono una maggioranza e una minoranza. Non a caso, in polemica coi marxisti del suo tempo, osserva che per risolvere pacificamente il conflitto di classi, la sola forma politica è quella “della democrazia parlamentare la cui ideologia è, sì, la

¹⁴ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 104.

¹⁵ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 104-105.

libertà non raggiungibile nella realtà sociale, ma la cui realtà però è la pace”¹⁶.

Kelsen ritiene di poter rinvenire nella realtà questa capacità trasformativa, ed è proprio qui che sente di dover prendere congedo ir-reversibilmente da Rousseau. Ammette “che una distanza enorme separa l’ideologia dalla realtà, anzi, l’ideologia dalla sua realizzazione massima possibile” al punto che “si sarebbe tentati a non considerare come una semplice iperbole retorica la nota affermazione di Rousseau secondo la quale non sarebbe mai esistita e non potrebbe, d’altronde, mai esistere democrazia nel senso vero e proprio della parola, poiché sarebbe contro l’ordine delle cose che il maggior numero governasse e che il minore fosse governato”¹⁷. Eppure l’intero saggio si propone di mostrare proprio le possibilità e i limiti della democrazia reale, fortemente condizionata dal principio di maggioranza, a paragone con l’ideologia democratica.

Si è osservato al contrario che “Nonostante il distacco critico, Kelsen si sente l’esecutore testamentario e il realizzatore scientifico dei principi etico-politici fissati da colui che «è forse il più importante teorico della democrazia»”¹⁸. Ma a seguito di un’indagine approfondita si finisce pur sempre con il confermare che “il piano della praticabilità costituzionale appare a Kelsen quello più efficace da contrapporre all’enfaticizzazione del valore dell’uguaglianza di partecipazione, implicita nella dottrina della democrazia diretta”¹⁹.

Più di recente Luigi Ferrajoli ha rinvenuto nella teoria di Kelsen un’aporia tra il “fondamento assiologico da lui assegnato alla democrazia rappresentativa”, che avrebbe ripreso da Rousseau, e il ripiegamento “su di una fondazione quantitativa della democrazia politica quale massimizzazione della libertà politica assicurata dal principio di maggioranza”²⁰, col risultato che “l’immagine kelseniana della democrazia come massima concordanza tra volontà dei governanti e volontà dei governati – non diversamente da quella rousseauviana

¹⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 116.

¹⁷ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 71-72.

¹⁸ L. RIZZI, *Legittimità e democrazia*, cit., 127, con la già riportata citazione del passo kelseniano su Rousseau.

¹⁹ L. RIZZI, *Legittimità e democrazia*, cit., 151.

²⁰ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016, 218.

della democrazia come obbedienza alle sole leggi che ci siamo prescritte – è una tesi non solo irrealizzabile ma, peggio, realizzabile solo a costo di un'involuzione in senso disciplinare e di una sostanziale passivizzazione del corpo elettorale, che Kelsen per primo rifiuterebbe perché in contraddizione con la sua concezione conflittuale dei rapporti sociali e della stessa democrazia”²¹.

Si direbbe che il critico abbia voluto prima far dire a Kelsen quel che più gli aggradava, con una disinvolta equiparazione del suo pensiero a quello di Rousseau, e si sia quindi inopinatamente trovato alle prese con la difesa kelseniana del principio di maggioranza. L'aporia nasce dall'aver trascurato che per tutto il saggio Kelsen distingue la nozione ideale da quella reale di democrazia, e invita a diffidare dei “molti malintesi” derivanti dalla frequente mancata distinzione. Infatti, se la si ignora, non ci si avvede che la pretesa “immagine kelseniana della democrazia come massima concordanza tra volontà dei governanti e volontà dei governati” è solo una proiezione di chi ne parla, dal momento che Kelsen ragiona piuttosto del principio di maggioranza come massima approssimazione possibile all’“ideale originario” della concordanza di volontà tra governanti e governati.

Ma la più esplicita smentita della tesi di Ferrajoli si ricava da quanto Kelsen specifica o aggiunge al riguardo nel Capitolo ottavo, intitolato “La scelta dei capi”.

4. *La selezione dei capi*

L'affermazione di Kelsen che “L'idea di democrazia implica assenza di capi”²² viene ritenuta equivalente a “la tesi che la democrazia è incompatibile con l'esistenza di capi”²³, come se Kelsen affermasse che non solo l'idea ma la realtà democratica implica assenza di capi. Ancora una volta, si trascura la distinzione, e si trova un bersaglio per critiche immaginarie. La differenza è solo che l'affermazione predetta è posta a guisa di premessa del Capitolo ottavo, sicuramente scabroso per i sostenitori della continuità Rousseau-Kelsen, e da costoro infatti regolarmente rimosso dai resoconti del testo kelseniano.

²¹ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 223-224.

²² H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 128.

²³ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, cit., 213-214.

Dopo aver riferito l'assenza di capi all'"idea di democrazia", Kelsen così prosegue:

“Ma l'ideale di libertà della democrazia, l'assenza di dominio e, con ciò, di capi è irrealizzabile anche approssimativamente. La realtà sociale, infatti, è il dominio, l'esistenza di capi. Quello che ci si chiede, è semplicemente come si formi la volontà dominatrice, come si formi il capo. È caratteristico della democrazia, a questo proposito, non tanto che la volontà dominante sia la volontà del popolo, quanto che un ampio strato dei sottomessi all'ordine sociale, il maggior numero possibile di membri della collettività, partecipi al processo della formazione della volontà quantunque soltanto – almeno di regola – ad un certo stadio di questo processo, chiamato legislazione e solo con la creazione dell'organo legislativo”²⁴.

Da quanto detto Kelsen desume che la creazione di “numerosi capi diviene il problema centrale della democrazia reale – che, in opposizione alla sua ideologia, non è una collettività senza capi – la quale si distingue dall'autocrazia reale non tanto per l'assenza quanto, piuttosto, per il gran numero di capi. E così, un metodo particolare di selezione dei capi dalla collettività dei governati appare come elemento essenziale della democrazia reale. Questo metodo è l'elezione”²⁵. Kelsen non dubita che “attraverso l'elezione democratica, il capo viene promosso tale dalla collettività sociale dei governati, ma è titolato nel seno dei governati stessi al rango di capo. Quello che Max Weber chiama tanto opportunamente «autocefalia» è spiccatamente caratteristico della democrazia reale e la distingue da quella organizzazione politica che veniva chiamata autocrazia e che ora si preferisce chiamare dittatura”²⁶.

Secondo l'ideologia autocratica, prosegue, il capo “vale come un essere superiore, di origine divina, o circondato da un'aureola di poteri magici”, mentre “la realtà mostra l'usurpazione del potere, cioè una specie di autocreazione dell'organo che lo esercita”; invece

“La democrazia reale presenta l'immagine di un cambiamento dei capi più o meno rapido. [...] La razionalizzazione della funzione di capo, con le sue conseguenze (rappresentate dalla pubblicità, dalla

²⁴ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 128.

²⁵ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 132.

²⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 134.

critica, dalla responsabilità), l'idea della libera creazione dei capi, rendono impossibile che essi divengano amovibili. Ma, nella misura in cui essi lo divengono, l'ideologia della direzione esercitata dai capi subisce pure una trasformazione. [...] Per questo movimento che la caratterizza nettamente, la democrazia reale si distingue chiaramente dall'autocrazia ove possibilità d'ascesa non esistono o sono assai limitate, e ove i rapporti di dominio sono relativamente immutabili e rigidi. Il metodo specificamente democratico della scelta dei capi rappresenta dunque, paragonato all'autocrazia, un ampliamento essenziale del materiale a disposizione per la scelta, cioè del numero delle personalità concorrenti al posto di capo²⁷.

Il Capitolo ottavo non può più lasciare dubbi: non è l'assenza di capi a distinguere la democrazia dall'autocrazia, ma il metodo di designazione e il loro numero. Casomai, una certa discrasia può sorgere fra questi due indici di riconoscimento, almeno quando osserva che l'elezione diretta di un Presidente degli Stati Uniti, reso indipendente dal Parlamento, impedisce la formazione di una volontà nazionale e non rende “poi tanto grande la differenza fra l'autocrazia di un monarca ereditario legittimata con la formula della rappresentanza, e la pseudodemocrazia di un imperatore eletto”²⁸.

5. *I partiti politici e la democrazia quale metodo di selezione dei capi*

Sgombrato il campo da equivoci che tuttora gravano in Italia sull'opera kelseniana, rimane da verificare se il rapporto “ideale/ realtà” vi si risolva in una secca alternativa. La trattazione del principio di maggioranza basterebbero a smentirlo, se non altro perché l'iscrizione ad esso di una capacità trasformativa nel duplice senso che abbiamo visto – la metamorfosi dell'idea di libertà e il passaggio dal conflitto al compromesso fra maggioranza e minoranza – rivela sviluppi di pensiero assai più complessi. Ancora più significativo al riguardo è lo sguardo di Kelsen sui partiti politici, uno sguardo come vedremo non meramente realistico.

²⁷ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 136.

²⁸ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 131. La diffidenza dell'epoca di Weimar per la democrazia americana verrà comunque meno nella Berkeley degli anni Cinquanta: in H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia* (1955), in *La democrazia*, cit., 191 ss., scompare ogni critica al presidenzialismo americano.

Raccogliendo dati di esperienza sicuramente univoci, poteva affermare che

“Un’evoluzione irresistibile porta in tutte le democrazie ad un’organizzazione del «popolo» in partiti. Sarebbe anzi più esatto dire che, poiché in un primo momento non esiste un «popolo», come 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». Se le costituzioni delle repubbliche democratiche, ancora influenzate dalla monarchia costituzionale sia in questo punto che sotto altri aspetti, non riconoscono giuridicamente i partiti politici, ciò non può più testimoniare – come nella monarchia costituzionale – la volontà di impedire la realizzazione della democrazia, ma può risultare soltanto da una noncuranza dei fatti. Se la Costituzione consacra l’esistenza dei partiti politici, diventa pure possibile democratizzare, entro questa sfera, la formazione della volontà generale. Ciò è tanto più necessario in quanto, presumibilmente, è proprio la struttura amorfa di questi strati che favorisce il carattere nettamente aristocratico dei processi che si susseguono nella formazione della volontà comune. E ciò anche nell’ambito dei partiti aventi un programma ultrademocratico. La realtà della vita dei partiti, nella quale possono prender risalto personalità notevoli di capi più vigorosamente che nei limiti di una Costituzione democratica, questa vita dei partiti dunque, ove funziona ancora la cosiddetta «disciplina di partito», offre in genere all’individuo un’autonomia assai scarsa, mentre, nel rapporto tra i partiti, cioè nella sfera di formazione della volontà parlamentare, non si può pensare seriamente ad un’analogia disciplina di Stato”²⁹.

In nota Kelsen ascrive a Roberto Michels il merito di aver dimostrato il carattere oligarchico della vita interna dei partiti³⁰. Solo che Michels lo ritiene insuperabile: “L’evoluzione stessa rende irrisoria ogni misura profilattica che tenda ad ostacolare il formarsi dell’oligarchia. Se vi sono statuti o regolamenti destinati a porre argine al dominio dei duci, non saranno i duci, ma bensì le leggi a cedere, a poco a poco, il campo”³¹, laddove Kelsen ritiene “possibile”, e im-

²⁹ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 71.

³⁰ Il riferimento è a R. MICHELS, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna* (1912), Bologna, il Mulino, 1966.

³¹ R. MICHELS, *Democrazia formale e realtà oligarchica* (1909), in *Sociologia dei partiti politici. Le trasformazioni nelle democrazie rappresentative*, a cura di G. Sivini, Bologna, il Mulino, 1979, 194.

plicitamente auspicabile, “democratizzare, entro questa sfera, la formazione della volontà generale”.

La differenza fra i due è stata ben colta quando si è osservato che di fronte alla tendenza di Michels a dotare la descrizione sociologica “di una prospettiva di necessità che esaurisce nell’organizzazione elitaria tutte le potenzialità della teoria democratica”, la risposta kelseniana fa emergere “la funzione di contenimento etico che li richiamo al dover essere esercitata nei confronti dell’uso e dell’orientamento politici dell’analisi sociologica”³².

Kelsen fisserebbe in definitiva “la linea di ricerca della legalità democratica tra i due estremi etici e sociologici rispettivamente di Rousseau e di Michels”³³. Io credo ci sia qualcosa di più. Perché l’oligarchia interna dei partiti, che Michels ritiene frutto di una necessità insuperabile, diventa per Kelsen oggetto di proposte di correzione in senso democratico? Non gioca tanto, qui, la fiducia del giurista nell’adeguatezza degli strumenti del mestiere, quanto la consapevolezza della insostenibilità del lasciare la vita interna dei partiti in una “struttura amorfa” dopo averne riconosciuto la funzione indispensabile per l’organizzazione del consenso di grandi masse di cittadini. L’invito a regolare i processi di selezione dei capi nei partiti non è perciò solo logicamente coerente con la sua visione della democrazia. Diventa anche eticamente circostanziato.

6. *Democrazia e relativismo*

Che nel saggio kelseniano un filo robusto leghi l’analisi del funzionamento della democrazia ai suoi postulati etici, è confermato nell’ultimo capitolo, intitolato “Democrazia e concezioni della vita”³⁴.

Nei primi passi c’è addirittura una risposta anticipata ai tanti che lo accuseranno di privilegiare le forme al punto da mostrare indifferenza ai regimi politici. I democratici, spiega, tendono a porre la discussione politica in termini di alternativa fra democrazia e autocrazia, mentre i fautori di questo regime respingono la forma politica in secondo piano. Del resto la soluzione della forma politica potrebbe risolvere anche la questione del contenuto politico solo a

³² L. RIZZI, *Legittimità e democrazia*, cit., risp. 177 e 175.

³³ L. RIZZI, *Legittimità e democrazia*, cit., 179, (60).

³⁴ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 145-152.

patto di assumere con Rousseau che la minoranza si sbaglia sul vero contenuto della *volonté générale*. Ma se l'idea di un rapporto dell'autocrate con la Divinità “può ancora pretendere la fede del popolo, tale idea non può certo applicarsi al numero immenso di coloro che compongono la massa anonima, a chiunque”. Né si può “credere a quanto amaramente asserisce Ibsen, cioè che la maggioranza abbia sempre torto, che perciò il popolo sia assolutamente incapace di discernere ciò che sia giusto da ciò che non lo sia”³⁵.

Kelsen supera l'*impasse* con una mossa che rovescia il presupposto della contesa:

“La grande questione è... se esista una conoscenza della verità assoluta, una comprensione dei valori assoluti. Questa è la principale antitesi fra le filosofie del mondo e quelle della vita in cui si inserisce l'antitesi fra autocrazia e democrazia. La fiducia nell'esistenza della verità assoluta e di valori assoluti pone le basi di una concezione metafisica e, particolarmente, mistico-religiosa del mondo. Ma la negazione di questo principio, l'opinione che alla conoscenza umana siano accessibili soltanto verità relative, valori relativi e che, per conseguenza, ogni verità e ogni valore – così come l'individuo che li trova – debbano essere pronti, ad ogni istante, a ritirarsi per fare posto ad altri valori e ad altre verità, porta alla concezione del mondo del criticismo e del positivismo, intendendo con ciò quella direzione della filosofia e della scienza che parte dal positivismo, cioè dal dato, dal percettibile, dalla esperienza, e che può sempre cambiare e che cambia incessantemente e che rifiuta quindi l'idea di un assoluto trascendente a questa esperienza”³⁶.

Da un confronto così reimpostato diventa possibile desumere che la democrazia può vivere solo fuori da un appello a verità assolute:

“Perciò il relativismo è quella concezione del mondo che l'idea democratica suppone. La democrazia stima allo stesso modo la volontà politica di ognuno, come rispetta ugualmente ogni credo politico, ogni opinione politica di cui, anzi, la volontà politica è l'espressione... coloro che si appoggiano soltanto sulla verità terrestre, coloro per i quali la conoscenza umana assegna i fini sociali, possono giustificare l'uso inevitabile della costrizione per la realizzazione di questi

³⁵ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 146, dove si riferisce all'opera del drammaturgo norvegese Heinrich Ibsen *Un nemico del popolo* (1882).

³⁶ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 147-148.

scopi soltanto dietro consenso almeno della maggioranza di coloro a cui l'ordine costringitivo deve assicurare la felicità. E quest'ordine costringitivo deve essere organizzato in modo tale che anche la minoranza, la quale non è completamente nell'errore né assolutamente priva di diritti, possa in ogni momento divenire maggioranza³⁷.

Se la democrazia può prosperare solo a condizione di coltivare una concezione relativistica dei valori politici, la sua tenuta si lega a quella del pluralismo partitico. Affermazione che, all'epoca, equivaleva precisamente a un monito realistico contro le tentazioni totalitarie allora emergenti.

7. *L'eredità dell'opera*

Oggi possiamo considerare Kelsen l'aquila del costituzionalismo democratico. Prima e meglio di tanti altri, egli vide le possibilità e le compatibilità interne della democrazia intesa come uno degli assetti istituzionali del XX secolo, ben distante dalle suggestioni e dalle pretese che potevano ispirare l'ideologia democratica prima dell'avvento del suffragio universale e della formazione dei partiti politici organizzati.

Il pluralismo partitico, con le buone ragioni del rispetto reciproco per valori e addirittura concezioni del mondo differenti, è sempre stato solo uno dei principi fondativi del costituzionalismo post-totalitario, ma al tempo stesso ne è stata una condizione di pensabilità: e da lì, oltre che dall'istituto della giustizia costituzionale, anch'esso di matrice kelseniana, sono venuti fuori gli innesti più importanti e duraturi sul tronco dei risalenti principi di separazione dei poteri e di legalità.

Ma la teoria kelseniana comportava anche un invito a raffreddare le aspettative nella politica democratica: “La supposizione demagogica che tutti i cittadini siano ugualmente atti ad esercitare qualsiasi funzione politica finisce col ridursi alla semplice possibilità per i cittadini di esser resi atti ad esercitare ogni funzione politica. L'educazione alla democrazia diviene una delle principali esigenze della democrazia stessa³⁸. L'invito non sarà però mai raccolto in sede politica, probabilmente perché reputato in contrasto con (vere

³⁷ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 149-150.

³⁸ H. KELSEN, *Essenza e valore*, cit., 139.

o presunte) esigenze di ricerca del consenso popolare. E quel rifiuto non è forse pagato oggi, visto che la democrazia tende sempre più a venir riconosciuta e vissuta solo nel suo involucro formale?

Secondo Mario Losano “I testi di Kelsen sul parlamentarismo possono [...] essere riletti *anche* con lo sguardo rivolto alle difficoltà attuali della democrazia parlamentare e alle crescenti critiche lanciate da una destra sempre più radicale”³⁹. La democrazia rappresentativa appare oggi insidiata più sottilmente, anche se non meno pericolosamente, di un secolo fa. Le forze politiche e i leader che la minacciano non rinunciano alle elezioni né ai meccanismi della rappresentanza parlamentare: il bisogno di legittimazione popolare è troppo sentito, e il ricorso alla forza contro le istituzioni democratiche sarebbe troppo contrastato, per potervi rinunciare. Ma la riduzione del principio maggioritario alla regola del “chi vince prende tutto” svuota la democrazia dall’interno.

D’altra parte nessun leader dotato di una vocazione autocratica pretende oggi di incarnare valori assoluti. Rispetto alle grandi contrapposizioni fra concezioni del mondo, la vita politica si svolge su scala ridotta, con un uso ostentatamente strumentale delle istituzioni democratiche e con la sostituzione di immagini e proclami a progetti e visioni politiche di lungo periodo.

Essenza e valore della democrazia è opera lontana da questa doppiamente inedita prospettiva. Eppure meditare su di essa non è per questo meno utile. Ci indica le strade di un modello di pensiero tanto intransigente sui principi democratici quanto duttile nella ricognizione di andamenti e ricadute dei processi istituzionali, nonché capace di segnalare senza paura i punti in cui le acque del diritto costituzionale si confondono con quelle della teoria politica. Un testo di formazione per chi scrive, e oggetto di riletture stimulate dalla scoperta di elementi preziosi, incastonati fra le pieghe di un discorso di verità.

Abstracts

L’articolo ricostruisce la teoria della democrazia di Hans Kelsen, soprattutto là dove assume che il principio di maggioranza si può

³⁹ M.G. LOSANO, *Prefazione. Tra democrazia in crisi e corporativismo in ascesa: il primo libro italiano di Hans Kelsen*, in H. KELSEN, A. VOLPICELLI, *Parlamentarismo*, cit., 48.

conciliare col suffragio universale. Dato il contrasto ‘fra l’idea della libertà individuale e l’idea dell’ordine sociale’ la maggioranza assoluta rappresenta a suo avviso ‘la maggiore approssimazione possibile all’idea di libertà’. Il punto è che, al contrario di Rousseau, per lui non è l’eguaglianza ma la libertà il principio che può legittimare la regola della maggioranza. L’Autore si propone di dimostrare che la teoria kelseniana ha ancora molto da dire al costituzionalismo contemporaneo.

The article reconstructs Hans Kelsen’s theory of democracy, particularly where it assumes that the majority principle can be reconciled with universal suffrage. Given the contrast ‘between the idea of individual freedom and the idea of social order’, an absolute majority represents for Kelsen ‘the relatively greatest approximation to the idea of freedom’. The point is that, contrary to Rousseau, for him it is not equality but freedom the principle that can legitimize the majority rule. The Author seeks to demonstrate that the Kelsenian theory still has much to tell to contemporary constitutionalism.