

Democrazia come teoria. Impianto e questioni del pensiero democratico di Hans

Kelsen.

di

Giovanni Turco*

SOMMARIO: 1. I presupposti della democrazia – 2. Democrazia e diritto pubblico - 3. Democrazia e relativismo – 4. Relativismo, verità, democrazia

1. *I presupposti della democrazia*

1.1 In *Vom Wesen und Wert der Demokratie* Kelsen affronta tematicamente la questione dei caratteri distintivi della democrazia. L'interesse per il problema si prolunga tanto in una serie di altri scritti dedicati, quanto nelle grandi sistemazioni dottrinali¹. Le tesi e le argomentazioni che vi si incontrano, contribuiscono a delineare una elaborazione estesa ed articolata. I diversi testi sulla democrazia, lungi dall'escludersi o dal registrare invalicabili discontinuità², fanno emergere una

* Professore aggregato presso l'Università di Udine.

¹ Il giurista praghese si sofferma sulla nozione di democrazia, oltre che nei testi specificamente dedicati (e che saranno di seguito oggetto di riferimenti analitici), anche nei suoi classici testi dottrinali: H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, trad. it., *Dottrina generale dello Stato*, a cura di J. Luther e E. Daly, Giuffrè, Milano 2013, pp. 711-729, 760-763, 779-819; IDEM, *General Theory of Law and State*, trad. it., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano 1994, pp. 287-305; IDEM, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, trad. it. *Lineamenti di Teoria generale dello Stato*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 101-113. Altresì sul tema vanno segnalati particolarmente: IDEM, *Demokratie*, trad. it. *La democrazia*, in IDEM, *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1982, pp. 35; IDEM, *Demokratisierung der Verwaltung*, trad. it. *La democrazia nell'amministrazione*, in IDEM, *Il primato del parlamento*, cit., pp. 63-75; IDEM, *Zur Soziologie der Demokratie*, trad. it. *Sociologia della democrazia*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1991, pp. 27-50. La presente ricostruzione considererà in una visione d'insieme le diverse espressioni della trattazione kelseniana della democrazia.

² Va segnalato che già in *Vom Wesen und Wert der Demokratie* «primo saggio di Kelsen a forte impianto teorico sulla democrazia, sono presenti molti dei motivi che confluiranno, senza sostanziali modifiche e talora con identica forma, nelle opere successive» (R. DE CAPUA, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, Carocci, Roma 2003, p. 29). Ciò non impedisce di riconoscere

teorizzazione sostanzialmente omogenea nell'impostazione³ e, nel contempo, segnata da riprese ed integrazioni⁴. Ciascuna di queste merita attenzione, in una ricostruzione che intenda, restituendo a se medesimo tale universo di discorso, pensarla *ab intrinseco*.

Quanto alla democrazia, come in molti altri casi analoghi, il riferimento al termine non risulta per sé sufficiente ad indicarne il concetto. La ricorrenza del nome non indica necessariamente l'identità della nozione. La sua evocazione, invece di dirimere controversie, appare suscettibile di fomentarne ulteriori, a motivo delle svariate anfibologie cui esso può dar luogo. Il termine è stato adoperato (tra XIX e XX secolo) nel campo politico, più di ogni altro – osserva il giurista praghese – «per tutti gli scopi possibili e in tutte le possibili occasioni»⁵, fino ad assumere i significati più diversi e

che *Foundations of Democracy* non costituisce una semplice riproposizione di temi e di tesi antecedenti, ma colloca la questione della democrazia «all'interno del dibattito sul cognitivismo etico che domina in quegli anni gli studi angloamericani di (meta)etica» (M. BARBERIS, *Introduzione* a H. KELSEN, *La democrazia*, il Mulino, Bologna 1998, p. 28). Come è noto, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, *Foundations of Democracy* e *Das Problem des Parlamentarismus* costituiscono i classici e principali (ma non gli unici) testi kelseniani sulla democrazia.

³ A riguardo è stato osservato che «l'espatrio da Vienna, le peregrinazioni continentali, l'approdo definitivo negli Stati Uniti d'America non hanno inciso se non in misura marginale sulla concezione della democrazia quale fu esposta dal Kelsen nel saggio *Vom Wesen und Wert der Demokratie*» (G. GAVAZZI, *Introduzione* a H. KELSEN, *La democrazia*, il Mulino, Bologna 1981, p. 15). Analogamente può essere rilevato che «vi fu una sostanziale continuità di temi e di posizioni nell'"officina" democratica di Kelsen. Se i tentativi di periodizzazione del pensiero kelseniano valgono per il Kelsen teorico del diritto [...] essi hanno poco senso per il Kelsen teorico della politica» (D. RAGAZZONI, *Il Leviatano democratico. Parlamento, partiti e capi tra Weber e Kelsen*, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 2016, p. 133; cfr. anche *ivi*, pp. 157-158). Talché è possibile segnalare che i classici testi kelseniani sulla democrazia «presentano una profonda unità d'ispirazione etico-politica» (R. DE CAPUA, *op. cit.*, p. 45), sebbene vada registrata la variazione del panorama degli interlocutori di Kelsen nel dibattito sulla democrazia (cfr. *ivi*, p. 26). Senza trascurare la acquisita distinzione tra (tre) distinte fasi (o periodi) della riflessione (e produzione) kelseniana relativamente alla teoria del diritto e dell'ordinamento (cfr. E. BULYGIN, *Norme, validità e sistemi normativi*, Giappichelli, Torino 1995, pp. 189-211).

⁴ Tra la prima e la seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* non mancano variazioni. Quanto a queste, è stato rilevato che «le principali differenze tra le due opere dedicate alla democrazia sono connesse con l'interesse di Kelsen per il sistema democratico-parlamentare, che risulta più esplicito e maturo nella seconda, così come la correlazione fra libertà e democrazia, la dicotomia democrazia e autocrazia e la critica al concetto di sovranità e rappresentanza, che accomunano le due edizioni del saggio, sono sviluppate in modo organico solo in quella del '29» [S. LAGI, *La democrazia di Hans Kelsen*, «Il Pensiero politico. Rivista di Storia delle Idee Politiche e Sociali», XXXVI (2003), 2, p. 242]. Cfr. R. DE CAPUA, *op. cit.*, cit., p. 30.

⁵ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, in IDEM, *La democrazia*, cit., p. 37.

contrastanti⁶. Talché la questione semantica palesa l'esigenza di approfondimenti teorico-istituzionali, ed ancor più filosofico-giuridico-politici⁷.

Tra le diverse visuali secondo le quali si configurano le definizioni della democrazia⁸, Kelsen fa propria quella moderna, derivata dalla rivoluzione americana e

⁶ È emblematico il fatto che nel dibattito tra Hans Kelsen e Arnaldo Volpicelli, entrambi, pur su posizioni profondamente distanti, si richiamino alla democrazia, valutandola positivamente, ma la intendano in modo notevolmente diverso. Sulla questione si rinvia a M. G. LOSANO, *Tra democrazia in crisi e corporativismo in ascesa: il primo libro italiano di Hans Kelsen*, in H. KELSEN - A. VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, Aragno, Torino 2012, pp. 7-78 (particolarmente p. 50).

⁷ Sul problema della democrazia nel pensiero di Hans Kelsen, possono essere considerati particolarmente i seguenti contributi analitici: R. HORNEFFER, *Hans Kelsens Lehre von der Demokratie, Ein Beitrag zur Kritik der Demokratie*, Stenger, Erfurt 1926; N. MATTEUCCI, *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, in H. KELSEN, *Democrazia e cultura*, il Mulino, Bologna 1955, pp. 5-25; R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito sulla democrazia e il parlamentarismo negli anni '20 e '30*, in H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, Giuffrè, Milano 1973, pp. IX-CLV; G. GAVAZZI, *Introduzione a H. KELSEN, La democrazia*, il Mulino, Bologna 1981⁴, pp. 7-31; W. KRAWIETZ - E. TOPITSCH - P. KOLLER (a cura di), *Ideologiekritik und Demokratie-Theorie bei Hans Kelsen*, Duncker & Humblot, Berlin 1982; H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Nomos, Baden-Baden 1986; L. RIZZI, *Legittimità e democrazia. Studio sulla teoria politica di Hans Kelsen*, Giuffrè, Milano 1990; A. CARRINO, *Scienza e democrazia. Il decisionismo critico di Hans Kelsen*, in H. KELSEN, *Sociologia della democrazia*, cit., pp. 5-23; G. PECORA, *La democrazia di Hans Kelsen. Una analisi critica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992; M. BARBERIS, *Introduzione a H. KELSEN, La democrazia*, cit., pp. 5-30; R. C. VAN OUYEN, *Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie*, Duncker & Humblot, Berlin 2003; R. DE CAPUA, *Hans Kelsen e il problema della democrazia*, cit.; S. LAGI, *La democrazia di Hans Kelsen: tra procedura ed etica*, cit., pp. 239-272; A. SCALONE, *Omogeneità politica e pluralismo conflittuale: il concetto di democrazia in Carl Schmitt e Hans Kelsen*, in G. DUSO (a cura di), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Carocci, Roma 2004; M. CASERTA, *La forma e l'identità. Democrazia e Costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Giappichelli, Torino 2005; G. MARGIOTTA, *La recezione di Kelsen nel dibattito italiano sulla democrazia costituzionale 1950-1980*, Le Lettere, Firenze 2005; F. MASTROMARTINO, *La democrazia contesa: garanzia ed esecuzione della Costituzione in Carl Schmitt e Hans Kelsen*, in «L'Acropoli», VIII (2007), 6, pp. 685-700; C. SCHLÜTER-KNAUER, *Die kontroverse Demokratie: Carl Schmitt und Hans Kelsen mit und gegen Ferdinand Tönnies*, in U. CARSTENS, *Verfassung, Verfasstheit, Konstitution*, Books-on-Demand, Norderstedt 2008, pp. 41-86; S. LAGI, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920): le origini di Essenza e valore della democrazia*, Name, Genova 2008; G. DE ANGELIS, *Ideals and Institutions: Hans Kelsen's Political Theory*, in «History of Political Thought», XXX (2009), 3, pp. 524-546; H. DREIER, *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010; O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen. Forme du droit et politique de l'autonomie*, Presses Universitaires de France, Paris 2010; S. BAUME, *Hans Kelsen and the Case of Democracy*, ECPR Press, Colchester 2012; M. G. LOSANO, *Tra democrazia in crisi e corporativismo in ascesa: il primo libro italiano di Hans Kelsen*, in H. KELSEN - A. VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, cit.; D. RAGAZZONI, *Il Leviatano democratico. Parlamento, partiti e capi tra Weber e Kelsen*, cit..

⁸ Sul tema la letteratura critica è molto ampia. Tra i contributi di inquadramento possono essere segnalati: G. SARTORI, *Democrazia e definizioni*, il Mulino, Bologna 1976⁴; N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino 1984; G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano 1993; G. DUSO, *Genesis e aporie dei concetti della democrazia moderna*, in IDEM (a cura di), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Carocci, Roma 2004, pp. 241-269; C. ALTINI (a cura di), *Democrazia*.

da quella francese⁹, nonché modellata dal liberalismo¹⁰. In tal senso, la democrazia si presenta non come forma di governo, ma come fondamento del governo¹¹.

Per il teorico della dottrina pura del diritto, alla base della democrazia vi sono la libertà e l'uguaglianza quali postulati teorici¹². Si tratta della libertà e dell'uguaglianza «dell'individuo»¹³. Il loro modulo simbolico si quintessenzia nel trinomio della Rivoluzione francese¹⁴. Entrambe le nozioni, recepite nella linea della modernità, emergono con connotazioni (logicamente) negative¹⁵. Esse, cioè, si definiscono per ciò che escludono, ovvero essenzialmente in quanto negazioni¹⁶. In questo contesto, si può osservare che sia la libertà sia l'uguaglianza vengono assunte senza porne in questione la natura ed il fondamento.

Si tratta, quindi, della “libertà negativa” e della “uguaglianza negativa”, ovvero di una libertà e di un'uguaglianza che, proprio in quanto presumono coincidente il proprio criterio col proprio attuarsi, escludono qualsivoglia determinazione valutativa che le trascenda e qualsiasi normatività del contenuto, considerate entrambe (per se stesse) una limitazione. Come ribadito in *Foundations of Democracy*, entrambe si presentano essenzialmente quali (nozioni e prassi) oppositive ed esclusive¹⁷.

Alle origini della nozione di libertà – basilare per la democrazia¹⁸ – vi sarebbe «la reazione contro la costrizione risultante dallo stato di società»¹⁹. La “protesta” che vi

Storia e teoria di un'esperienza filosofica e politica, il Mulino, Bologna 2011; A. PIZZORNO (a cura di), *La democrazia di fronte allo Stato. Una discussione sulle difficoltà della politica moderna*, Feltrinelli, Milano 2010; L. BAZZICALUPO (a cura di), *Crisi della democrazia*, Mimesis, Milano 2014.

⁹ Cfr. H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, trad. it. *I fondamenti della democrazia*, in IDEM, *La democrazia*, cit., p. 183.

¹⁰ Cfr. *ivi*, p. 187. Donde la tendenza a «ridurre il potere del governo nell'interesse della libertà dell'individuo» (*ibidem*).

¹¹ Cfr. D. CASTELLANO, *L'ordine della politica. Saggi sul fondamento e sulle forme del politico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, pp. 91-132.

¹² «Il problema della democrazia non è quello del governo più efficiente; altre forme possono ben esserlo di più. Esso invece è il problema di un governo che garantisca la maggiore libertà individuale possibile» (H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 247).

¹³ *Ivi*, p. 268.

¹⁴ Cfr. *ivi*, p. 244.

¹⁵ Cfr. IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., pp. 39-40. «L'idea assolutamente negativa e a profonde radici antieristiche di uguaglianza si mette al servizio di un'altrettanto negativa esigenza di libertà» (*ivi*, p. 39).

¹⁶ L'uguaglianza è intesa «in senso del tutto negativo, formale e secondario» (*ivi*, p. 133).

¹⁷ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., pp. 218-219.

¹⁸ La nozione attivistica della libertà è considerata «principio fondamentale della democrazia» (IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 50).

soggiace è ritenuta “naturale”²⁰. Donde si può inferire che l’individuo sia per se stesso “ribelle” ed antisociale²¹. Ogni legame sociale è reputato, infatti, una «negazione di libertà»²², come si esprime la *Allgemeine Staatslehre*. Tale “istinto primordiale” – riguardo al quale non è fornito, però, alcun dato probativo – costituisce un postulato che si condensa nella negazione stessa della socialità. La libertà, intesa come per se stessa antieteronoma, si congiunge, con l’analoga tensione antigerarchica all’uguaglianza. Insieme escludono, perciò, ogni vincolo interiore di obbedienza.

1.2 In se medesima, la nozione di libertà viene intesa da Kelsen come autodeterminazione assoluta. Nel mentre l’uguaglianza corrisponde alla «uguaglianza formale della libertà»²³. Tuttavia la libertà non equivale alla “libertà metafisica”, ovvero alla libertà che qualifica la volontà umana, che è ritenuta, invece, una «idea illusoria»²⁴. La prima è ben diversa dalla seconda. Quella non è il riconoscimento del dato espresso da questa²⁵. Infatti l’agire umano, per se stesso, come “fenomeno naturale” sarebbe «determinato dalle leggi di causalità»²⁶, mentre risulterebbe libero come “fenomeno sociale”, in quanto le conseguenze del comportamento vengono imputate all’individuo considerato responsabile di questo, come agente (sotto il profilo dell’effettività).

¹⁹ *Ivi*, p. 39.

²⁰ La teoria kelseniana della democrazia presuppone una concezione della libertà come pulsione originaria dell’individuo (cfr. D. RAGAZZONI, *op. cit.*, p. 170), la quale trova un precedente nella analoga tesi kantiana secondo la quale la libertà «è la più violenta di tutte le passioni dell’uomo in stato di natura» (I. KANT, *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht abgefasst*, trad. it. *Antropologia dal punto di vista pragmatico*, in IDEM, *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, I rist., Torino, UTET, 1980, p. 690).

²¹ Dall’interiorità di ciascuno – secondo Kelsen – «proviene pure quell’istinto primitivo antistatale che spinge l’individuo contro la società» (H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 41).

²² IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 714.

²³ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 133.

²⁴ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 221.

²⁵ Analogamente, per Kelsen, la persona costituisce non un dato che l’ordinamento riconosce come tale, ma un risultato della norma: «Bisogna sottolineare con forza che è a discrezione della norma conferire la qualità di persona o di volontà al singolo essere umano» (IDEM, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, p. 185).

²⁶ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 222.

La libertà quale assoluta autodeterminazione costituisce una tesi ideologica²⁷ – come emerge in *Das Problem des Parlamentarismus*²⁸ – che Kelsen ammette essere tale, eppure pone quale premessa della teorizzazione della democrazia. Proprio perché ideologica²⁹, però, essa non può trovare piena attuazione in alcun sistema giuridico-politico. Anzi, a parere dello stesso giurista praghese, risulta incompatibile con qualsivoglia legame sociale³⁰.

Pertanto, tra la libertà come autodeterminazione assoluta e l'ordinamento vi è esclusione reciproca³¹. A rigore, tale concezione della libertà può essere (pienamente) compatibile solo con l'assenza di vita civile, ovvero con una totale anomia (ed anarchia)³². Sarebbe compatibile solo con un ipotetico stato di natura. In questa visuale, infatti, coerentemente, «l'idea di democrazia implica assenza di capi»³³ e la nozione di libertà richiede «l'assenza di dominio»³⁴.

²⁷ Per Kelsen l'ideologia «pretende di interpretare [...] fattispecie reali ma, in realtà le nasconde» (IDEM, *Zur Soziologie der Demokratie*, trad. it. *Sociologia della democrazia*, in IDEM, *Sociologia della democrazia*, cit., p. 27). Essa risulta, quindi, una rappresentazione funzionale ad obiettivi prassiologici. Donde una tensione tra realtà ed ideologia (cfr. IDEM, *Demokratie*, trad. it. *La democrazia*, in IDEM, *Il primato del parlamento*, cit., p. 5).

²⁸ Cfr. IDEM, *Das Problem des Parlamentarismus*, trad. it. *Il problema del parlamentarismo*, in IDEM, *La democrazia*, cit., p. 170. Vi è, però, da segnalare che altrove Kelsen qualifica la teoria che corrisponde al "tipo intellettuale democratico" come «antiideologica» (IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 250), pur se nel medesimo testo fa riferimento alle «ideologie democratiche» (*ivi*, p. 242).

²⁹ A riguardo è stato evidenziato che «radicati ancora nelle idee-guida della Rivoluzione francese [...] i testi kelseniani esplicitano e articolano come pochi altri quell'insieme di credenze e di valori – l'ideologia liberaldemocratica, appunto – che dopo il 1989 ha finito per rappresentare poco meno che il senso comune politico dell'Occidente» (M. BARBERIS, *op. cit.*, p. 7).

³⁰ Kelsen assume, aporematicamente, come evidente «l'insolubile conflitto che oppone l'idea della libertà individuale a quella di un ordine sociale» (H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 43).

³¹ La nozione di libertà così postulata porta «nella sua più profonda essenza alla negazione di tutto ciò che è sociale e perciò politico» (IDEM, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., p. 149).

³² Così intesa, la nozione di libertà rivela una originaria tendenza anarchica (cfr. IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 113).

³³ *Ivi*, p. 120. La medesima tesi viene esplicitata formalmente, asserendo che «nella democrazia ideale non c'è posto per una natura di capo» (*ibidem*), al punto che in una democrazia neppure sarebbe concepibile un vertice dello Stato rappresentato da un singolo uomo, ovvero da un presidente della repubblica (cfr. IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 803). Ciò, sebbene, la democrazia istituzionalmente realizzata faccia registrare la presenza di un «gran numero di capi» (IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 124), in specie con funzione limitata all'esecuzione delle leggi (cfr. *ivi*, p. 120).

³⁴ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 120.

Presupposte naturalisticamente, ovvero assimilate all'immediatezza del sentire, libertà ed uguaglianza, risulterebbe impossibile qualsiasi vita sociale, in quanto, secondo Kelsen, la realtà sociale si identifica con il dominio³⁵. Questo è incompatibile con la condizione nella quale ciascuna libertà sia principio, contenuto e termine di se medesima³⁶. Perciò una democrazia nella quale la libertà sia intesa come «l'assenza di dominio e quindi di capi, non è nemmeno approssimativamente realizzabile»³⁷. Talché in presenza dell'ordinamento giuridico-politico la stessa autodeterminazione assoluta non può che risultare una finzione³⁸.

Per Kelsen libertà ed uguaglianza non si oppongono, come invece accade secondo la linea di faglia che si registra fin dalle loro originarie teorizzazioni illuministiche. Piuttosto «l'ideologia politica [democratica] non rinuncia ad unire la libertà con l'uguaglianza»³⁹. La nozione di democrazia ne costituisce una «sintesi»⁴⁰, nella quale però la libertà è intesa come «fattore primario»⁴¹ e l'uguaglianza come «fattore secondario»⁴². Nondimeno il teorico della dottrina pura avverte la difficoltà di assumere, contestualmente, come coprincipi della democrazia tanto la libertà quanto l'uguaglianza. Nella relazione tra libertà ed uguaglianza⁴³ – sempre problematica nel contesto del pensiero moderno – l'impianto kelseniano ritiene che entrambe vadano tenute insieme, sulla premessa della necessità di limitazione della libertà a vantaggio della persistenza dell'uguaglianza, quantunque il primato spetti alla libertà⁴⁴.

³⁵ Cfr. IDEM, *Zur Soziologie der Demokratie*, cit., p. 33.

³⁶ È stato osservato, infatti, che «l'idea della democrazia e l'ordinamento dello Stato presentano due istanze contrapposte ed antitetiche: mentre questo si fonda su di un vincolo di "coazione", quella si regge sul principio dell'autonomia individuale» (L. RIZZI, *op. cit.*, p. 101).

³⁷ H. KELSEN, *Zur Soziologie der Demokratie*, cit., p. 33.

³⁸ Cfr. D. RAGAZZONI, *op. cit.*, pp. 150-152.

³⁹ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 40.

⁴⁰ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 233.

⁴¹ *Ivi*, p. 287. Pertanto «il principio fondamentale della democrazia kelseniana è, dunque, la libertà e non l'eguaglianza» (R. DE CAPUA, *op. cit.*, p. 106). Nel suo complesso ne emerge, complessivamente, «una concezione liberale della democrazia» [*ivi*, p. 107 (corsivo dell'A.)], onde la democrazia presuppone il liberalismo (cfr. *ivi*, p. 109).

⁴² H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 287.

⁴³ Kelsen ammette esplicitamente che «senza dubbio vi è un aperto conflitto tra libertà assoluta ed uguaglianza» (*ivi*, cit., p. 218).

⁴⁴ Cfr. IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 133. Così, il «desiderio di libertà è modificato dal suo senso di uguaglianza» (IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 234) proprio della personalità democratica.

In rapporto all'ideologia democratica, la nozione di uguaglianza non ha una connotazione primaria, ma un rilievo «negativo, formale, secondario»⁴⁵. La libertà è il *prius*. La limitazione della libertà (quindi, l'essere – almeno parzialmente – dominati) appare come lo scotto da sopportare per rendere effettiva l'uguaglianza⁴⁶. In questa prospettiva, l'uguaglianza (geometrica) è condizione di esercizio della libertà (come autodeterminazione), ed al contempo la libertà costituisce la ragion d'essere dell'uguaglianza⁴⁷. Si tratta dell'uguaglianza della libertà e nella libertà, che si traduce nell'uguale partecipazione alla formazione della volontà statale e nell'uguaglianza dei diritti costituzionali⁴⁸.

1.3 Date tali premesse, la nozione di libertà può risultare compatibile con una forma di organizzazione statale solo a condizione di trovare una sua positivizzazione, ovvero di assumere un qualche determinato contenuto⁴⁹. Tale è quello che si condensa nell'effettività del potere che deriva dalla libertà stessa, o meglio nella sottomissione al potere-volere – quindi alle sue concrezioni normative – che la libertà-volontà dell'individuo ha concorso a formare⁵⁰, mediante la «partecipazione dell'individuo al potere dello Stato»⁵¹. In tal senso, lo Stato stesso – secondo una efficace espressione – si fa «produttore di libertà»⁵². Donde la traduzione dell'autodeterminazione democratica nell'autoproduzione dell'ordinamento, stante, comunque, l'essenziale coattività del diritto «in quanto *potere* degli organi dello Stato»⁵³.

La libertà positiva – “politica” o “democratica” – consiste nella partecipazione, piuttosto che al governo, «alla creazione ed applicazione [...] dell'ordinamento

⁴⁵ H. KELSEN, *Demokratie*, cit., p. 32.

⁴⁶ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 219.

⁴⁷ L'uguaglianza, in definitiva, è fatta consistere in una uguale «pretesa alla libertà» (IDEM, *General Theory of Law and State*, cit., p. 292). In tal senso, tutti devono essere «ugualmente liberi» (IDEM, *Demokratie*, cit., p. 32).

⁴⁸ Non si tratta, quindi, dell'uguaglianza “sostanziale”, ovvero economico-sociale.

⁴⁹ «Se noi dobbiamo essere comandati, lo vogliamo essere da noi stessi. È politicamente libero chi è sottomesso, sì, ma alla volontà propria, non alla volontà esterna» (H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 40).

⁵⁰ Ai tratta della libertà concepita «come autodeterminazione politica del cittadino, come partecipazione del cittadino stesso alla formazione della volontà direttiva nello Stato» (*ivi*, p. 41).

⁵¹ *Ivi*, p. 46.

⁵² L. RIZZI, *op. cit.*, p. 119.

⁵³ *Ivi*, p. 124 (corsivo dell'A.).

coercitivo»⁵⁴. Tale partecipazione è identificata con l'autodeterminazione (e l'autonomia) dell'individuo. Questa semantizzazione della libertà, però, non collima con quella – pure kelseniana – secondo la quale «un individuo è libero se ciò che egli “deve” fare secondo l'ordinamento sociale coincide con ciò che egli “vuole” fare»⁵⁵, giacché la legge creata democraticamente potrebbe non essere identica al contenuto del volere in atto di qualcuno di coloro i quali ad essa sono sottoposti. Infatti, altro è partecipare alla formazione della volontà statale, altro è che questa coincida con la volontà di ciascun cittadino.

La soluzione a tale distonia viene stabilita convenzionalmente, assumendo che la “armonia” tra la volontà dell'individuo e quella dello Stato è garantita dalla partecipazione di quello alla creazione dell'ordinamento, ed infine – in termini di “maggiore approssimazione possibile” – dall'accordo tra il contenuto dell'ordinamento e la volontà della maggioranza di quanti vi sono sottoposti. Così la metamorfosi semantica della nozione di libertà, riconduce questa ad una «approssimazione all'idea originaria»⁵⁶. Nella realtà, però, tale assunzione convenzionale non immunizza dalla possibilità della difformità tra il volere in atto di chi ha pur partecipato al processo decisionale – anche facendo parte della maggioranza ed in seguito ad un mutamento di opinione – e l'esito di questo⁵⁷.

Accanto a questa forma di libertà “politica” resta una libertà negativa positivizzata, consistente nelle esenzioni (dalla coercizione) fissate dai diritti costituzionali⁵⁸, secondo quanto da questi effettivamente disposto. È da notare che, per Kelsen, tale positivizzazione ha, dichiaratamente, un carattere relativo⁵⁹, plurale, e formale⁶⁰. In

⁵⁴ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 341. Kelsen associa, senza precisare, partecipazione al governo e partecipazione al potere legislativo.

⁵⁵ IDEM, *General Theory of Law and State*, cit., p. 289. Così, «dalla libertà dell'anarchia si passa alla libertà della democrazia» [IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 716 (corsivo dell'A.)].

⁵⁶ IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 717. Kelsen precisa: «che si parli ancora di autodeterminazione e del fatto che, nel momento in cui vige la volontà della maggioranza, ciascuno è soggetto solo alla propria volontà, questo è un ulteriore passo nella metamorfosi dell'idea di libertà» (*ibidem*).

⁵⁷ Kelsen stesso lo ammette, riconoscendo che «è completamente superfluo un ordinamento normativo che regoli il comportamento reciproco degli individui, se è escluso a priori ogni conflitto fra l'ordinamento ed i suoi soggetti» (IDEM, *General Theory of Law and State*, cit., p. 291). Cfr. anche IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 717.

⁵⁸ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 342.

⁵⁹ Secondo il giurista praghese, «la libertà sotto un aspetto può essere garantita dalla soppressione della libertà sotto un altro aspetto e viceversa» (*ivi*, p. 358).

ogni caso, rispetto alle diverse determinazioni della democrazia, a questa risulta essenziale non la libertà economica (che potrebbe essere limitata o soppressa) ma la libertà intellettuale (cioè quella religiosa, scientifica e di stampa)⁶¹.

A sua volta, l'uguaglianza positivizzata si condensa nella semantica dell'uguale «valore politico»⁶² e dell'uguale «pretesa alla libertà»⁶³. Ciò, sebbene tale mutamento di significato (giuridico-politico) della libertà e dell'uguaglianza, passate da “naturali” a “politiche”, non sia da intendersi – nella teorizzazione kelseniana – come connotato da piena compiutezza⁶⁴.

Su tali premesse, il potere democratico troverebbe il suo *favor* ad essere obbedito in base all'assunto secondo il quale «la legge alla quale ci si deve sottomettere è stata decisa in parte da un individuo che abbiamo eletto»⁶⁵. Nondimeno il potere democratico resta un potere – come tale coincidente con la sua effettività – rispetto al quale il politico o l'economico è solo il «mezzo»⁶⁶ mediante il quale si ottiene di indurre altri a «conformarsi alla propria volontà»⁶⁷ (quella, appunto, di chi detiene il potere). Sicché la democrazia potrebbe giungere (coerentemente) a limitare la libertà individuale, ovvero ad estendere (illimitatamente) il potere dello Stato, «purché tale potere statale fosse creato dagli individui ad esso sottomessi»⁶⁸.

⁶⁰ Cfr. *ivi*, p. 359.

⁶¹ Cfr. *ivi*, p. 354. Ciononostante Kelsen scrive che «non è possibile separare la sfera economica della vita umana dalle altre» (*ivi*, p. 355).

⁶² *Ivi*, p. 233.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ «La trasformazione dell'idea di libertà naturale [...] nell'idea di libertà politica [...] non implica il completo abbandono della prima» (*ivi*, p. 237).

⁶⁵ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 106. Alla propensione ad obbedire alla legge in un regime democratico basterebbe almeno che il deputato, che il cittadino ha eletto, abbia «contribuito più o meno a determinarne il contenuto» (*ibidem*).

⁶⁶ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 334.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 106. «L'ideale democratico, se è ritenuto soddisfatto nella misura in cui gli individui sottomessi all'ordine dello Stato partecipano alla creazione di questo ordine stesso, sarà indipendente dalla misura nella quale quest'ordine dello Stato abbraccia gli individui che lo creano, vale a dire indipendentemente dal grado fino al quale riduce la loro “libertà”. 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 esso sottomessi. E la storia insegna che il potere democratico non tende ad espandersi meno di quello autocratico» (*ibidem*).

Perciò la democrazia non costituisce il regime nel quale libertà individuale e comando giuridico-politico coincidono, o dove l'esecuzione del comando sia condizionato al consenso dell'individuo, giacché allora «l'ordine perde ogni senso sociale»⁶⁹. Piuttosto essa è teorizzata – nella visuale kelseniana – come il regime che «si accontenta delle decisioni prese dalla maggioranza»⁷⁰. Dove, cioè, la maggior parte di coloro i quali sono sottomessi alla legge ha partecipato al processo di formazione della volontà che la legge esprime ed attua, e di converso nel quale il minor numero di individui è semplicemente sottomesso alla coercizione stabilita dalla legge.

1.4 Quanto all'ordinamento democratico, il principio di maggioranza è affermato come legittimante in una prospettiva essenzialmente convenzionale-procedurale. Esso, adottando come postulati l'uguaglianza (degli individui) e la libertà (come autodeterminazione)⁷¹ – e derivando dalla nozione di libertà piuttosto che da quella di uguaglianza⁷² – garantisce che il più ampio numero di cittadini (ma non la totalità di essi) obbedisca al proprio volere o almeno ad un volere che essi hanno concorso a formare, e perciò siano da considerarsi liberi (secondo la semantica della libertà democratica). Talché la democrazia è stata indicata come «l'autogoverno della maggioranza dei cittadini»⁷³.

In questa prospettiva il postulato della libertà individuale è surrogato dalla «libertà della collettività»⁷⁴, o meglio della “persona anonima dello Stato”. Il mutamento è

⁶⁹ *Ivi*, p. 43.

⁷⁰ *Ibidem*. Rispetto a tali deliberazioni (della maggioranza) lo stesso principio del “rule of law” «non limita il potere legislativo [...] e non limita quindi il grado fino al quale il comportamento umano può essere regolato da tali norme. Di conseguenza, il principio del “rule of law” non garantisce la libertà dell'individuo ma solo la possibilità di prevedere, fino ad un certo limite, l'attività degli organi amministrativi e giudiziari chiamati ad applicare la legge » (IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 346).

⁷¹ In questa prospettiva «la maggioranza presuppone, per definizione, l'esistenza della minoranza e, di conseguenza, il diritto della maggioranza presuppone l'esistenza della minoranza» (R. DE CAPUA, *op. cit.*, p. 90).

⁷² Cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 718-719. In definitiva «soltanto l'idea che, se non tutti, deve comunque essere libera la maggior parte degli uomini [...] conduce, su una via razionale, al principio di maggioranza» (*ivi*, p. 719).

⁷³ R. DE CAPUA, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁴ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 47.

sostanziale: la prima cede il passo alla seconda⁷⁵, anzi ne è assorbita. A cambiare è il “soggetto del dominio”, non una sua modalità. La “conversione dalla libertà liberale alla libertà democratica”⁷⁶ comporta una ridefinizione della stessa sostanza della libertà. La libertà come potere si condensa nel potere come libertà⁷⁷. Sicché a mutare è il soggetto stesso della libertà: non più l’individuo (astrattamente preso) ma lo Stato⁷⁸.

La libertà del cittadino non è la libertà dell’individuo: la prima trova i suoi contenuti in quelli derivanti dalla procedura della decisione con la quale viene formata la volontà statale; mentre i contenuti della seconda possono essere più i più diversi, anche in vigenza della democrazia⁷⁹. Il cittadino è libero nell’unità che lo lega alla collettività, e sulla premessa dell’atto con il quale contribuisce (in modo proceduralmente regolato) a produrre l’ordinamento⁸⁰. La libertà democratica assume un significato inconfondibile: si trasforma in «principio di formazione della volontà sociale attraverso la maggioranza dei sudditi»⁸¹.

⁷⁵ «La libertà dell’individuo, che in fondo non può essere salvata, gradualmente si ritira dietro le quinte, mentre in primo piano si pone la *libertà del collettivo sociale*» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 722; corsivo dell’A.).

⁷⁶ È stato osservato che «la conversione della libertà liberale in libertà democratica non riguarda nel caso di Kelsen solo una estensione universale ma *formalistica* dei diritti politici, comporta invece la ridefinizione della loro natura» [L. RIZZI, *op. cit.*, p. 265 (corsivo dell’A.)]. A parere di chi scrive tale ridefinizione presuppone, ancor prima, la ridefinizione della stessa nozione di libertà.

⁷⁷ Infatti «il potere che si costituisce attraverso le procedure dell’ordinamento giuridico, non ha limiti se non quelli che esso stesso si dà nelle scelte politiche» (*ivi*, p. 272).

⁷⁸ Kelsen non esita a concludere che «l’individuo, nella misura in cui deve obbedire all’ordinamento statale, non è libero. Mutando il soggetto del dominio, muta anche il soggetto della libertà» (*ibidem*).

⁷⁹ Come è stato osservato «lo stesso principio di libertà può risultare macroscopicamente compresso anche in regime di democrazia, in quanto che l’ideale democratico, nella misura in cui realizza la partecipazione degli individui sottomessi 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» (M. CASERTA, *op. cit.*, p. 7). Donde l’affiorare di una domanda sostanziale: «Avrebbe senso affermare che il principio di autodeterminazione, e dunque la forma democratica, sono stati fatti salvi perché la restrizione di tutte le libertà è stata votata a maggioranza?» (*ivi*, p. 30).

⁸⁰ Così «l’individuo nel momento in cui produce, *in unione organica con altri individui*, l’ordinamento statale, è “libero” proprio in quest’unione e solo in quest’unione» [H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 722 (corsivo dell’A.)].

⁸¹ IDEM, *Zur Soziologie der Demokratie*, cit., p. 28.

Tale è, appunto, la “libertà del cittadino”⁸². Questi è «semplice elemento di un tutto»⁸³, anzi propriamente di un intero. Il cittadino trova la sua libertà “nello Stato”⁸⁴. Il cittadino libero è tale in quanto appartiene ad uno “Stato libero”⁸⁵. L’autodeterminazione da individuale diviene autodeterminazione politica⁸⁶, con quanto ne consegue sotto il profilo giuridico-politico⁸⁷. Talché Kelsen diagnostica, con sguardo disincantato, che «l’individuo è libero solo nel momento in cui esprime il suo voto, ed anche allora solo nel caso in cui vota con la maggioranza»⁸⁸.

In questo quadro, la libertà come autodeterminazione individuale risulta una «finzione»⁸⁹. Pur in costanza del termine, essa si converte nella «autodeterminazione politica»⁹⁰ (secondo l’espressione di *Verteidigung der Demokratie*). La libertà dell’individuo potrebbe essere ristretta anche notevolmente, cionondimeno il cittadino

⁸² Si tratta della libertà come «autodeterminazione politica del cittadino» (IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 224) in quanto cittadino. Tale espressione equivale alla «partecipazione al governo» (*ibidem*), da parte del cittadino attraverso la procedura elettorale e parlamentare.

⁸³ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 48.

⁸⁴ «In questo modo il velo della personificazione dello Stato nasconde il fatto, intollerabile per il sentimento democratico, di un dominio dell’uomo sull’uomo» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 722).

⁸⁵ Lucidamente Kelsen evidenzia che «proprio perché i cittadini sono liberi nel loro insieme, cioè nello Stato, non il singolo cittadino, bensì solo la persona dello Stato sia libera. Quale pretesa fondamentale, al posto della libertà dell’individuo si sostituisce la sovranità del popolo o, il che è lo stesso, il libero Stato, lo Stato libero. Questo è l’ultimo livello nel mutamento di significato dell’idea di libertà» (*ivi*, p. 723).

⁸⁶ La teoria democratica – come è stato evidenziato – configura monisticamente «un soggetto unico che si auto-determina come corpo elettorale nella composizione della volontà collettiva, come fonte unica del diritto nel parlamento e infine come unità dello stato nella produzione e applicazione di leggi» (L. RIZZI, *op. cit.*, p. 275).

⁸⁷ Infatti «l’autodeterminazione politica non è compatibile: 1 né con l’esistenza di una sfera del diritto privato indipendente dal diritto pubblico; 2 né con una libertà economica riferita ad un soggetto dei diritti soggettivi naturali che limita l’attività dello stato; 3 né con l’idea che riguardo all’ordine sociale si possa dare solo una giustizia negativa» (*ivi*, p. 266). Il primato (onnicomprendente) del diritto pubblico giunge a compimento con la democrazia. Tale primato si converte in quello del potere democratico, a prescindere dai suoi contenuti (cfr. anche *ivi*, pp. 299-301).

⁸⁸ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 225.

⁸⁹ IDEM, *Zur Soziologie der Demokratie*, cit., p. 35. A riguardo Kelsen osserva che «funzione specifica dell’ideologia democratica sia senz’altro quella di mantenere l’illusione di una libertà che non può essere salvata nella realtà sociale [...] l’ideologia libertaria della democrazia sembra svolgere nei riguardi della realtà del vincolo sociale con essa coordinata una funzione analoga a quella che l’illusione etica del libero arbitrio svolge nei riguardi dell’inevitabile determinazione causale di ogni umano volere, accertata dalla conoscenza psicologica» (IDEM, *Demokratie*, cit., p. 21).

⁹⁰ IDEM, *Verteidigung der Demokratie*, trad. it. *Difesa della democrazia*, in IDEM, *Sociologia della democrazia*, cit., p. 44.

dovrebbe pur sempre dirsi libero, in quanto proceduralmente partecipe della volontà che ha deciso tale restrizione.

Insomma «alla libertà dell'individuo viene a sostituirsi [...] la sovranità popolare o, che è lo stesso, lo Stato autonomo, libero»⁹¹. La libertà democratica corrisponde, in definitiva, ai diritti politici, i quali «si riducono ad un semplice diritto di voto»⁹². Tutti i diritti si condensano in questo⁹³, al punto da poter concludere che, a rigore, non ve ne sarebbero altri. Il passaggio dalla libertà individuale a quella democratica costituisce una finzione, che si compie – scrive il teorico della dottrina pura del diritto – «attraverso un inganno di per se stesso quasi misterioso»⁹⁴.

Il mutamento di significato della libertà assicurerebbe la realizzazione giuridico-politica della democrazia, quale metodo per stabilire l'ordinamento sociale, accettando «il dominio dell'uomo sull'uomo attraverso tale ordinamento»⁹⁵. Questo dominio, esercitato essenzialmente attraverso la produzione legislativa, è sovrano⁹⁶, nel suo significato proprio, ovvero è un potere che non ha superiori. Di modo che i cittadini non avrebbero alcuna esigenza di diritti tali da limitare il potere dello Stato⁹⁷. Pertanto, come è stato osservato, «l'attuazione della libertà *positiva* comporta un'espansione del potere dello stato»⁹⁸. Kelsen stesso lo indica esplicitamente, proprio teorizzando la democrazia: «il potere discrezionale o "arbitrio" dell'organo legislativo è praticamente illimitato»⁹⁹.

⁹¹ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 49.

⁹² *Ivi*, p. 65.

⁹³ Cfr. L. RIZZI, *op. cit.*, pp. 154-155.

⁹⁴ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 224.

⁹⁵ *Ivi*, p. 219. Kelsen precisa che «la volontà di libertà politica e di autodeterminazione si limita all'investitura, da parte degli assoggettati alle norme, degli organi dello Stato funzionanti secondo le regole della divisione del lavoro» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 761-762).

⁹⁶ «Il parlamento è sovrano e la sovranità del parlamento in una democrazia rappresentativa è la sovranità del popolo» (IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 348).

⁹⁷ Difatti «se il governo è scelto dai governanti non vi è ragione che questi debbano dover difendersi da se stessi» (L. RIZZI, *op. cit.*, p. 280). Sul presupposto del procedimento democratico, «il diritto soggettivo può essere incluso nel diritto oggettivo» (*ivi*, p. 282) senza residui e senza limiti; e «non esiste una persona dotata di diritti che determini dal di fuori dell'ordinamento il potere di autodeterminazione dello stato» (*ivi*, p. 283). I contenuti dei diritti soggettivi «sono determinati dalle *politiche*» [*ivi*, p. 294 (corsivo dell'A.)].

⁹⁸ *Ivi*, p. 298.

⁹⁹ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 348. Ciò, anche se Kelsen scrive che i diritti costituzionali «riflettono una certa limitazione del potere del governo» (*ivi*, p. 358). Limitazione che, in ogni caso, può essere sempre sovranamente limitata, modificata, ridefinita.

2. Democrazia e diritto pubblico

2.1 La democrazia, intesa secondo la teorizzazione kelseniana, è, piuttosto che una forma di governo, una forma di Stato¹⁰⁰. La distinzione tra la prima e la seconda non è affatto puramente nominale¹⁰¹. Kelsen adopera una terminologia oscillante, accostando espressioni, come “forma di società”, “forma di ordinamento”, “forma di governo” e “forma di Stato”¹⁰², mostrando così di assimilare (almeno di fatto) nozioni¹⁰³ in se stesse distinte.

La democrazia come forma di Stato – sul presupposto kelseniano della coincidenza di Stato e ordinamento¹⁰⁴ – non riconosce alcuna finalità intrinseca al governo (in se medesimo), ma è tale da costituire un sistema giuridico-politico per il quale qualsivoglia determinazione deriva dalla “volontà generale”, ovvero dal volere in atto del potere democraticamente istituzionalizzato¹⁰⁵. La forma di Stato, appunto, indica sia il possibile contenuto della Costituzione sia il possibile metodo di produzione dell’ordinamento statale: essa è – precisa il giurista praghese – «l’essenza più profonda dello Stato»¹⁰⁶

Nella formulazione kelseniana, la democrazia – come si esprime la *General Theory of Law and State* – richiede che «tutto il potere debba essere concentrato nel popolo; e, ove non è possibile una democrazia diretta, ma soltanto indiretta, che tutto il potere sia esercitato da un organo collegiale, i cui membri siano eletti dal popolo e che sia responsabile di fronte al popolo»¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Cfr. *ivi*, p. 50. A riguardo Kelsen non distingue – come è concettualmente necessario – ma piuttosto assimila forma «di Stato o di governo» (*ivi*, p. 190).

¹⁰¹ A riguardo si rinvia, tra l’altro, a G. AMATO - F. CLEMENTI, *Forme di Stato e forme di governo*, II ed., il Mulino, Bologna 2012. 2006.

¹⁰² Reciprocamente può essere segnalato che la classica distinzione tra monarchia, aristocrazia e democrazia indica, per Kelsen, «tre forme di Stato» (H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 288), piuttosto che, propriamente, di governo.

¹⁰³ IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 711-712 e 729-730.

¹⁰⁴ Cfr. IDEM, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2016, pp. 140-148.

¹⁰⁵ È interessante osservare, però, che, allorquando Kelsen distingue forme di governo e forme di Stato, fa notare (invece) che «dall’essenza autentica del governo deriva solo il principio monarchico, mentre alla legislazione possono essere adeguate anche procedure democratiche» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 800).

¹⁰⁶ *Ivi*, p. 710.

¹⁰⁷ IDEM, *General Theory of Law and State*, cit., p. 287.

In questa prospettiva, viene precisato che la democrazia diretta è irrealizzabile nello Stato moderno e comunque lo è in presenza di una cospicua ampiezza della popolazione. Ancor prima, essa è segnata da una primitività, superata dallo sviluppo del principio della divisione del lavoro. La democrazia indiretta risulta, perciò, l'unica forma effettivamente possibile di democrazia¹⁰⁸. Dove, sia il popolo sia il parlamento sono tali in virtù dell'ordinamento. Sotto questo orizzonte, infatti, né l'uno né l'altro hanno una realtà naturale. Entrambi sono il risultato di quanto fissato dal complesso delle norme: ne dipendono nella loro essenza e nella loro esistenza.

Per Kelsen, la democrazia è indissolubile dal parlamentarismo¹⁰⁹. È coerente con la democrazia, quindi, il primato del parlamento, piuttosto che la separazione dei poteri. Questa, anzi, risulta un residuo della monarchia costituzionale, piuttosto che un principio obiettivamente democratico¹¹⁰. Propriamente, «quel che è caratteristico della democrazia non è che la volontà dominante sia la volontà del popolo, ma che il numero più grande possibile dei membri della comunità prenda parte al processo di formazione della volontà, e anche questo solo [...] ad un determinato stadio di questo processo, che si designa in generale come legislazione»¹¹¹.

A ben vedere, la democrazia non è retta dal presupposto dell'identità tra volontà del cittadino e volontà dello Stato, ma si sostanzia in un regime ove vige il principio di maggioranza nella formazione della volontà dello Stato¹¹². Per se stessa, la volontà

¹⁰⁸ Cfr. M. CASERTA, *op. cit.*, pp. 15-18.

¹⁰⁹ Come è stato rimarcato, «Kelsen stabilisce l'indissolubilità del parlamentarismo con la democrazia» (R. DE CAPUA, *op. cit.*, p. 30).

¹¹⁰ Kelsen osserva che «considerato dal punto di vista ideologico, il dogma della separazione dei poteri contraddice il principio della sovranità popolare» (H. KELSEN, *Zur Soziologie der Demokratie*, cit., p. 34). D'altra parte, «la volontà di dominio non perde [...] nulla di intensità reale per il fatto che essa sorge dall'agire comune di una pluralità di organi» (*ivi*, p. 35).

¹¹¹ *Ivi*, p. 34. Secondo Kelsen, nondimeno, il principio della separazione dei poteri avrebbe dato buona prova di sé in senso democratico «sottraendo all'influenza diretta del governo l'importante fase della formazione della volontà generale dello Stato» (IDEM, *Demokratie*, cit., p. 23). Si può, però, osservare che se il governo democratico trae la sua legittimazione parlamentare dalla fiducia della maggioranza (in parlamento), la medesima maggioranza determina al contempo gli orientamenti del potere esecutivo e quelli del potere legislativo. Di modo che l'influenza del governo è rilevante mediante quella della maggioranza parlamentare (e viceversa).

¹¹² Difatti «l'autonomia dei cittadini, in una democrazia rappresentativa, rimane confinata entro l'ambito in cui si esplica la funzione della creazione dell'organo legislativo, a sua volta incaricato di produrre le norme dell'ordinamento sociale. L'autonomia dei cittadini si riduce, quindi, al limite, al diritto di voto» (R. DE CAPUA, *op. cit.*, p. 99).

dello Stato è costituita dalla volontà del parlamento (non immediatamente dalla volontà del popolo)¹¹³. La sovranità popolare, per Kelsen, è una finzione, che secondo una efficace metafora può essere rappresentata come una «maschera totemica»¹¹⁴ (questa, come nell'identità iconica tra il mitico antenato ed i membri del clan, identifica in immagine popolo e potere). L'unità del popolo non deriva che dalla comune sottomissione di un determinato insieme di individui (cittadini) ad un medesimo ordinamento (giuridico)¹¹⁵.

Come tale, il principio di maggioranza costituisce solo una "approssimazione" (quantitativa) all'unanimità (postulata, ipoteticamente, come necessaria al sorgere dello Stato). In se medesima, la volontà della maggioranza resta propriamente (e numericamente) tale. Il pensiero kelseniano è, al riguardo, inequivocabile. La volontà della maggioranza non è la volontà totale (del popolo), neppure rappresenta anche la minoranza. Diversamente si accede a "finzioni" (che si sovrappongono alla realtà)¹¹⁶.

Il principio di maggioranza va inteso quale metodo procedurale. Costituisce un elemento empirico-convenzionale, dotato di "efficacia sociale". Esso non è via alla formazione della "volontà generale" (nella sua unità-totalità), ma afferisce (empiricamente) sul piano dell'effettività procedurale-istituzionale. Più che un principio razionalmente perspicuo, risulta una soluzione operativamente preferita, o meglio una regola assunta come sistemicamente "non rifiutabile"¹¹⁷.

In sostanza, «l'idea basilare del principio di maggioranza è che l'ordinamento sociale sia in accordo con il maggior numero possibile di soggetti e in disaccordo con il

¹¹³ A riguardo è stato osservato: «in realtà, il Parlamento depotenzia il concetto di libertà [...] Che sia eletto dal popolo non vuol dire, per Kelsen, che il Parlamento sia lo specchio fedele della volontà popolare. Bisogna prendere atto, invece, che la volontà direttiva dello Stato, che si forma attraverso il Parlamento, eletto dal popolo sulla base del suffragio universale ed egualitario, e dunque democratico, non è affatto la volontà del popolo» (*ivi*, p. 95).

¹¹⁴ H. KELSEN, *Demokratie*, cit., p. 25.

¹¹⁵ Cfr. D. RAGAZZONI, *op. cit.*, p. 140.

¹¹⁶ Cfr. H. KELSEN, *Zur Soziologie der Demokratie*, cit., p. 37.

¹¹⁷ Secondo una analisi in materia, «il principio di maggioranza quindi non può essere inferito da un fondamento razionale, ma può essere introdotto solo come la soluzione ottimale, ragionevole, di un problema procedurale [...] Più che un principio che si deve razionalmente accettare, appare quindi una regola che non si può ragionevolmente rifiutare» [L. RIZZI, *op. cit.*, p. 148 (corsivo dell'A.)]. Dove, a parere di chi scrive, il "ragionevole" è da intendersi come afferente alla "razionalità operativa", tale quindi in vista del conseguimento di obiettivi effettuali.

minor numero possibile di essi»¹¹⁸. La volontà della maggioranza parlamentare non è tale, però, da rappresentare la maggior parte (numerica) della popolazione, rispetto alla quale, in realtà, la maggioranza che contribuisce a formare la volontà statale costituisce una minoranza¹¹⁹. In effetti, la «sintesi [...] tra il soggetto e l'oggetto del dominio»¹²⁰ riguarda solo coloro i quali appartengono alla maggioranza e solo nel momento e nell'atto di appartenervi (ovvero solo in quanto si tratta di una determinata maggioranza ed in riferimento a ciò che essa in un certo momento ha deciso).

La stessa maggioranza non costituisce, tuttavia, una determinazione astrattamente quantitativa. Nella prospettiva kelseniana, essa è il risultato dell'ordinamento. Non lo precede, ma ne consegue: le condizioni del suo formarsi e del suo risultare tale sono fissate proceduralmente dall'ordinamento. Tra i diversi tipi di maggioranza, che l'ordinamento può prevedere come dirimente nella generalità delle votazioni parlamentari, è ritenuta preferibile la maggioranza semplice. Non l'unanimità, né la maggioranza qualificata. Il motivo è dichiarato da Kelsen secondo una indicazione funzionale: «il principio di maggioranza semplice è quello che assicura il più alto grado di libertà politica possibile nella società»¹²¹. Questo, infatti, rende effettiva la più agevole possibilità di mutamento del contenuto delle deliberazioni (che altrimenti potrebbe essere facilmente impedita dalla difficoltà di raggiungere una maggioranza qualificata).

2.2 La democrazia, nell'analisi kelseniana, corrisponde ad uno «Stato di partiti»¹²², nel quale si attua la democrazia indiretta, ovvero quella parlamentare¹²³.

¹¹⁸ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 232.

¹¹⁹ Kelsen fa notare che «la maggioranza, la cui volontà è determinante per la produzione normativa, può non essere la maggioranza di tutti coloro per cui vale l'ordinamento. Fin dall'inizio sono esclusi i bambini, i malati mentali, coloro che sono temporaneamente assenti dal luogo della discussione e della votazione, perché di fatto tutti costoro non possono partecipare alla formazione della volontà statale. Ma di regola sono giuridicamente escluse anche certe categorie di persone, come le donne, gli schiavi, i delinquenti, etc. Il numero degli uomini che formano la volontà della maggioranza è, anche nelle democrazie più estreme, appena un terzo o un quarto di coloro che sono assoggettati alle norme» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 727).

¹²⁰ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 233.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 63. Cfr. anche IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 778-779.

¹²³ In questa prospettiva, i partiti sono, piuttosto che un problema – per il diritto e per la politica – una necessità. Nonostante la mèsse di critiche e di riserve già espresse da più parti riguardo

Cionondimeno è ammesso che il sistema di democrazia diretta, ancorché meno efficiente, risulta maggiormente democratico. Questo, però, è effettivamente possibile solo a certe condizioni¹²⁴. Nella democrazia parlamentare la volontà dello Stato non è altro che quella formata «da una maggioranza di eletti dalla maggioranza dei titolari dei diritti politici»¹²⁵ (da identificarsi convenzionalmente con quella del popolo)¹²⁶. Tale volontà prende ad esistere nel Parlamento (quale organo collegiale eletto a suffragio universale). Talché, inappellabilmente, il parlamentarismo è visto come «l'unica forma reale possibile»¹²⁷ della democrazia.

Kelsen riconosce esplicitamente che il Parlamento – il quale forma la volontà dello Stato¹²⁸ – costituisce un organo ben diverso dal popolo. La volontà del parlamento non va confusa con la volontà del popolo, ammesso che si possa dare una volontà unitaria del popolo (ciò che Kelsen esclude)¹²⁹. Il parlamentarismo appare richiesto, piuttosto che dall'istanza democratica in sé, dall'esigenza funzionale della distribuzione del lavoro. Precisamente, esso si presenta come un «compromesso»¹³⁰ tra istanza democratica ed esigenza funzionale. Anzi, secondo quanto scrive in *Zur Soziologie der Demokratie*, il parlamentarismo si traduce in «una limitazione della libertà»¹³¹.

ad essi, Kelsen mostra un apprezzamento ed una fiducia nel loro ruolo, al punto da ritenerli «un momento essenziale nella manifestazione della forma democratica» (M. CASERTA, *op. cit.*, p. 13).

¹²⁴ Secondo il giurista praghese «la democrazia diretta è possibile soltanto in comunità piccole e in condizioni di civiltà poco differenziate» (H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 761).

¹²⁵ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 65.

¹²⁶ A riguardo, Kelsen afferma inequivocabilmente che «il popolo in quanto tale, è escluso da ogni funzione legislativa, essendo piuttosto questa funzione attribuita esclusivamente al parlamento» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 762).

¹²⁷ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 67.

¹²⁸ Per Kelsen «la “formazione della volontà dello Stato” è [...] semplicemente, il processo di creazione dell'ordine statale» (*ivi*, p. 74); e tale volontà si sostanzia in «un complesso di norme, di prescrizioni che determinano la condotta degli individui appartenenti alla collettività» (*ibidem*). In altri termini, la volontà dello Stato non lo presuppone, ma ne è costitutiva: è un volere che dà l'essere, e questo consiste nei suoi effetti.

¹²⁹ Il giurista praghese scrive *apertis verbis* che «una volontà unitaria del popolo è una chimera» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 793).

¹³⁰ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 69.

¹³¹ IDEM, *Zur Soziologie der Demokratie*, cit., p. 29. La tesi è ribadita da Kelsen allorché dichiara la rappresentanza parlamentare una «evidente finzione volta a camuffare il reale e notevole pregiudizio che il principio di libertà subisce da parte del parlamentarismo» (*ibidem*).

La rappresentanza parlamentare costituisce, nell'analisi kelseniana, solo una «finzione»¹³² ovvero un «inganno»¹³³. Essa è adottata con l'obiettivo operativo della legittimazione dal punto di vista della sovranità popolare¹³⁴. Anche per Kelsen, come per Rousseau, "chi delega abdica": la volontà, come tale – ovvero il volere in atto, nell'atto di attuarsi effettivamente – non è rappresentabile. Il trasferimento di volontà dall'elettore all'eletto (secondo il modello dell'elezione democratica) costituisce «una impossibilità logica interna»¹³⁵. La giustificazione (strumentale) della rappresentanza parlamentare è quella di assicurare (suppostamente) «l'identità fittizia di elettori e di eletti»¹³⁶.

Parlamentarismo e rappresentanza risultano, quindi, eterogenei. Il primo è ritenuto funzionalmente necessario alla democrazia, sulla premessa dell'utilità della divisione del lavoro; la seconda è considerata una finzione (esibita come giustificatrice). In sostanza, il parlamentarismo trova una ragion d'essere – anziché nelle motivazioni dichiarate generalmente¹³⁷ – nella efficienza della procedura di formazione della volontà statale.

Il divieto di vincolo di mandato, proprio delle Costituzioni moderne, rende il Parlamento effettivamente «indipendente»¹³⁸ dal popolo. In questo contesto la rappresentanza politica costituisce, appunto, un elemento di «carattere fittizio»¹³⁹. Pertanto, come è stato rilevato, «il popolo in quanto tale, si legge nell'*Allgemeine*

¹³² IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 70. All'obiettivo operativo della legittimazione, nel tempo, è subentrato quello più immediato del contenimento degli effetti delle tensioni ideologiche (cfr. *ibidem*).

¹³³ IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 762.

¹³⁴ A parziale integrazione della rappresentanza parlamentare, Kelsen ritiene che occorra prevedere e sviluppare l'istituto del referendum (cfr. IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 80).

¹³⁵ IDEM, *Demokratie*, cit. p. 24 (corsivo dell'A.).

¹³⁶ *Ibidem*. A riguardo Kelsen scrive che «questa interpretazione ideologica risponde chiaramente all'intento di mantenere la finzione della libertà. Poiché la volontà, per restare libera, si deve determinare solo da sé, la volontà sovrana prodotta dagli eletti deve valere come volontà degli elettori» (*ibidem*). In altri termini, si tratta della «finzione ideologica del trasferimento di volontà» (*ivi*, p. 25).

¹³⁷ È stato osservato che, secondo la visuale kelseniana, di fronte all'interrogativo "chi rappresentano i rappresentanti" (in parlamento), la stessa «impostazione del problema in questi termini appare priva di senso, e produce per lo più una sorta di corto circuito del ragionamento» (M. CASERTA, *op. cit.*, p. 24); mentre l'elezione «si caratterizza, da un punto di vista puramente formale, come un metodo di creazione di organi sovrani» (*ivi*, p. 26).

¹³⁸ H. KELSEN, *Demokratie*, cit. p. 25.

¹³⁹ *Ivi*, p. 71. Si tratta di una «finzione politica» (IDEM, *General Theory of Law and State*, cit., p. 296).

Staatslehre, è muto»¹⁴⁰. In questa visuale, l'indipendenza degli eletti rispetto agli elettori svuota la relazione di rappresentanza. Sicché affermare che il popolo sia legislatore costituisce obiettivamente una «illusione»¹⁴¹.

A rigore – fa notare Kelsen – un autentico rapporto di rappresentanza esigerebbe il mandato imperativo. Richiederebbe, cioè, che «il rappresentante sia giuridicamente obbligato ad eseguire la volontà del rappresentato, e che l'adempimento di questo obbligo sia giuridicamente garantito»¹⁴². Ritenere il mandato imperativo¹⁴³ contrario al principio rappresentativo, esprime piuttosto che un giudizio scientifico, una «ideologia politica»¹⁴⁴, la quale, proprio in quanto tale, mistifica la realtà.

È interessante osservare che, di fronte alla crisi del parlamentarismo, il teorico della dottrina pura del diritto, ritiene ammissibile una limitazione della irresponsabilità del deputato di fronte ai suoi elettori¹⁴⁵ ed una possibilità di controllo permanente (legalmente cogente) dei partiti sui deputati¹⁴⁶ (con l'introduzione, quindi, di vincoli, tipici del mandato imperativo). Nella medesima linea, considera auspicabile l'abolizione o almeno la restrizione delle immunità dei parlamentari¹⁴⁷.

Date tali premesse, alla democrazia – nella visuale kelseniana – è congeniale il sistema elettorale proporzionale (piuttosto che quello maggioritario) associato all'impianto unicamerale¹⁴⁸. La tesi non costituisce una opzione puramente tecnico-costituzionale. Essa ha un preciso rilievo teorico. La sua motivazione sta nella tesi secondo la quale quello proporzionale è ritenuto come il più democratico tra i sistemi

¹⁴⁰ A. SCALONE, *op. cit.*, p. 258.

¹⁴¹ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 296. La tesi secondo la quale «il parlamento rappresenta il popolo» (*ivi*, p. 297) è una «finzione» (*ibidem*).

¹⁴² *Ivi*, p. 295.

¹⁴³ Secondo Kelsen, il mandato imperativo è conforme al principio democratico (cfr. *ivi*, p. 297).

¹⁴⁴ *Ivi*, p. 296.

¹⁴⁵ Cfr. IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 82.

¹⁴⁶ Secondo l'analisi kelseniana, se il deputato ha ricevuto il voto dall'elettore come atto di fiducia nel partito che lo ha candidato, «è logico allora che il deputato, quando cessa di appartenere al partito che l'ha inviato in Parlamento, debba perdere il suo mandato» (*ivi*, p. 84).

¹⁴⁷ Tali immunità sono giudicate da Kelsen, in una repubblica parlamentare, un «privilegio inopportuno» (*ivi*, p. 84).

¹⁴⁸ «L'idea democratica esige che l'organo della legislazione sia costituito solo da una singola camera. Se tuttavia in diverse repubbliche democratiche è stato accolto il sistema bicamerale, ciò è da ricondursi in parte al fatto che la costituzione di tali Stati – sia coscientemente sia in modo inconsapevole – è stata formata sul modello delle monarchie costituzionali, perché, per motivi storici, ci si è ricollegati alle più vecchie forme di costituzionalismo» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 779).

elettorali¹⁴⁹. Tale sistema, infatti, consente di assegnare ad ogni partito una rappresentanza parlamentare proporzionale ai voti ottenuti, di modo che nella procedura elettorale non ha rilievo la relazione maggioranza-minoranza¹⁵⁰. Così i candidati, essendo eletti solo sulla base dei voti del proprio partito, non sono come tali in concorrenza (escludente) gli uni con gli altri.

Così non è arduo intendere che «si abbandona l'idea che sia il "popolo" come complesso a creare il corpo rappresentativo come unità»¹⁵¹. Parimenti, la garanzia della libertà individuale è «tanto più ridotta, quanto più qualificata è la maggioranza richiesta per un mutamento dell'ordinamento stabilito». In tal senso, Kelsen segnala il paradosso per cui lo stesso principio maggioritario (e, prima ancora, il presupposto del consenso come istitutivo dell'ordinamento) nella misura in cui trova compimento, giunge ad una singolare eterogenesi dei fini, arrivando, se esteso, ad estinguere le sue stesse premesse giustificative¹⁵².

La rappresentanza partitica proporzionale è vista come precondizione e via alla prassi del compromesso, in quanto la topografia parlamentare è indicativa della geografia degli interessi. Proprio per questo, offre possibilità operative alla capacità contrattuale della minoranza. Sicché la volontà dello Stato è determinata da una procedura nella quale la rivalità tra i diversi gruppi (parlamentari) «termina in un compromesso»¹⁵³.

Altresì, secondo l'analisi kelseniana, costituisce una finzione ideologica «la teoria democratica del contratto sociale»¹⁵⁴, quale precondizione ipotetica dell'ordinamento giuspubblicistico democratico. Il supposto contratto non ha realtà propria. Esibisce solo una funzionalità operativa, quale rappresentazione (fittiziamente) giustificatrice. Ad esso corrisponde, in effetti, solo una attitudine psicologica: la propensione ad un accordo reciproco, quindi alla prassi del compromesso.

¹⁴⁹ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 362.

¹⁵⁰ Cfr. *ivi*, p. 361.

¹⁵¹ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 99.

¹⁵² «Diviene qui manifesta una strana ambivalenza del meccanismo politico; lo stesso principio, che protegge la libertà dell'individuo allorché si crea l'ordinamento sociale, la distrugge se non è più possibile ritirarsi» (IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 232).

¹⁵³ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 103.

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 106.

2.3 Sotto il profilo giuspubblicistico, nella teorica democratica è rilevante la separazione, ravvisata dal giurista normativista, tra “idea di democrazia” e “idea di legalità”. La prima trova esplicazione nel campo della creazione (“relativamente libera”) della legislazione; la seconda è richiesta nell’ambito dell’esecuzione (quale formazione “relativamente vincolata” di volontà). La legalità dell’esecuzione è meglio assicurata da funzionari nominati dal potere centrale e responsabili di fronte ad esso¹⁵⁵, piuttosto che da delegati democraticamente designati. Diversamente la volontà del tutto (statale) rischia di essere paralizzata da quella di qualche gruppo (partitico): tra la prima e la seconda – almeno in un certo stadio della formazione della volontà dello Stato – si ingenera, altrimenti, il conflitto e l’incompatibilità.

Per Kelsen, se la democrazia è estesa all’esecuzione la legalità di questa non solo non appare meglio garantita, ma risulta compromessa, sebbene l’estensione della democrazia anche all’esecuzione sarebbe conforme all’istanza democratica, per se stessa¹⁵⁶. Dal punto di vista dell’ideologia democratica, la stessa separazione dei poteri sarebbe da respingersi, in quanto escluderebbe il popolo da alcune “funzioni” relative alla formazione della volontà dello Stato¹⁵⁷, quantunque la stessa separazione sia necessaria al fine di rendere effettiva la democrazia stessa¹⁵⁸.

Il sistema autocratico risulta meglio adatto all’esecuzione che non quello (collegiale) democratico, in quanto questo «non soltanto riduce il senso di responsabilità dell’individuo, ma anche rende più difficile il far valere la responsabilità stessa»¹⁵⁹. In tal senso, la burocrazia, opposta alla democrazia sotto l’orizzonte ideologico, si rivela però funzionale al suo mantenimento.

In sostanza, la formula che quintessenzia la democrazia si condensa nella «identità di governanti e di governati, di soggetto e di oggetto del potere»¹⁶⁰, in quanto la volontà generale e l’ordinamento che ne consegue «vengono realizzati da chi è a quest’ordine sociale sottomesso»¹⁶¹. Di modo che ciascuno obbedisce alle leggi che ha

¹⁵⁵ Kelsen si riferisce specificamente ai gradi medi ed inferiori degli apparati dello Stato (cfr. *ivi*, p. 113), ma logicamente tale impostazione appare estendibile ad ogni grado.

¹⁵⁶ Cfr. IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 801.

¹⁵⁷ Cfr. IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 121.

¹⁵⁸ Cfr. *ivi*, p. 124.

¹⁵⁹ *Ivi*, p. 112.

¹⁶⁰ *Ivi*, p. 51.

¹⁶¹ *Ivi*, p. 50.

contribuito a creare¹⁶². Ma la democrazia quale “governo del popolo sul popolo” presuppone, a sua volta, una finzione¹⁶³ assunta come un postulato: l’unità stessa del popolo (quindi la sua realtà, in quanto tale).

L’unità del popolo, piuttosto che un dato originario costituisce un risultato: consiste nella «sottomissione di tutti i suoi membri al medesimo ordine giuridico statale»¹⁶⁴. In realtà, come Kelsen stesso dichiara, la democrazia, al di là della proclamata qualificazione di “governo del popolo”, è piuttosto un «governo della maggioranza per la maggioranza»¹⁶⁵.

Kelsen ammette nitidamente che un ordinamento il quale dipendesse, per la sua efficacia (e si potrebbe aggiungere, ancor prima, per la sua validità) dal consenso di (tutti) coloro i quali vi sono sottomessi smetterebbe di essere tale (anzi, smetterebbe di essere)¹⁶⁶. L’obbedire a se stessi, essendo, ad un tempo, autori e destinatari della norma, si dimostra obiettivamente impossibile¹⁶⁷. L’ordinamento, infatti, «per sua natura, è possibile solo se la sua validità non dipende, fino ad un certo grado, dalla volontà di coloro che vi sono soggetti»¹⁶⁸.

In questa prospettiva, il popolo non ha una realtà propria, ma si riduce ad «un sistema di atti individuali, determinati dall’ordine giuridico dello Stato»¹⁶⁹. Il popolo esiste, per Kelsen, solo in quanto “elemento dello Stato”. È tale in quanto «oggetto del potere»¹⁷⁰. Diviene soggetto del potere «solamente in quanto [i suoi componenti] partecipano della creazione dell’ordine statale»¹⁷¹. Ciò in cui consistono i diritti politici.

¹⁶² Cfr. *ivi*, p. 101.

¹⁶³ Per Kelsen si tratta chiaramente di una finzione, dal momento che la definizione normativistica non risolve in sé tutto ciò che è proprio di un determinato insieme di individui (cfr. *ivi*, p. 52).

¹⁶⁴ *Ivi*, p. 51.

¹⁶⁵ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 328.

¹⁶⁶ «Un ordinamento sociale che si fonda 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, sostanza una pura utopia che nella sua effettività del vivere sociale reale, si trasforma in anarchia» (M. CASERTA, *op. cit.*, p. 14).

¹⁶⁷ «Se una norma che prescrive che un individuo deve comportarsi in un dato modo fa dipendere la sua validità dal consenso di questi, se egli è obbligato solo in quanto lo voglia, la norma perde il suo vero significato» (H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., *ivi*, p. 226).

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 52.

¹⁷⁰ *Ivi*, p. 53.

¹⁷¹ *Ibidem*.

Il popolo corrisponde, in fondo, alla parte di popolazione che ha diritto al voto¹⁷². Esso è il detentore del potere solo sul presupposto (ideologico) della «finzione della sovranità popolare»¹⁷³. Insomma, il giurista praghese riconosce che il popolo come soggetto non si identifica, obiettivamente, con il popolo come oggetto del potere. Infatti, i titolari dei diritti politici – anche in una “democrazia radicale” – costituiscono soltanto «una piccola frazione della cerchia degli individui sottoposti all’ordine statale»¹⁷⁴.

Ancor più strettamente, siccome la nozione di popolo che fa da sfondo alla nozione moderna di democrazia è «il popolo che comanda»¹⁷⁵ – costituito, quindi, da coloro che concorrono effettivamente a formare la volontà dello Stato – esso finisce per concretarsi nella porzione di individui organizzati, raggruppati o indirizzati dai partiti¹⁷⁶. Mentre l’individuo, in quanto tale, «non ha, politicamente, alcuna esistenza reale, non potendo esercitare un reale influsso sulla formazione della volontà dello Stato»¹⁷⁷.

Pertanto, la volontà statale – formata nel Parlamento, eletto secondo il sistema proporzionale, in base al suffragio universale, uguale, libero e segreto – non si presenta come il volere che mira ad un interesse generale unitario (tale da travalicare ogni interesse particolare). Questa è – per Kelsen – solo «un’illusione metafisica»¹⁷⁸. Anche per la democrazia, essa corrisponde, a null’altro che alla volontà dei gruppi dominanti, i quali, mediante il metodo democratico, pervengono ad un compromesso fra interessi diversi ed opposti.

Al di là delle rappresentazioni ideologiche, la volontà dello Stato non è altro che «la risultante della volontà dei partiti»¹⁷⁹. Essa resta, perciò, una volontà di parte, che solo in virtù della procedura prefissata, va assunta, sotto il profilo dell’effettività normativa, come volontà statale. Rispetto alla volontà della minoranza, essa non si differenzia per alcun pregio intrinseco¹⁸⁰.

¹⁷² Cfr. IDEM, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, cit., p. 112.

¹⁷³ *Ibidem*.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ivi*, p. 55.

¹⁷⁶ Kelsen giunge ad affermare che «la moderna democrazia si fonda interamente sui partiti politici» (*ivi*, p. 55).

¹⁷⁷ *Ivi*, p. 56.

¹⁷⁸ *Ivi*, p. 61.

¹⁷⁹ *Ivi*, p. 63.

¹⁸⁰ Cfr. L. RIZZI, *op. cit.*, pp. 151-152.

In tal senso, emergono elementi di discontinuità tra la teoria kelseniana della democrazia e quella rousseauiana¹⁸¹, pur in presenza di una omologia dell'impianto costruttivistico, ove tutto l'ordinamento deriva (monisticamente) dall'unica volontà generale o statale¹⁸².

La formazione della volontà collettiva, per il giurista praghese, dipende dalla procedura parlamentare che trasforma la confluenza dei consensi particolari (dei deputati) nella determinazione statale¹⁸³; mentre per il ginevrino essa si attua mediante l'effettività della deliberazione dell'assemblea (in un sistema a partecipazione diretta, con esclusione della rappresentanza). Nella visuale kelseniana la volontà collettiva fissa la prevalenza di una parte (la maggioranza), convenzionalmente presa come la deliberazione del tutto (statale); diversamente per il *Contrat social* l'unità della volontà generale, una volta posta, corrisponde senza residui a quella del "corpo politico", come intero. Insomma, per il giurista praghese la volontà statale non è altro se non una risultante procedurale di volontà individuali (ottenuta preferibilmente mediante il compromesso). Queste ultime restano tali, prima, durante e dopo la deliberazione. Rispetto alle volontà individuali (presenti in parlamento) l'alterità della volontà collettiva è data solo dall'essersi formata mediante la procedura fissata dall'ordinamento, e dagli effetti che ne conseguono.

Kelsen esclude che la volontà statale possa avere una soggettività simile a quella individuale, dal momento che tale soggettività farebbe riemergere un elemento autocratico ed addirittura misterioso. Sebbene per il teorico della dottrina pura (come per Rousseau) la volontà collettiva abbia "sempre ragione" – non, ovviamente, in senso logico-assiologico, ma in senso normativo-operativo – la particolarità empirica del suo costituirsi, resta tale: acquista la generalità solo nella (e per la) procedura stabilita dall'ordinamento. Ogni residuo di consistenza propria della volontà generale (sia pure

¹⁸¹ Quanto al carattere parlamentare della democrazia, la teorizzazione kelseniana – è stato sostenuto – «si è affermata in critica contrapposizione con la teoria roseauiana della democrazia diretta» (*ivi*, p. 117).

¹⁸² Cfr. *ivi*, pp. 127-130. «Per Kelsen Rousseau ha, in definitiva, formulato in modo ineccepibile la natura democratica dell'obbligo politico» (*ivi*, p. 131) con il primato della volontà generale quale maggior contributo rousseauiano alla teoria della democrazia (cfr. *ivi* p. 132). Parimenti «dall'assunto monistico discende in entrambi la impossibilità del diritto di resistenza» (*ivi*, p. 131).

¹⁸³ Per Kelsen, quindi, «la volontà politica è "generale", quando si danno empiricamente le condizioni che le norme di formazione del consenso stabiliscono» (*ivi*, p. 136).

su base convenzionale) è risolto nella sua funzionalità (a sua volta stabilita formalmente).

2.4 Quanto alla questione della rappresentanza, Kelsen sostiene la necessità che essa si attui nella forma del parlamentarismo. Il giurista praghese, infatti, vede nell'esercizio diretto del potere legislativo un residuo della nozione "antica" di libertà¹⁸⁴. La possibilità della discordanza tra il volere dell'individuo-cittadino e quello dello Stato – sempre possibile, anzi, di fatto, inevitabile – trova in questa visuale non una soluzione sostanziale ma solo una risposta operativa.

Con l'adesione alla maggioranza si è partecipi della formazione del volere collettivo; mentre se si appartiene alla minoranza, si partecipa del suo diritto all'esistenza¹⁸⁵ (sulla premessa di una autolimitazione della maggioranza)¹⁸⁶, e della possibilità per la minoranza di diventare (in avvenire), a sua volta, maggioranza. Nondimeno, la minoranza, in quanto tale, è «dominata»¹⁸⁷. I diritti della minoranza si condensano nel diritto ad esistere ed in quello a partecipare alla creazione dell'ordinamento, ovviamente come minoranza; al contempo i diritti costituzionali, come tali, riferendosi a ciascun cittadino, non sono propri solo della minoranza.

Kelsen ammette che la tesi secondo la quale la volontà della maggioranza rappresenterebbe anche la minoranza, e determinerebbe la volontà generale, è, per sé, solo una «finzione»¹⁸⁸. Il principio di maggioranza non costituisce un criterio di discernimento della rettitudine dell'opinione. Piuttosto esso indica una prassi operativa: quella per cui nella lotta per il potere occorre organizzarsi tendenzialmente in due gruppi. Questi, proprio nel contendere, esercitano, di fatto, un'influenza reciproca, sull'assunto di una reciproca complementarietà funzionale sistemica.

¹⁸⁴ Cfr. *ivi*, p. 143.

¹⁸⁵ «La maggioranza [...] presuppone, per definizione, l'esistenza di una minoranza e, in conseguenza, il diritto della maggioranza presuppone il diritto all'esistenza di una minoranza. Da ciò risulta non tanto la necessità, quanto la possibilità di proteggere la minoranza contro la maggioranza» (H. KELSEN, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, cit., p. 94).

¹⁸⁶ Il catalogo dei diritti viene teorizzato (da Kelsen) come strumento di autolimitazione della maggioranza e di protezione della minoranza. Donde l'esigenza di richiedere una maggioranza qualificata per l'approvazione di provvedimenti di particolare rilievo.

¹⁸⁷ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 225.

¹⁸⁸ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 96.

In se medesimo, il principio di maggioranza non ha una validità intrinseca. Esso è piuttosto una approssimazione empirica alla libertà degli individui (secondo l'accezione kelseniana) ed all'unanimità dei pareri (la quale, solamente, potrebbe assicurare la coincidenza tra libertà ed obbedienza, salvo, ovviamente, la possibilità di mutamenti di opinione). Tale principio richiede, a sua volta, delle condizioni di esercizio effettivo, quali "limiti di applicabilità" obiettivi¹⁸⁹, senza cui resterebbe vanificato.

D'altronde «anche l'individuo che vota con la maggioranza non è soggetto solo alla propria volontà. Egli se ne rende immediatamente conto quando muta la volontà che ha espresso col voto. Il fatto che tale mutamento della sua volontà individuale sia legalmente irrilevante, mostra appieno che egli è soggetto ad una volontà estranea o, per dirla senza metafora, alla validità oggettiva dell'ordinamento sociale»¹⁹⁰. Comunque obbedienza e libertà – pure in democrazia – restano inconfondibili, anche, per ipotesi, in caso di vigenza del principio di unanimità¹⁹¹. Esse non si identificano, come invece nella prospettiva rousseauiana.

Segnatamente, per il giurista praghese, il principio di maggioranza trova la propria ragion d'essere (operativa) nella prassi del compromesso (in funzione della formazione della volontà statale)¹⁹². Fino al punto da ritenere che il principio maggioritario si afferma come «principio di compromesso»¹⁹³. In sostanza, il compromesso costituisce una approssimazione empirica alla (effettivamente irraggiungibile) unanimità, richiesta dall'ideologia democratica affinché si compia l'unità tra governanti e

¹⁸⁹ Tali limiti di applicabilità si condensano nella presenza di «una collettività relativamente omogenea dal punto di vista della civiltà e, soprattutto, della lingua comune» (IDEM, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., p. 174).

¹⁹⁰ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 231.

¹⁹¹ Così «anche il principio dell'unanimità rend[e] possibile una differenza tra la norma in tal modo approvata e la volontà di coloro che a tale norma sono assoggettati, nella misura in cui costoro rimangono vincolati all'approvazione, una volta concessa, essendo giuridicamente irrilevante una successiva modificazione della loro volontà» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 811).

¹⁹² La tendenza al compromesso «è il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale» (IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 98).

¹⁹³ *Ivi*, p. 98.

governati¹⁹⁴. Tutta la procedura parlamentare vi converge. Di modo che il contenuto stesso dell'ordinamento giuridico si configura come il risultato di un compromesso¹⁹⁵.

La democrazia è caratterizzata intimamente dal compromesso, tanto da potersi qualificare come regime o sistema del compromesso. Infatti i conflitti e le divisioni sociali – da Kelsen considerati permanenti ed inevitabili¹⁹⁶ – trovano sbocco in parlamento, e questo si configura come il “luogo” ove si attua non il superamento, ma la proceduralizzazione del conflitto. La legge stessa ne costituisce la concrezione effettuale¹⁹⁷.

Il compromesso è inteso, genericamente, come sinonimo di “accordo” e di “accomodamento”¹⁹⁸. Esso richiederebbe, altresì, una sorta di deontologia (in qualche modo adombrata, ma non giustificata), dalla quale inferire la “reciproca tolleranza”, la “compensazione”, la “mediazione” e la “preferenza per ciò che unisce”¹⁹⁹. In virtù della “tendenza al compromesso” la democrazia viene indicata come «un'approssimazione all'ideale dell'autodeterminazione completa»²⁰⁰. Ciò che, però, proprio la nozione kelseniana di compromesso – in quanto determinazione non conforme pienamente agli interessi di alcuno²⁰¹ – finisce per escludere.

In questa prospettiva, il compromesso appare come l'effetto (in certo modo necessario) di una meccanica – o meglio, di una cinematica – di relazioni (tra maggioranza e minoranza). Il suo esito, sempre da rinnovare perché sempre provvisorio, dovrebbe essere la composizione dei conflitti. A ben vedere, tuttavia, nessun meccanismo procedurale è sufficiente ad ottenere tale risultato: anche il compromesso richiede la volontà di ricercarlo e di praticarlo, e prima ancora

¹⁹⁴ Secondo Kelsen «l'idea di libertà esigerebbe [l'unanimità] per la creazione dell'ordine sociale da parte dei sottomessi a questo ordine sociale stesso» (*ivi*, p. 108).

¹⁹⁵ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 238.

¹⁹⁶ Cfr. A. SCALONE, *op. cit.*, pp. 268-269.

¹⁹⁷ In questa prospettiva «la legge non è in nessun modo l'espressione di una volontà superiore, trascendente il piano orizzontale dei conflitti e delle divisioni sociali, ma il frutto dell'accordo momentaneo delle parti o del raggiungimento di una più o meno precaria maggioranza» (*ivi*, p. 254).

¹⁹⁸ Per Kelsen «compromesso significa abbandonare ciò che separa coloro che devono essere associati a favore di ciò che li unisce» (H. KELSEN, *Zur Soziologie der Demokratie*, cit., p. 38).

¹⁹⁹ Cfr. IDEM, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., p. 170.

²⁰⁰ IDEM, *General Theory of Law and State*, cit., p. 293.

²⁰¹ Cfr. *ibidem*.

l'intelligenza di ciò che è negoziabile e della negoziazione stessa. Ad attualizzare tali condizioni essenziali non bastano delle pure condizioni contestuali.

La democrazia della legislazione, però (come dianzi segnalato) non deve accompagnarsi – per Kelsen – alla democrazia dell'esecuzione. Sarebbe un errore estendere la democratizzazione anche alle funzioni statali esecutive della legge. Diversamente resterebbe compromessa l'unità dello Stato, che coincide con l'unità dell'ordinamento²⁰², e la democrazia cadrebbe nel primitivismo²⁰³ (verso cui la democrazia stessa comporta una certa inclinazione)²⁰⁴. Non solo. La democratizzazione dell'esecuzione, con l'affidamento dell'esecuzione, appunto, ad organi collegiali, «non solo diminuisce il sentimento di responsabilità del singolo, il quale prende parte con un solo voto alla deliberazione, ma rende anche più difficile la possibilità di far valere la sua responsabilità»²⁰⁵.

Così risulterebbe esiziale per la democrazia ogni forma di autonomia locale e di decentramento amministrativo. Per il giurista praghese – emblematicamente in *Demokratisierung der Verwaltung* – la democrazia “del tutto” esclude la democrazia “della parte”²⁰⁶. L'esecuzione, per essere fedele a quanto stabilito dal parlamento, deve avere essere affidata a funzionari qualificati, non ad assemblee elettive. Lo esige proprio la democratizzazione della funzione legislativa²⁰⁷. La legittimità dell'azione esecutiva, invece, risiede nel carattere sostanzialmente applicativo.

Paradossalmente, soltanto una struttura autocratica – piuttosto che un complesso di organismi democratici – garantisce il principio di legalità della volontà statale democraticamente formata²⁰⁸. Anche se – fa osservare Kelsen – l'applicazione di una norma generale ad un caso particolare dà luogo, a sua volta, alla creazione di una «norma particolare»²⁰⁹, e l'applicazione della legge mai può consistere in una operazione asetticamente geometrica o “tecnica”. Difatti «nell'applicazione della legge

²⁰² Cfr. IDEM, *Demokratisierung der Verwaltung*, in IDEM, *Il primato del parlamento*, cit., p. 64.

²⁰³ Cfr. *ivi*, p. 68.

²⁰⁴ Cfr. IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 806.

²⁰⁵ *Ivi*, p. 809.

²⁰⁶ Cfr. IDEM, *Demokratisierung der Verwaltung*, pp. 74-75.

²⁰⁷ Sul punto cfr. G. WIELINGER, *Demokratisches Prinzip, Parteienstaat und Legalitätsprinzip bei Hans Kelsen*, in W. KRAWIETZ - E. TOPITSCH - P. KOLLER (a cura di), *Ideologiekritik und Demokratie-Theorie bei Hans Kelsen*, cit., pp. 270-271.

²⁰⁸ All'amministrazione è legato, per Kelsen, il futuro della democrazia (cfr. *ivi*, p. 67).

²⁰⁹ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p.347.

è inevitabilmente contenuto un certo grado di arbitrarietà che è necessariamente anche creazione di diritto»²¹⁰. L'applicazione della legge «ne implica sempre una interpretazione»²¹¹. Donde la possibilità di interpretazioni diverse e tra loro contraddittorie²¹².

In sostanza, la democratizzazione che si esplica attraverso il decentramento amministrativo finirebbe, a giudizio di Kelsen, per compromettere sia il compimento delle determinazioni democraticamente assunte, sia l'unità stessa dell'ordinamento statale²¹³. Paradossalmente, proprio la non-democraticità delle funzioni amministrative e giurisdizionali è in grado di assicurare il compimento della democraticità delle decisioni legislative²¹⁴. Non solo per motivi di efficacia e di efficienza, ma anche per ragioni di coerenza del sistema con se medesimo (pur restando l'incoerenza rispetto all'estensione del principio democratico, conforme a se medesimo). Ciò, avendo sullo sfondo la tesi secondo la quale «la creazione del diritto è molto più importante per il carattere democratico dell'intero corpo politico che non l'organizzazione democratica della funzione applicativa dello stesso»²¹⁵.

Insomma, la limitazione del principio democratico alla sola assemblea legislativa, quindi la mancata estensione del medesimo principio all'amministrazione ed alla giurisdizione, consente proprio alla democrazia di realizzarsi. Anzi, si può dire che, quanto alla democrazia, tra legislazione e amministrazione, vi è, addirittura, un rapporto di proporzionalità inversa, onde la democraticità della prima non può compiersi se non mediante la non-democraticità della seconda. Kelsen lo sostiene

²¹⁰ *Ivi*, p. 348.

²¹¹ *Ivi*, p. 349.

²¹² Kelsen giunge ad affermare che «praticamente non vi è possibilità di limitare il potere discrezionale del supremo organo amministrativo o giudiziario» (*ivi*, p. 350). Fino a concludere inequivocabilmente che «l'assoluta sicurezza del diritto è un'illusione» (*ibidem*).

²¹³ Per una visione d'insieme, in prospettiva storica, cfr. B. SORDI, *Tra Vienna e Weimar*, Giuffrè, Milano 1988 (particolarmente pp. 345-348).

²¹⁴ A riguardo è stato opportunamente segnalato che «la differenziazione tra fase legislativa e fase esecutiva è considerata da Kelsen uno dei modi più efficaci per permettere il corretto funzionamento dei sistemi democratici, perché consente che la funzione esecutiva [...] e la struttura burocratico-esecutiva coesistano con i partiti e il parlamento, ossia con la funzione legislativa e quindi politica, senza mettere in pericolo il corretto funzionamento di quest'ultima» (S. LAGI, *La democrazia di Hans Kelsen: tra procedura ed etica*, cit., p. 254). Difatti «Kelsen riteneva che il controllo della legge, delle norme generali e degli atti amministrativi fosse vitale per la democrazia» (*ivi*, p. 255).

²¹⁵ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 343.

esplicitamente: «il tipo meno democratico di organizzazione amministrativa può essere scelto per mantenere la democrazia dell'insieme»²¹⁶. In altri termini, la democrazia non può attuare se medesima se non conservando elementi di autocrazia.

3. *Democrazia e relativismo*

3.1 Per Kelsen, la democrazia ha un carattere formale²¹⁷. In ciò risiede il suo valore²¹⁸. Può attuare i sistemi economico-politici più diversi²¹⁹. Può avere come contenuto determinato tanto un'economia liberista quanto un'economia socialista²²⁰. È compatibile tanto con l'una quanto con l'altra, tanto con il libero mercato quanto con l'economia pianificata. Altresì può mutare da "democrazia capitalista" in "democrazia socialista" senza smettere di essere democrazia²²¹. Come tale, essa è «soltanto una forma, soltanto un metodo di creazione dell'ordine sociale»²²².

La democrazia è metodo piuttosto che contenuto: è un «metodo di produzione dell'ordinamento sociale»²²³, o, come è stato esplicitato, è «un metodo di produzione di potere politico»²²⁴. In se medesima, è un metodo donde può derivare, allo stesso titolo,

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Cfr. IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 814.

²¹⁸ Cfr. A. CARRINO, *op. cit.*, p. 7.

²¹⁹ Per Kelsen, infatti, «il metodo democratico o autocratico, con il quale si crea e si applica un ordinamento sociale, non impedisce alcun contenuto economico dell'ordine stesso» (H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 327). Infatti, a suo avviso, «non vi è alcuna relazione necessaria tra un sistema politico ed un sistema economico determinato» (*ibidem*), in quanto un sistema politico «è in primo luogo una procedura o un metodo per la creazione e l'applicazione di un ordinamento sociale» (*ibidem*). Cfr. anche *ivi*, p. 382.

²²⁰ Ciò, sebbene Kelsen ammetta che «forse la democrazia è più favorevole al capitalismo che al socialismo» (*ibidem*), e che «la meta finale del socialismo «non è quella di costruire la democrazia, ma di sbarazzarsene» (*ivi*, p. 329).

²²¹ Cfr. *ivi*, p. 340. Secondo Kelsen, «la dottrina marxista secondo cui la democrazia può essere attuata solo in un sistema economico socialista, è evidentemente errata. Non ne deriva però che la democrazia non possa essere attuata in un tale sistema e che il socialismo e la democrazia siano tra loro incompatibili» (*ibidem*).

²²² IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 137.

²²³ IDEM, *Demokratie*, cit., p. 33.

²²⁴ A. CARRINO, *op. cit.*, p. 16. Proprio in quanto configura la democrazia su base procedurale, la teoria kelseniana è stata ritenuta di carattere descrittivo (cfr. N. BOBBIO, *Stato, governo, società frammenti di un dizionario politico*, Einaudi, Torino 1985, pp. 129-130).

qualsivoglia contenuto. Essa riguarda il “come” piuttosto che il “che cosa”²²⁵. Allo stesso titolo, essa ha un carattere avalutativo, come avalutativa intende essere programmaticamente la teorizzazione kelseniana, pur recando in sé innegabili presupposti valutativi²²⁶.

Nel complesso, quindi, la democrazia è compatibile con le più diverse dottrine politiche o economiche, sebbene presupponga – precisa Kelsen – il «liberalismo politico»²²⁷. Essa prescinde, in linea di tesi, anche dal parlamentarismo²²⁸. Anzi, per se stesso, il Parlamento è limitativo della libertà (asse della democrazia), in quanto fa proprio sia il “principio di maggioranza” sia il criterio della “divisione del lavoro” (con la conseguente differenziazione sociale)²²⁹, donde sorge il Parlamento come organo della formazione della volontà statale²³⁰.

²²⁵ A riguardo è stato rimarcato che tale carattere formale-procedurale costituisce un aspetto problematico del pensiero kelseniano, dal momento che «anche sotto l'aspetto economico la democrazia è assai meno formale, neutra o asettica di come Kelsen la descrive. Anche economicamente, come già politicamente (diritti di libertà) e moralmente (individualismo etico), essa attinge a fonti liberali. Prosciugando le quali, Kelsen riduce la democrazia a ciò che di fatto non è» (G. PECORA, *op. cit.*, cit., p. 9). Infatti, prosegue l'analisi, «la libertà liberale [...] viene prima della libertà democratica» (*ivi*, p. 73) – sebbene, per l'A., quanto a precedenza non quanto a preminenza – donde «la dipendenza [...] della democrazia dal liberalismo. La democrazia presuppone il liberalismo. L'una si diparte dall'altro» (*ivi*, p. 77). Ora, «se la democrazia è una procedura, una forma, e una forma che è indipendente da qualsivoglia contenuto, ne deriva, a rigore, che essa – la democrazia – dovrebbe poter prescindere anche dai diritti di libertà. Questi, infatti, muovono da una precisa concezione politica, sono il retaggio dell'idea liberale; che per Kelsen è una, ma soltanto una, delle tante ideologie che danno sostanza alle forme democratiche» (*ivi*, p. 25). Pertanto «anche a volerne scontare le incoerenze [...] l'insegnamento di Kelsen appare manchevole su di un doppio versante: giuridico ed etico. Giuridico, perché – come sappiamo – la democrazia necessita dei diritti liberali di libertà; ed etico perché questi stessi diritti rimangono inefficaci finché non si accompagnano ad una credenza comune e ad un comune sentire» (*ivi*, p. 37).

²²⁶ Quanto meno, come è stato rilevato, «nonostante la cura con cui il giurista austriaco si premura di separare la propria riflessione giuridica, scientifica e avalutativa, da quella politica, pure la distinzione tra le due sfere appare assai problematica» (A. SCALONE, *op. cit.*, pp. 250-251).

²²⁷ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 293.

²²⁸ Nello Stato moderno, tuttavia, a giudizio di Kelsen, la democrazia è, di fatto, impossibile senza il parlamentarismo (cfr. IDEM, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., p. 148).

²²⁹ Cfr. *ivi*, p. 150.

²³⁰ In tal senso, «la creazione della volontà statale per opera di un parlamento [...] costituisce un inevitabile compromesso tra il principio di libertà e quello di divisione del lavoro sociale» (*ivi*, p. 167).

Pertanto la democrazia indica essenzialmente una procedura: per se stessa ha carattere procedurale²³¹. In tal senso, emerge una innegabile omogeneità tra teoria della democrazia e teoria pura del diritto²³². L'impianto della democrazia ha, altresì, un carattere razionalistico, in quanto l'ordinamento giuridico dello Stato è prodotto come un sistema di norme «creato secondo una procedura organizzata proprio a questo scopo»²³³. Tale impostazione equivale ad una tecnica, in base alla quale viene formata la volontà dello Stato con una conseguente "razionalizzazione del potere"²³⁴.

Come tale, la democrazia può dar luogo ai più diversi impianti normativi, quanto all'architettura ed ai fini. Proprio il formalismo procedurale, però, suscita interrogativi decisivi e dirimenti, che riguardano la possibilità stessa della democrazia, là dove essa sia intesa come indifferente a qualsivoglia contenuto e perciò suscettibile di assumerne i più diversi, anche eventualmente contrastanti con le sue stesse premesse²³⁵.

²³¹ Gli stessi partiti, nel sistema democratico, sono concepiti secondo una logica funzionale, in modo procedurale (cfr. D. RAGAZZONI, *op. cit.*, cit., p. 172).

²³² Cfr. L. RIZZI, *op. cit.*, p. 114.

²³³ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 240.

²³⁴ Per Kelsen, infatti, «Stato e diritto devono indubbiamente essere considerati due lati differenti dello stesso fatto» (IDEM, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, cit., p. 455). Tesi, che non può non rilevare anche per quanto riguarda la democrazia (o meglio, lo Stato democratico).

²³⁵ La questione è stata efficacemente così condensata: «In realtà l'argomentazione kelseniana è tutt'altro che soddisfacente perché ritiene di potersi sottrarre o comunque di poter rispondere surrettiziamente, soltanto in modo implicito, a quesiti la cui decisività e perentorietà minano invece nei presupposti il suo impianto concettuale. Quale è, dunque, la natura dei diritti e delle libertà fondamentali? Gli stessi costituiscono o non costituiscono elementi essenziali della democrazia? Può darsi una mera forma democratica senza un dato contenuto materiale? E cosa accade alla forma di governo democratica se tali diritti sono annullati?» (M. CASERTA, *op. cit.*, p. 32). Difatti «una legge costituzionale può [...] essere modificata, fatte salve le dovute procedure, il che vuol dire che formalmente la democrazia potrebbe veder negati i diritti fondamentali in capo anche ad un congruo numero di soggetti, purché minoritario, senza per questo perdere la sua natura, cosa che comporterebbe l'ulteriore conclusione per la quale tali diritti non sarebbero da ritenersi consustanziali alla forma democratica» (*ivi*, p. 33). Così «si vede come [...] l'intento kelseniano di elaborare una dottrina della democrazia, al riparo da forzature ideologiche attraverso una configurazione procedurale della forma di governo, si areni di fronte alla contraddittorietà delle conclusioni cui lo portano le sue stesse premesse. Nello specifico fallisce il tentativo di individuare la garanzia della minoranza attraverso i diritti fondamentali, senza però assumere in modo pieno ed inequivocabile gli stessi nella loro determinazione sostanziale come momenti costitutivi della democrazia e restituendo gli stessi alla loro necessitata valenza universale» (*ivi*, pp. 33-34). In sostanza, «una forma politica non può contenere tutto, pena contraddirsi e produrre il suo dissolvimento. Una forma politica non può non compiere un minimo di scelte fondamentali la cui intangibilità è condizione della propria identità e persistenza come specifica forma politica» (*ivi*, p. 40).

Nonostante tale programmatica proceduralità, Kelsen sostiene che «la democrazia moderna non può essere separata dal liberalismo politico»²³⁶ e che la democrazia manifesta una «avversione alle ideologie religiose e metafisiche»²³⁷. Sicché, diversamente dalle premesse avalutative²³⁸ – anzi in contrasto con queste – tale nozione di democrazia presuppone, comunque, giudizi di valore e contenuti ideologici²³⁹, tali da tradursi in precise opzioni.

Al contempo, sostenendo che la democrazia non può essere scissa dall'autonomia dell'individuo («che è la vera essenza del razionalismo»²⁴⁰), questa impostazione vede riemergere una estraneità e/o un almeno virtuale antagonismo dell'individuo rispetto all'ordinamento, problema che la democrazia stessa sarebbe – in origine – chiamata a risolvere.

A tenore di questa visuale non è arduo rilevare che, se da una parte, nelle sue premesse, la democrazia presuppone le libertà liberali e ad esse è vincolata, dall'altra, nella sua attuazione, ne prescinde fino a poterle variamente comprimere, sulla base della volontà statale democraticamente determinata. Entrambi i rami delle opposte alternative derivano dalla medesima sorgiva teorizzazione.

3.2 Contrariamente a quanto potrebbe sembrare di primo acchito, la dottrina kelseniana della democrazia non prende le mosse da una impostazione “puramente” giuridico-normativa, ma da una assunzione filosofica. Il giurista praghese lo dichiara esplicitamente: «se io mi pronuncio a favore della democrazia, lo faccio esclusivamente [...] a causa [...] del legame che esiste fra una democrazia e una teoria relativista»²⁴¹.

²³⁶ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 237. È stato evidenziato che «la democrazia che si adatta meglio all'atteggiamento mentale del relativista è quella che fa suoi tutti gli attributi del liberalismo politico» (G. PECORA, *op. cit.*, p. 96).

²³⁷ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 242.

²³⁸ Con riferimento alla questione, è stato rimarcato «quanto la concezione democratica kelseniana non sia interamente e coerentemente procedurale» (S. LAGI, *La democrazia di Hans Kelsen: tra procedura ed etica*, cit., p. 258).

²³⁹ In definitiva, «l'atteggiamento scientifico neutrale, proprio della teoria pura, suppone anch'esso una ideologia: quella democratica [...] La neutralità in altre parole è un atteggiamento ideologico, quello della democrazia» (cfr. N. MATTEUCCI, *op. cit.*, p. 455). Cfr. E. MOCK, *Hans Kelsens Verhältnis zum Liberalismus*, in W. KRAWIETZ - E. TOPITSCH - P. KOLLER (a cura di), *Ideologiekritik und Demokratie-Theorie bei Hans Kelsen*, cit., pp. 439-444.

²⁴⁰ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 239.

²⁴¹ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 130.

Per Kelsen, la causa della democrazia è la causa del relativismo, e viceversa²⁴². Con l'una sta o cade l'altra. La causa democratica è coestensiva a quella della libertà e dell'uguaglianza, intese come «elementi essenziali del relativismo filosofico»²⁴³, ovvero come omologhe al relativismo. Di conserva, la personalità democratica è una personalità relativistica²⁴⁴. La democrazia è «relativismo politico»²⁴⁵. La stessa giustificazione della democrazia è puramente relativistica²⁴⁶.

Secondo la formulazione kelseniana, il relativismo parte «dalla impossibilità di riconoscere una verità od un valore assoluti»²⁴⁷, giacché la realtà «è relativa al soggetto cosciente»²⁴⁸ (inteso individualisticamente). L'attitudine relativistica viene opposta a quella di un generico «assolutismo filosofico»²⁴⁹. Come tale, il relativismo esclude il realismo (metafisico), ovvero la tesi della conoscibilità della realtà e della capacità del pensiero di attingere principi o «valori»²⁵⁰. Il relativismo importa il fenomenismo, per cui la realtà non si dà in quanto tale, ma «esiste solo all'interno della conoscenza

²⁴² Kelsen ne trova una conferma nella storia della filosofia: «quasi tutti i maggiori esponenti della filosofia relativistica furono politicamente favorevoli alla democrazia, mentre i seguaci dell'assolutismo filosofico, i grandi metafisici, furono favorevoli all'assolutismo politico e contro la democrazia» (IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 252). Dove l'assolutismo corrisponde, essenzialmente, ad una concezione teoretica fondata sull'intelligibilità della natura, della finalità e dell'ordine della *polis*, equivalente, secondo l'espressione kelseniana, ad «un sistema politico basato sulla credenza nei valori assoluti» (*ivi*, p. 261).

²⁴³ *Ivi*, p. 218.

²⁴⁴ Cfr. *ivi*, p. 234.

²⁴⁵ *Ivi*, p. 264. Parimenti «il relativismo è la concezione del mondo presupposta dal pensiero democratico» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 817). Cfr. anche *ivi*, p. 819.

²⁴⁶ Cfr. IDEM, *Was ist Gerechtigkeit?* trad. it. *Che cos'è la giustizia?*, in IDEM, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 405.

²⁴⁷ IDEM, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., p. 177. Ad avviso di chi scrive, l'impossibilità dichiarata della conoscenza della verità consente, tra l'altro, di riconoscere che, come è stato osservato, «il formalismo kelseniano, in diritto e in politica, è l'altra faccia del suo pessimismo antropologico, che non a caso si rivela particolarmente per quanto concerne la sua filosofia della democrazia» (A. CARRINO, *op. cit.*, p. 19).

²⁴⁸ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 214. Per Kelsen, infatti, «l'oggetto della conoscenza rappresenta esso medesimo un fatto conoscitivo» (IDEM, *Demokratie*, cit., p. 6).

²⁴⁹ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 211.

²⁵⁰ È stato segnalato che il relativismo come principio metodico, nella teorizzazione kelseniana (già dal 1920), è «in stretto rapporto con gli elementi di pragmatismo epistemico di Mach» (L. RIZZI, *op. cit.*, p. 103).

umana»²⁵¹. Al contempo, esso viene identificato, senza ulteriori precisazioni, anche come «empirismo antimetafisico»²⁵².

Specificamente, il relativismo democratico kelseniano presuppone l'analogia tra teoria giuridico-politica e teoria della conoscenza²⁵³, dove l'analogato principale appare quest'ultima, piuttosto che la prima. Sotto questo orizzonte, ogni valutazione è qualificata – nella linea weberiana²⁵⁴ – come soggettivistica (e perciò irrazionale), in quanto derivante da «desideri e timori»²⁵⁵. Sicché i valori hanno esclusivamente un significato soggettivistico. Come tali sono il corrispettivo di condizioni emotive²⁵⁶ (dell'individuo) e non sono accertabili obiettivamente²⁵⁷. Il giudizio di valore (come la gerarchia dei valori) risulta, così, inverificabile razionalmente²⁵⁸. Un "sistema di valori" è indicato come un fenomeno sociale, sempre contestualmente determinato e diversificato.

Il dover essere è inteso come del tutto eterogeneo rispetto all'essere. Le due nozioni stanno tra loro a modo di normatività e causalità²⁵⁹. Come per l'empirismo umano, anche secondo il relativismo kelseniano, dall'essere non è ricavabile alcun dover essere²⁶⁰. Il passaggio dall'essere al dover essere è dichiarato fallace, e come tale costituisce un errore. La realtà, identificata con l'empiria effettuale, è retta dalla trama

²⁵¹ H. KELSEN, *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, trad. it. *Assolutismo e relativismo nella filosofia e nella politica*, in IDEM, *La democrazia*, cit., p. 442.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Cfr. L. RIZZI, *op. cit.*, p. 99.

²⁵⁴ Su tale continuità kelseniano-weberiana si sofferma N. BOBBIO, *Dalla struttura alla forma. Nuovi studi di Teoria del diritto*, Comunità, Milano 1977, pp. 194-195.

²⁵⁵ H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 220.

²⁵⁶ Cfr. IDEM, *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, trad. it. *La dottrina del diritto naturale dinanzi al tribunale della scienza*, in IDEM, *I fondamenti della democrazia*, cit., p. 340.

²⁵⁷ Cfr. *ivi*, p. 369.

²⁵⁸ Cfr. IDEM, *Was ist Gerechtigkeit?*, cit., pp. 400-401.

²⁵⁹ Cfr. IDEM, *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, cit., p. 338.

²⁶⁰ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 286. Per Kelsen «non vi è alcuna illazione logica dall'essere al dover essere, dalla realtà naturale al valore morale o legale» (IDEM, *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, cit., p. 339). La stessa classica definizione della giustizia viene dichiarata «completamente vuota» (IDEM, *Was ist Gerechtigkeit?*, cit., p. 412) e tale da consentire di «giustificare qualsiasi ordine sociale» (*ibidem*). Parimenti la legalità nulla attesta circa la giustizia (cfr. *ivi*, p. 415).

necessitante della causalità, rispetto alla quale è estranea una normatività intrinseca²⁶¹. Mentre il dover essere è assimilato alle istanze soggettivisticamente inverificabili.

In una visione d'insieme, il relativismo, assimilato all'agnosticismo, risulta una premessa, alla quale "rassegnarsi"²⁶², piuttosto che la conclusione di una ricerca (tanto da essere stato definito come «ingenuo»²⁶³). La democrazia è incompatibile, per Kelsen, con la realtà (logico-ontologica) e la possibilità (gnoseologico-pratica) della verità²⁶⁴. Siccome dal primato della verità all'autorità del bene – donde il dovere di conformarvisi anche socialmente – vi è una consequenzialità inoppugnabile²⁶⁵, l'esclusione di quel primato comporta di conseguenza anche l'inibizione di quell'autorità. Diversamente, l'ammissione del primo richiede l'accettazione della seconda. Su queste premesse s'intende che l'opposizione tra democrazia ed autocrazia è paradigmatica. L'autocrazia vi appare come una sorta di antitesi perfetta, quasi ipostatizzazione di una negatività assoluta, configurandosi come termine di una alternativa globale, che va dall'ambito giuridico-politico a quello psicologico-noetico.

La democrazia fa emergere, dunque, una questione filosofica prima ancora che teorico-giuridica. Il problema della verità – come mostra esplicitamente Kelsen – è decisivo: lo è quanto alla concezione del mondo come quanto all'ordinamento giuridico-politico²⁶⁶. La *Weltanschauung* kelseniana assume, come presupposto,

²⁶¹ Kelsen presuppone che le norme possano derivare esclusivamente dalla volontà (cfr. IDEM, *Was ist Gerechtigkeit?*, cit., p. 420), mentre la natura è concepita come «sistema di fatti collegati fra loro secondo la legge di causalità» (*ibidem*).

²⁶² Cfr. IDEM, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., p. 180.

²⁶³ M. CASERTA, *op. cit.*, p.42.

²⁶⁴ «La causa della democrazia risulta disperata se si parte dall'idea che sia possibile la conoscenza della verità assoluta, la comprensione di valori assoluti» (H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 139).

²⁶⁵ «Di fronte all'autorità del bene assoluto che tutto domina, a coloro cui questo bene porta la salute non resta che l'ubbidienza, l'ubbidienza incondizionata e grata a colui che, in possesso del bene assoluto, conosce e vuole tale bene» (*ibidem*).

²⁶⁶ «Questa è la questione decisiva: cioè, se esista oppure no una conoscenza della verità assoluta, un'intuizione dei valori assoluti. Questa è la contrapposizione principale tra le concezioni del mondo e della vita, in cui si inserisce la contrapposizione tra autocrazia e democrazia [...] A questa contrapposizione di concezioni del mondo corrisponde una contrapposizione di concezioni dei valori, specialmente di attitudini politiche fondamentali» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 816).

L'opzione del relativismo ed una epistemologia empiristico-positivistica²⁶⁷. La democrazia teorizzata «è l'espressione di un relativismo politico»²⁶⁸. La tesi è asseverata apoditticamente, nonostante le diverse questioni che essa vede profilarsi²⁶⁹.

Pertanto il relativismo trova il suo corrispettivo svolgimento tanto nell'ambito epistemologico quanto in quello assiologico²⁷⁰, come il giurista praghese evidenzia in *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. Sicché la teoria democratica implica, con le questioni giuridico-politiche anche quelle connesse alla conoscenza ed alle valutazioni. In modo consentaneo, la tolleranza²⁷¹ (intesa, qui, indifferentisticamente)²⁷² finisce per essere relativizzata (all'ambito di un determinato ordinamento positivo)²⁷³.

La separazione riferita al rapporto tra contenuto e forma della democrazia, intende la forma come un *prius*, per sé avulso da qualsivoglia corrispettivo nell'esperienza, ed il contenuto come una variabile (indipendente) della forma. Tuttavia non è arduo rilevare che non solo una pura possibilità formale corrisponde solo ad un'entità logica, ma anche una pura empiricità è una astrazione ipostatizzata. In entrambi i casi, ad esse nulla corrisponde per se stesso *in re*. Piuttosto, la forma (come il metodo) è tale sempre in rapporto ad un determinato contenuto, e non viceversa. Il loro rapporto, concepito

²⁶⁷ «Alla concezione critico-relativista del mondo si ricollega un'attitudine democratica» (*ivi*, p. 140). Reciprocamente «il relativismo è quella concezione del mondo che l'idea democratica suppone» (IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 141).

²⁶⁸ *Ivi*, p. 143.

²⁶⁹ In riferimento al tema, è stato notato che «il relativismo della conoscenza dice troppo o troppo poco se tradotto in relativismo politico, per lo meno nel modo come Kelsen pretende di fare. Troppo, per la generale indisponibilità dell'oggetto politico, valori, convincimenti, azioni, ad essere ricondotto ai parametri di osservabilità, quantificazione e misurabilità dell'oggetto fisico e al conseguente progetto di verifica; troppo poco perché, pur prescindendo da qualsivoglia valutazione assiologica, valori, convincimenti ed azioni sono tutt'altro che interscambiabili per il semplice fatto che la loro affermazione produce conseguenze tutt'altro che fungibili» (M. CASERTA, *op. cit.*, p. 40).

²⁷⁰ Cfr. H. KELSEN, *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, cit., p. 441.

²⁷¹ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 309. È interessante notare che Kelsen coglie una incoerenza tra una politica che «presupponga il relativismo» (*ivi*, p. 313) ed una religione che «presuppone l'assolutismo» (*ibidem*), ovvero l'Assoluto (attinto o per via razionale o per via teologale). Talché «una ideologia religiosa della democrazia si basa proprio su questa incoerenza» (*ivi*, p. 314). Analogamente, il giurista praghese rileva che un "cristianesimo secolarizzato" costituisce una «contraddizione in termini» (*ivi*, p. 318).

²⁷² Considera problematicamente la nozione kelseniana di tolleranza V. POSSENTI, *Democrazia e filosofia. Le aporie della fondazione della democrazia in Hans Kelsen*, in «Rivista di filosofia neoscolastica», IV (1987), p. 545.

²⁷³ Cfr. H. KELSEN, *Was ist Gerechtigkeit?*, cit., p. 430.

in termini del tutto estrinseci giunge a potersi spingere fino alla reciproca incomunicabilità²⁷⁴.

In sostanza, la democrazia fa propria la “logica di Pilato”. Questi, infatti, nel processo a Gesù, pur chiedendosi che cosa sia la verità, esclude di fatto che il quesito ammetta una risposta, e, pur convinto dell’innocenza dell’accusato, lascia che gli sia preferito Barabba²⁷⁵. Secondo Kelsen, Pilato ha agito con coerenza democratica, «rimettendo la decisione del caso al voto del popolo»²⁷⁶. Così finanche il giudizio sull’innocenza o la colpevolezza è suscettibile di essere semplicemente il risultato di una votazione. La democrazia si palesa come “la democrazia di Pilato”.

3.3 Ben si intende che, in questa visuale, la democrazia non richiede né la conoscenza del bene comune²⁷⁷ né il perseguimento della giustizia²⁷⁸. Sulla premessa del relativismo, infatti, né il bene comune né la giustizia sono conoscibili o concepibili²⁷⁹.

Di conseguenza, non è possibile alcuna fondazione della teorizzazione della democrazia, ma solo una “giustificazione”²⁸⁰, o meglio è plausibile solo l’esposizione di proposizioni che ne illustrano la preferibilità. La stessa possibilità del discorso democratico – come è stato osservato – «è ravvisata da Kelsen nella rinuncia

²⁷⁴ Cfr. M. CASERTA, *op. cit.*, pp. 43-45. Ciò, fino al punto che «la democrazia mera forma dapprima alimenta la propria malattia e poi lascia che questa la uccida» (*ivi*, p. 46)

²⁷⁵ Cfr. H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., pp. 143-144.

²⁷⁶ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 265. Kelsen osserva che, riconosciuta la divinità di Cristo, l’appello al voto popolare fatto da Pilato costituisce «certamente un serio argomento contro la democrazia» (*ivi*, p. 268), ma l’argomento, a suo avviso, può essere vincolante solo sulla base di una incondizionata certezza soggettiva.

²⁷⁷ Cfr. *ivi*, p. 185. Per Kelsen «non esiste un bene comune obiettivamente determinabile» (*ivi*, p. 186). Ciò che – a tenore dell’analisi di R. GATTI, *Il filo spezzato. Ragione e democrazia in Hans Kelsen*, in R. GATTI (a cura di), *Democrazia, ragione e verità*, Massimo, Milano 1994, pp. 20-23 – finirebbe per estenuare la stessa democrazia.

²⁷⁸ A parere di Kelsen «è impossibile rispondere per la stessa via [razionale] alla domanda: in cosa consiste la giustizia» (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, cit., p. 58. La “dottrina pura del diritto”, infatti, «si occupa del diritto reale e possibile, e non già del diritto giusto [...] Essa si rifiuta di valutare il diritto positivo» (*ivi*, p. 59). D’altronde, per Kelsen «il diritto positivo – ossia la scienza pura del diritto – è il solo valido [...] ma lo può essere solo perché rinuncia alla pretesa di essere assolutamente giusto» (L. RIZZI, *op. cit.*, p. 108-109).

²⁷⁹ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 275.

²⁸⁰ Cfr. L. RIZZI, *op. cit.*, cit., p. 100.

all'assolutezza»²⁸¹, occorrendo «rinunciare ad una razionalità intuitivamente valida ed accettare una "denaturazione" del valore»²⁸².

Coerentemente, la democrazia è indicata non come il "governo per il popolo", ma come il "governo del popolo". Riferendosi alla finalità, il primo potrebbe essere attuato anche dall'autocrazia²⁸³, mentre il secondo trova nella prassi-procedura democratica la sua forma ed il suo contenuto, assegnando a se medesimo gli scopi che, da essa, volta a volta, derivano.

In democrazia non importano i giudizi di valore, come tali, ovvero come validi in se medesimi. Sicché neppure dovrebbero rilevare quelli a favore della democrazia²⁸⁴. Kelsen stesso ammette che non può essere dimostrato che la democrazia sia «la migliore forma di governo»²⁸⁵. Altrimenti, la connotazione obiettivamente dirimente della verità vi si riproporrebbe istantemente. Per il giurista praghese, infatti, le valutazioni esprimono – come per Max Weber – soltanto attitudini soggettive²⁸⁶. Nulla potendo attestare di obiettivo, tutti i valori sono relativi (all'individuo che li afferma o li nega). Lo sono in dipendenza delle opinioni e delle preferenze di coloro i quali se ne fanno assertori. Come tali esulano dalla considerazione scientifica e da quella giuridica.

Avendo l'autorità, come tale, un carattere assiologico e verticale, ben si intende che per Kelsen la democrazia non trova rispondenza nel principio di autorità, inconfondibile, in se stesso, col potere. Perciò, siccome la paternità è modello di ogni autorità, la democrazia si configura come «una società senza padre»²⁸⁷, ovvero come «una comunità di uguali»²⁸⁸.

In definitiva, per il teorico della dottrina pura del diritto, la democrazia indica una determinata forma di organizzazione del potere: «un governo a cui il popolo partecipa direttamente o indirettamente, vale a dire un governo esercitato mediante decisioni

²⁸¹ *Ivi*, p. 104.

²⁸² *Ibidem*.

²⁸³ Cfr. H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 185.

²⁸⁴ Il relativismo – precisa Kelsen – richiede che «i giudizi di valore in generale [...] ed in particolare il giudizio che la democrazia è una buona o la migliore forma di governo non può essere provato come assoluto per mezzo di una conoscenza razionale e scientifica» (*ivi*, p. 262).

²⁸⁵ *Ivi*, p. 267.

²⁸⁶ Per Kelsen, riconoscere un fine in sé (ultimo), ovvero un fine (o un valore) che non sia anche mezzo, «è al di là della conoscenza scientifica» (*ibidem*).

²⁸⁷ *Ivi*, p. 244.

²⁸⁸ *Ibidem*. Seguendo tale impianto si potrebbe inferire che la democrazia si profila come una "società di orfani".

prese a maggioranza da un'assemblea popolare o da uno o più gruppi di individui o anche da un solo individuo eletto dal popolo»²⁸⁹. Secondo questa impostazione, l'attività di governo viene fatta consistere nella "creazione delle norme", ovvero nel potere legislativo, le cui modalità di attuazione sono fissate a loro volta da altre norme.

Lo stesso Kelsen precisa che la nozione di democrazia comporta quella di un «governo che rappresenta il popolo in senso meramente "costituzionale"»²⁹⁰, ovvero secondo le norme che fissano sia la nozione di popolo (cioè gli aventi diritto al voto) sia quella di rappresentanza, sia quella di parlamento (e che di questo regolano l'attività). Ora, poiché nella linea della democrazia «il potere del popolo è illimitato»²⁹¹, la democrazia si sostanzia nella produzione democratico-parlamentare delle norme, quale che ne sia il contenuto e la finalità.

4. *Relativismo, verità, democrazia*

4.1 Kelsen distingue tra l'ideologia della democrazia e la sua realtà²⁹². La prima esibisce postulati giustificativi assunti convenzionalmente; la seconda presenta una fisionomia normativa, che presuppone diverse finzioni giuridiche. Quanto ai primi, tali sono la libertà assunta come conato originario, che esclude qualsivoglia eterodeterminazione, e l'uguaglianza intesa in senso geometrico, nonché il loro rapporto di complicazione. Quanto alle seconde possono essere indicate: il contratto sociale, la rappresentanza politica²⁹³, l'unità del popolo e l'identità rappresentativa tra volontà della maggioranza e volontà dello Stato. Costituisce, altresì, una finzione la libertà del cittadino in quanto rappresentato da un eletto in parlamento²⁹⁴, nonché

²⁸⁹ *Ivi*, p. 186. Nella Stato moderno, la democrazia corrisponde, secondo l'impianto kelseniano, ad un «governo di rappresentanti eletti dal popolo» (*ivi*, p. 193), dove le elezioni siano svolte a «suffragio universale, uguale, libero e segreto» (*ivi*, p. 186).

²⁹⁰ *Ivi*, p. 210.

²⁹¹ *Ivi*, p. 188. Ciò, diversamente dalle limitazioni richieste dallo stesso liberalismo (cfr. *ibidem*).

²⁹² Cfr. IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 96.

²⁹³ Cfr. IDEM, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., p. 151.

²⁹⁴ Secondo Kelsen «la volontà, per rimanere libera, deve determinarsi soltanto da sola, la volontà dominatrice degli eletti deve valere come volontà degli elettori» (IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 125). Al contempo «dalla elezione si forma un organo che crea la volontà dominatrice che sottomette gli elettori» (*ibidem*).

«l'identificazione fittizia degli elettori con gli eletti»²⁹⁵. La stessa sovranità popolare, che fa da sfondo alla democrazia, «è una maschera totemistica»²⁹⁶, dietro la quale si cela un potere per sé dominatore. In questa linea non si dà alcun interesse generale, ma solo, volta a volta, il prevalere degli obiettivi operativi di gruppi egemoni²⁹⁷. Attribuire a questi la qualifica di interesse collettivo costituisce un'ulteriore finzione²⁹⁸.

Ora, non è arduo osservare che tanto i postulati quanto le finzioni costituiscono elementi basilari solo in modo puramente convenzionale. Essi sono tali in quanto si configurano come impermeabili rispetto alla verità. Ma, proprio in quanto tali, questi esprimono una loro intelligibilità, ovvero presuppongono e contengono la verità di se medesimi.

Paradossalmente, proprio l'opzione relativistica kelseniana fa emergere come decisiva, anche in campo giuridico-politico, la questione della verità. Essa rileva tanto sotto il profilo gnoseologico quanto sotto quello assiologico, ovvero considerando la verità sia come criterio e termine noetico, sia come principio e fondamento valutativo. L'antitesi tra autocrazia e democrazia trova la sua ragion d'essere proprio in rapporto alla questione della verità. L'opposizione tra la prima e la seconda non è né un elemento puramente normativo né un'espressione meramente contestuale. Essa afferisce oltre che al campo epistemologico ed assiologico, anche a quello psicologico ed etico²⁹⁹.

Per il giurista praghese, l'autocrazia rappresenta "l'assolutismo" e la democrazia "il relativismo". L'opposizione tra queste si dà come quella tra obiettivismo e razionalismo, o altrimenti tra primato dell'essere e primato del conoscere. Insomma «l'antagonismo tra assolutismo e relativismo filosofico trova il suo posto tra l'epistemologia e la teoria dei valori»³⁰⁰.

²⁹⁵ *Ivi*, p. 125.

²⁹⁶ *Ivi*, p. 126.

²⁹⁷ «Non c'è per l'appunto alcun "interesse collettivo", ma sempre solo interessi di gruppi che conquistano per sé in qualche modo il potere statale, la volontà dello Stato» (IDEM, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, cit., p. 532).

²⁹⁸ Cfr. *ivi*, p. 534.

²⁹⁹ Tale opposizione è determinata, secondo Kelsen, dalla autoconsiderazione del proprio ego e dal suo rapporto con gli altri e con gli oggetti, da parte del filosofo e del politico (cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 212).

³⁰⁰ *Ibidem*.

L'alternativa tra democrazia ed autocrazia³⁰¹ fissa due «tipi ideali»³⁰², piuttosto che individuare propriamente dei dati reali (giacché l'esperienza non presenta mai né l'una né l'altra in purezza)³⁰³. Allo stato puro non esistono né l'una né l'altra³⁰⁴. Alla prima corrisponderebbe il regime dell'autonomia o dell'"autocefalia", alla seconda quello dell'eteronomia³⁰⁵ o dell'"eterocefalia"³⁰⁶. Esse si traducono in distinte modalità di produzione dell'ordinamento giuridico: rispettivamente "dal basso" o "dall'alto"³⁰⁷.

L'autocrazia, però, è fissata con tali caratteri manichei, da rappresentarla come una sorta di "negatività assoluta", del tutto ripugnante sotto il profilo razionale. Infatti all'autocrazia corrisponde una forma politica caratterizzata da un potere irrazionale e tirannico – dove «non esiste alcuna forma di discussione [...] ma solo il diktat»³⁰⁸ e dove vige «totale negazione del valore della libertà, [e] massimizzazione del potere»³⁰⁹ – pienamente sottomessa ad un capo (con poteri dittatoriali) e tendenzialmente imperialista³¹⁰.

Così intese, democrazia ed autocrazia stanno l'una in rapporto all'altra come il "relativismo politico" sta all'"assolutismo politico". In tal senso, il problema si colloca a pieno titolo nel campo della filosofia teoretica, travalicando i confini della scienza giuridico-politica, intesa avalutativamente, alla quale programmaticamente e

³⁰¹ Queste corrispondono, anzitutto, a «due tipi di costituzioni» (IDEM, *General Theory of Law and State*, cit., p. 289), la cui distinzione «è basata sull'idea di libertà politica» (*ibidem*), intesa nel senso indicato.

³⁰² *Ibidem*. Ciò, anche se Kelsen ha identificato, occasionalmente, l'autocrazia con la "monarchia assoluta", pur indicandone, peraltro, il suo condensarsi novecentesco nella "dittatura di partito".

³⁰³ Secondo Kelsen, «ogni Stato rappresenta una combinazione di elementi di entrambi i tipi, di modo che talune comunità sono più vicine all'uno, e talune all'altro» (*ibidem*).

³⁰⁴ Cfr. IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 727. Secondo questa impostazione, è stato osservato che «un sistema non può mai dirsi integralmente e totalmente democratico (o totalmente autocratico)» (G. GAVAZZI, *op. cit.*, cit., p. 23).

³⁰⁵ Sulla base di questa classificazione, nel primo caso, «chi pone la norma e chi la riceve sono la stessa persona» (R. DE CAPUA, *op. cit.*, p. 62); mentre, nel secondo caso, «chi pone la norma è una persona diversa da quella che la riceve» (*ibidem*). A tenore della medesima impostazione, è stato segnalato che alla prima corrisponde il sistema dell'elezione ed alla seconda quello della nomina (cfr. *ivi*, p. 67).

³⁰⁶ Cfr. D. RAGAZZONI, *op. cit.*, p. 143.

³⁰⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1985, pp. 96-97.

³⁰⁸ H. KELSEN, *Staatsform und Weltanschauung*, trad. it. *Forme di governo e concezioni del mondo*, in IDEM, *Il primato del parlamento*, cit., p. 47.

³⁰⁹ *Ivi*, p. 45.

³¹⁰ Cfr. *ivi*, pp. 45-53.

metodologicamente, Kelsen dichiara di volersi attenere³¹¹. Tale alternativa chiama in causa – sempre secondo il giurista praghese – i principi dell'etica³¹²; anzi addirittura «tale contrasto deriva dalla posizione che si assume nei confronti dell'assoluto»³¹³. In ogni caso, è possibile rilevare che, per determinare la consistenza logico-ontologica di tale opposizione, occorre che ciascuna delle nozioni abbia una intelligibilità – quindi una verità – propria, e che essa sia appunto indagata in profondità, ovvero filosoficamente. Altrimenti l'opposizione stessa risulta inconcepibile, in se medesima.

Per Kelsen, come già rilevato, vi è una essenziale analogia tra politica ed epistemologia³¹⁴. La simmetria indicata, però, non trova corrispondenza nell'omologa antitesi tra sostanzialismo e funzionalismo. Infatti, nella prospettiva realista è l'oggetto ad essere normativo per il soggetto; inversamente si dà nella visuale relativista. Ma per il giurista praghese il dominio del soggetto sull'oggetto si concreta nell'attitudine autocratica (e non in quella democratica). Sicché la relazione tra i due poli risulta invertita e contrastante rispetto alla prima coppia della proporzione.

D'altra parte, nonostante l'asserita consostanzialità (teorica) di democrazia e relativismo, il giurista praghese afferma che «l'esistenza della democrazia è in pericolo se l'ideale della conoscenza obiettiva è posto in secondo piano rispetto ad altri»³¹⁵. Non si intende, però, quale ideale propriamente detto e quale conoscenza obiettiva sia possibile sulla premessa del relativismo, né come tale ideale possa essere assolutamente vincolante per l'esistenza stessa della democrazia. Analoga difficoltà emerge allorché Kelsen afferma che le ideologie democratiche sono «più vicine alla realtà»³¹⁶, mentre proprio la realtà in quanto tale è dichiarata inaccessibile sulla premessa dell'agnosticismo relativistico.

4.2 Kelsen non offre una vera e propria definizione del relativismo. La sua formulazione è approssimativa ed eclettica. Si limita ad indicarlo, senza farne oggetto

³¹¹ L'impostazione kelseniana della teoria democratica intende restare programmaticamente nell'ambito scientifico, positivisticamente inteso (in termini di funzionalità, di formalità e di astrattezza), pur dichiarando il carattere filosoficamente dirimente della democrazia.

³¹² Cfr. H. KELSEN, *Staatsform und Weltanschauung*, cit., p. 40.

³¹³ *Ivi*, p. 55.

³¹⁴ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 212.

³¹⁵ *Ivi*, p. 239. Si tratta della conoscenza propria della scienza, o meglio delle scienze empiriche.

³¹⁶ *Ivi*, p. 242.

di discussione critica. Lo individua come «empirismo antimetafisico (o positivismo)»³¹⁷ e lo assimila, senza mediazioni concettuali, all'agnosticismo (gnoseologico-assiologico) ed al soggettivismo (empiristico-individualistico)³¹⁸. Talché il relativismo è configurato, senza distinzioni specifiche, come afferente al soggettivismo, all'empirismo, al razionalismo, al kantismo ed allo scetticismo³¹⁹. Peraltro, il relativismo viene associato genericamente all'idealismo (per cui la conoscenza è ritenuta una creazione del soggetto) e, nondimeno, il kantismo è asserito come teorizzatore del relativismo³²⁰. Contestualmente, relazione, relatività e relativismo risultano termini complessivamente assimilati³²¹.

Il solipsismo ed il pluralismo, per Kelsen sono solo "pericoli" cui andrebbe incontro il relativismo. Questo, però, sarebbe in grado di evitare entrambi, ammettendo che «gli individui, quali soggetti della conoscenza, sono uguali»³²², con la correlativa implicazione secondo la quale «i diversi processi di conoscenza delle menti dei soggetti sono eguali»³²³. Il solipsismo (psicologico) ed il pluralismo (valutativo) potrebbero essere evitati, quindi, facendo leva sulle «mutue relazioni tra i vari soggetti della conoscenza»³²⁴ e sulla uguaglianza degli individui, come «soggetti della conoscenza»³²⁵. Ma tale tesi risulta incompatibile proprio rispetto al soggettivismo asserito.

Infatti l'ammissione (previa) dell'uguaglianza dei soggetti della conoscenza e dei processi di conoscenza costituisce una affermazione realistica, con un evidente carattere di obiettività (come tale, "assoluta"). L'uguaglianza dei soggetti della conoscenza e dei processi conoscitivi costituisce una tesi che si pronuncia sulla natura delle cose, ovvero una tesi metafisica. Ciò che è interdetto dal relativismo professato. In altri termini, si tratta di una tesi che esclude il relativismo, e, reciprocamente, illegittima secondo il relativismo.

³¹⁷ *Ivi*, p. 215.

³¹⁸ A riguardo, può essere senz'altro condivisa la tesi secondo la quale «la democrazia è dunque per Kelsen la modernità stessa» (A. CARRINO, *op. cit.*, p. 11).

³¹⁹ Cfr. H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 216.

³²⁰ Cfr. IDEM, *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, cit., p. 443.

³²¹ Cfr. *ivi*, p. 447.

³²² *Ivi*, p. 444.

³²³ *Ibidem*.

³²⁴ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 217.

³²⁵ *Ibidem*.

Kelsen deduce che, come sono uguali i processi conoscitivi (dei diversi individui) così sono uguali gli stessi termini della conoscenza. Ma non è arduo rilevare che, solo contraddicendo la tesi relativistica, si può asserire l'omologia delle relazioni tra i soggetti della conoscenza nell'attività conoscitiva e l'uguaglianza tra gli individui come soggetti della conoscenza. A ben vedere, la soluzione kelseniana del problema posto dal solipsismo al relativismo (sulla premessa di questo), contiene una smentita del relativismo stesso. Anzi, paradossalmente, la dichiarata reciproca conformità dei processi della conoscenza (nei diversi individui) non solo smentisce il relativismo, ma finisce per escludere finanche l'errore.

Assunto programmaticamente il relativismo come orizzonte conoscitivo non si comprende come si possa elaborare una "dottrina", una "teoria dell'ordinamento" o una concezione della "norma", né come possa essere pensata l'universalità del desiderio di giustizia e di felicità³²⁶. A tenore del relativismo, infatti, l'opinione è intrascendibile: qualsivoglia asserzione che ambisca ad elevarsi ad un piano di universalità, pur esclusivamente teorica o propositiva, risulta esorbitante i limiti della conoscenza. In coerenza al presupposto relativistico, la stessa tesi secondo la quale «la ragione umana può capire e descrivere»³²⁷ è insostenibile. Ciò che, invece, Kelsen afferma. A tali termini, appunto, corrispondono nozioni non relativistiche, ma in se stesse determinate ed inconfondibili.

Parimenti, se il punto di vista della scienza giuridica è «il punto di vista della ricerca della verità»³²⁸ ed il relativismo è considerato come l'orizzonte di ogni conoscenza, allora delle due l'una: o occorrerebbe concludere per l'impossibilità di qualsivoglia scienza, compresa la scienza giuridica; o necessiterebbe osservare la contraddizione tra la ricerca scientifica e la teorizzazione del relativismo, ed abbandonare il relativismo in nome della scienza. *Tertium non datur*.

A parere del giurista praghese, «la realtà esiste soltanto entro i limiti della conoscenza umana»³²⁹. Tale asserzione, però, non è possibile se non pronunciandosi sulla realtà in quanto tale, trascendendo la conoscenza umana (considerandola come realtà in sé) e presumendo di avere raggiunto la realtà (in sé) in cui consisterebbe la

³²⁶ Cfr. IDEM, *Was ist Gerechtigkeit?*, cit., p. 395.

³²⁷ *Ivi*, p. 426.

³²⁸ IDEM, *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, cit., p. 386.

³²⁹ IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 214

conoscenza stessa. Ciò che è escluso dal relativismo kelseniano e risulta chiaramente incompatibile con questo. Analogamente, la tesi secondo la quale «l'assoluto, la cosa in sé, è al di là dell'esperienza umana»³³⁰, presuppone che l'esperienza stessa sia conosciuta come realtà (compiutamente) e che l'esperienza stessa si identifichi con l'unica realtà accessibile, ovvero che essa sia non la via ma il contenuto della conoscenza. Ma anche queste conclusioni – che comunque richiederebbero un ponderato vaglio critico – sono interdette dal presupposto relativistico ed incompatibili col relativismo, proprio in quanto esprimono tesi che riguardano la conoscenza (e la realtà) in quanto tale .

Kelsen sostiene, come già segnalato, che il soggetto conoscente costituisce l'oggetto conosciuto. Al tempo stesso, dichiara che, ove il soggetto si conformi (nell'atto conoscitivo) alle leggi della conoscenza, questa è «oggettiva»³³¹. Ed asserisce pure che, nel porre tali leggi, il soggetto è «autonomo»³³². Si tratta, però, di asserzioni che si escludono a vicenda. È chiaro che se il soggetto costituisce l'oggetto, la conoscenza non si compie come conformazione né a leggi né ad oggetti, e perciò non può essere propriamente, "oggettiva". D'altra parte, se il soggetto (individuale) è "autonomo" nel porre tali leggi, queste non rilevano al di là del soggetto medesimo e nulla sono in grado di attestare presso altri, né tanto meno sono idonee a rendere "oggettiva" la conoscenza. Parimenti, se il valore oggettivo della conoscenza prescinde dalla possibilità di raggiungere (conoscitivamente) l'oggetto, non si può dare alcuna conoscenza "oggettiva". E se una molteplicità di criteri conoscitivi (eventualmente anche tra loro contraddittori) regge la conoscenza, essi non possono condurre (se non accidentalmente) ad un medesimo risultato noetico.

Il relativismo kelseniano pone di fronte all'aporia tipica di ogni negazione (teorica) della verità. Infatti, la negazione della verità presuppone la verità della negazione stessa. In tal senso, la stessa negazione ammette ciò che esclude³³³. La proposizione che

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ *Ivi*, p. 216.

³³² *Ibidem*.

³³³ È stato osservato opportunamente che Kelsen «riconosce anche valori positivi, che presuppongono un assolutismo di valori, mettendosi così in contraddizione con la dottrina relativistica» (A. CARRINO, *op. cit.*, p. 11).

la esprime contiene (formalmente) la verità che essa nega (contenutisticamente)³³⁴. La validità logica dell'osservazione non risulta pregiudicata dal fatto che Kelsen ritenga "banale" tale rilievo critico³³⁵. Egli, infatti, non solo non offre argomenti tali da dimostrare l'inconsistenza (logica), ma in fondo finisce per riconoscerne la vincolatività, affermando la "verità" del relativismo³³⁶.

D'altronde, anche per sostenere l'intrascendibilità dell'opinione occorre trascenderla. Anche per affermare i limiti della conoscenza, è necessario travalicarli (proprio per coglierli come limiti). Anche per ritenere di essere "vicini alla verità" pur senza "possederla del tutto"³³⁷, bisogna presupporre la verità come meta e come misura (altrimenti nessuna vicinanza come nessuna esclusione di possesso hanno significato). Se poi la negazione della possibilità della verità si dà come pura opinione, non è arduo osservare che l'opinione, in se medesima, costituisce solo una approssimazione alla risoluzione di un problema, ma non la sua conclusione. L'opinione, come tale, non può che essere oggetto di verifica e di discussione. Avvio e non termine di una riflessione. Altrimenti l'assunzione inverificata si dà come mera posizione del volere, tale da esulare dallo stesso campo conoscitivo.

4.3 Neppure la distinzione kelseniana tra "verità terrestri"³³⁸ e "verità metafisiche" – o tra "verità relative" e "verità assolute" – risulta capace di assicurare ancoraggio epistemologico al relativismo. Ciascuna di esse, infatti, o è tale o non è tale. *Tertium non datur*. Se non lo è, non è qualificabile come verità, configurandosi eventualmente come apparenza noetica o come assenso ipotetico. Se, invece, è propriamente tale, lo è sulla

³³⁴ Ritorna in rilievo, al riguardo, il noto "paradosso del mentitore" (attribuito da Diogene Laerzio al megarico Eubulide di Mileto), nonché la celebre osservazione agostiniana secondo la quale «si veritas non est, verum est veritatem non esse; ergo si veritas non est, veritas est» (*Contra Acad.*, III, 11, 25).

³³⁵ Kelsen afferma apoditticamente che «il relativismo non può però essere ridotto *ad absurdum* tramite il banale argomento che la sua tesi (tutti i giudizi sono relativi) presuppone l'assolutezza della tesi stessa» (H. KELSEN, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science, and Politics as "New Religions"*, trad. it. *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2014, p. 204).

³³⁶ Kelsen sostiene che «il relativismo resta vero, se tutti i giudizi, fatta eccezione per questa tesi, sono relativi» (*ibidem*). Ma, secondo questa formulazione il relativismo presupporrebbe – contraddittoriamente – un "assolutismo".

³³⁷ Come si esprime il giurista praghese (cfr. *ivi*, p. 205).

³³⁸ Cfr. IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 142.

base di una validità intrinseca (tanto se reca un contenuto particolare, quanto se reca un contenuto universale), tale da renderla inconfondibile rispetto alla probabilità, all'opinione, all'ipotesi, al dubbio, alla falsità. Inoltre, è possibile osservare che nulla può essere "relativamente" vero, in assenza della verità, come nulla può essere "relativamente" giusto in mancanza della giustizia³³⁹.

Se la verità, in quanto tale, è irraggiungibile, come distinguere tra "verità relative" ed "errori relativi"? Come riconoscere le "verità relative"? Il solo fatto di essere asserite come tali, infatti, nulla dice della loro consistenza. Sulla base di quale criterio essere disposti ad abbandonare determinate concezioni per passare ad altre? In virtù di cosa selezionare gli argomenti, vagliare le inferenze, accogliere una tesi? In considerazione di cosa andrebbe adottata la «tendenza a una mediazione e a un bilanciamento tra due punti di vista contrapposti»³⁴⁰, piuttosto che il suo contrario?

A sua volta, la tesi secondo la quale «la "fonte" di una norma non è niente altro che il suo specifico fondamento di validità»³⁴¹, esige la verità del "fondamento" (anche se questo coincide con un volere in atto, esercitato proceduralmente secondo la sistematica dell'ordinamento)³⁴². La "validità", a sua volta, rinvia alla sua verità, altrimenti neppure può essere tale. Inoltre, se lo stesso diritto positivo, pur inteso kelsenianamente come complesso di norme, «è, dal suo proprio immanente punto di vista, un dovere, dunque un valore»³⁴³, richiede una validità del valore, e questa una verità della validità.

Anche una tesi condizionata, ovvero che fa agio su determinate condizioni, sulla base di queste, o è vera o non è vera. La stessa possibilità di abbandonare una tesi per aderire ad un'altra (su cui Kelsen stesso fa leva, a sostegno del suo punto di vista), presuppone la capacità di valutare l'una e l'altra e di riconoscere ragioni per accogliere

³³⁹ Kelsen stesso, puntualmente, rileva che «un diritto naturale relativo è una contraddizione in termini» (IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., p. 305).

³⁴⁰ IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 818. Tale attitudine, per Kelsen, è caratteristica della *Weltanschauung* relativista.

³⁴¹ IDEM, *Die Idee des Naturrechts*, trad. it. *L'idea del diritto naturale*, in IDEM, *Dottrina dello Stato*, a cura di A. Carrino, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1994, p. 122.

³⁴² A riguardo è stato rimarcato che Kelsen «riduce il diritto, tutto il diritto, al comando del sovrano» (N. MATTEUCCI, *Filosofi politici contemporanei*, il Mulino, Bologna 2001, p. 175).

³⁴³ H. KELSEN, *Die Idee des Naturrechts*, cit., p. 128.

l'una e respingere l'altra, o viceversa. Insomma, richiede una capacità di verifica, che senza la verità resterebbe cieca, cioè sarebbe impossibile.

In altri termini, il relativismo kelseniano, lungi dal vanificare la verità, proprio negandola, finisce per presupporla. Infatti, il relativismo stesso fa agio sulla verità del suo contenuto (inconfondibile con tesi contrarie o contraddittorie). L'esclusione di ogni "dogma", ovvero di ogni principio, sottende "il dogma dell'assenza di dogmi"³⁴⁴. La stessa formalità procedurale della democrazia presuppone la verità di se medesima, nonché la separabilità di metodo e contenuto (con la permanenza del primo e la variabilità del secondo)³⁴⁵. La stessa rinuncia all'assolutezza richiede l'assolutezza della rinuncia (e l'intelligibilità della stessa). Analogamente, il relativismo kelseniano suppone la verità delle inferenze logiche che dalla premessa relativistica sono ricavate (nel caso di specie, sotto il profilo giuridico-politico), senza cui il discorso non potrebbe configurare né un ragionamento, una teoria, né una dottrina; parimenti suppone la verità dei giudizi che ne articolano l'elaborazione espositiva ed il tessuto argomentativo, in assenza della quale la stessa razionalità positivista sarebbe irriconoscibile come tale (neppure di fronte a se medesima).

Se il relativismo coerentemente relativizzato smentisce se stesso³⁴⁶, è nondimeno evidente che se il relativismo è assolutizzato ugualmente vanifica se medesimo. Nel primo caso, sotto il profilo della consistenza noetica, nel secondo caso sotto quello della consistenza logica. Tanto considerando riflessivamente il relativismo nei confronti del relativismo, quanto escludendo tale riflessività, il relativismo coerentemente inteso va incontro all'autoconfutazione.

Proprio in quanto la teorizzazione kelseniana della democrazia relativista risulta, per un verso, ancorata a postulati non problematizzati e, per un altro verso, dispiegata con attitudine decostruttiva, essa ripresenta (in modo esplicito o implicito) il problema

³⁴⁴ Secondo una incisiva osservazione nella «visione radicalmente relativistica [kelseniana] [...] forse l'unico dogma è proprio l'idea che non esista alcun dogma» [F MASTROMARTINO, *op. cit.*, p. 695].

³⁴⁵ Si intende, quindi, la considerazione per cui «il modello kelseniano [...] finisce per suggerire una visione eccessivamente orientata a un'ideologia relativistica che troppo concede alle forme e poco pretende dalla sostanza» (*ivi*, p. 696).

³⁴⁶ Ciò è ammesso dallo stesso Kelsen, allorché osserva che «la dottrina di un relativismo relativo non è sostenibile» (H. KELSEN, *Foundations of Democracy*, cit., p. 308). Ma ancor meno – si può obiettare – lo è la teorizzazione di un "relativismo assoluto".

della verità: tanto (sotto il primo versante) per l'esigenza di verifica critica che ne emerge, quanto (sotto il secondo versante) per l'istanza di penetrazione analitica che vi soggiace. Ciò che si palesa, quantunque la teorizzazione si collochi complessivamente sul piano teorico della generalizzazione empirica, e non su quello teoretico della penetrazione filosofica. Anche la generalizzazione empirica – proprio in quanto tale e pur restando tale – vede riemergere l'istanza della verità di se medesima sia *a parte ante* sia *a parte post*.

Se la natura delle cose non è conoscibile – stante l'agnosticismo kelseniano – non è conoscibile neppure l'essenza (*Wesen*) della democrazia. Se i valori sono soggettivistici ed irrazionali, lo stesso valore (*Wert*) della democrazia finisce per condividerne le medesime connotazioni. Se la concezione scientifica della democrazia è avalutativa – secondo l'impostazione kelseniana – tale dovrebbe risultare anche la stessa democrazia³⁴⁷. Donde conseguirebbe l'impossibilità logica del "valore della democrazia": della sua ricerca, della sua teorizzazione e della sua comunicazione. Se una considerazione scientifica è, in se medesima, descrittiva ed avalutativa, essa non potrebbe che escludere la stessa possibilità di indagare l'essenza ed il *valore*, di qualcosa, giacché un tale obiettivo epistemico si collocherebbe al di fuori della scienza (anche di quella giuridica, nella accezione kelseniana).

Se la partecipazione alla formazione della volontà statale ed i diritti di libertà liberali segnano elementi per se stessi apprezzabili della democrazia, l'ammissione di una consistenza metasoggettiva dei valori si profila istantemente, quantunque in presenza della sua presupposta negazione. Viceversa, se la democrazia è presentata come la forma giuridico-politica basata sulla neutralizzazione assiologica, la sua giustificazione in quanto valore (quello della democrazia) obiettivamente esibito, è logicamente impossibile.

4.4 Le questioni che emergono dalla teorizzazione kelseniana intrecciano premesse logico-epistemologiche e conclusioni giuridico-politiche. Tra queste vi sono non solo quelle che riguardano la natura della democrazia, ma anche quelle afferiscono

³⁴⁷ Analoghe osservazioni si incontrano in P. KOLLER, *Zur ewigen Problemen der Rechtfertigung der Demokratie*, in W. KRAWIETZ - E. TOPITSCH - P. KOLLER (a cura di), *Ideologiekritik und Demokratie-Theorie bei Hans Kelsen*, cit., p. 326.

all'esercizio della democrazia. Questa, nella teorizzazione kelseniana, si caratterizza per una serie di risultati attesi, sulla base di determinate condizioni. Tale è, segnatamente, la tesi del compromesso come soluzione delle tensioni e delle lotte tra partiti politici (o tra gruppi di interessi). Il compromesso, ritenuto comunque auspicabile, appare una sorta di formula suscettibile di qualsiasi contenuto (quale potrebbe essere, eventualmente, l'equivoco di un'intesa puramente apparente o di un accordo meramente predatorio).

Non si intende per quale ragione il compromesso sarebbe lo sbocco sostanziale alla prassi democratica, piuttosto che una delle possibilità che la dialettica oppositiva tra gruppi o partiti eventualmente presenta, accanto al puro prevalere di una maggioranza numerica. D'altra parte, se l'armonia sociale è un risultato del compromesso³⁴⁸, essa costituisce non propriamente un'armonia ma una coesistenza interindividuale, quale mero effetto di una prassi che (mediante il compromesso) può ottenere qualsiasi risultato (incluse forme di accordo apparente e sopraffazione sostanziale). Non un qualsiasi prevalere maggioritario, pur derivando da accordi, contribuisce all'armonia: ve ne potrebbero essere, infatti, di quelli che la minano o addirittura la rendono impossibile.

La stessa esigenza della discussione e del compromesso³⁴⁹, come essenziali alla vita della democrazia, reca in sé – piaccia o non piaccia – una indicazione aletica. Sia la discussione sia il compromesso richiedono un criterio ed una volontà. La dialettica maggioranza-minoranza ne costituisce una condizione empirica, ma, proprio in quanto tale, non una causa. Anche il compromesso, per essere identificato in quanto tale, richiede una semantica che ne associ il termine al concetto ed il concetto ad un dato, cioè una propria verità.

Il compromesso, a maggior ragione se esso è inteso (programmaticamente) come «il raggiungimento di una linea mediana tra gli interessi della maggioranza e quelli della minoranza»³⁵⁰, non è un effetto necessario di un meccanismo. Richiede la volontà (liberamente determinata) di ricercarlo e di praticarlo³⁵¹; ed ancor prima esige

³⁴⁸ Cfr. H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 107.

³⁴⁹ Cfr. IDEM, *Foundations of Democracy*, cit., pp. 261-262.

³⁵⁰ IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 794.

³⁵¹ Come è stato osservato, «il compromesso è un evento politico, e perciò fluttuante libero e imprevedibile, come solo le vicende della politica sanno essere» (G. PECORA, *op. cit.*, p. 27).

un'istanza, superiore ad una qualsivoglia prassi, tale da sopravanzare (assiologicamente) la volontà delle parti (della maggioranza come della minoranza), offrendo ad essa un criterio permanente. In assenza di tali condizioni intrinseche, lo stesso compromesso potrebbe restare anche solo un desiderio o un auspicio. Ma accogliendo un criterio, tale da condurre ad un compromesso ragionevole, la dialettica parlamentare risulterebbe vincolata ad elementi eteronomi, e questo sarebbe da escludersi là dove essa è intesa come assoluta autodeterminazione, quindi, come tale da trovare la sua ragion d'essere nell'attuarsi di se medesima³⁵².

Se ogni criterio derivato dall'esercizio della democrazia scaturisce da questo stesso, esso è puramente convenzionale e provvisorio, come la sua stessa preferibilità. Allora, perché cercare un compromesso? Perché discutere? Perché accogliere "ciò che unisce"? Perché adottare una "linea mediana"? Su quali basi? Per quali scopi? Cosa distinguerebbe una discussione critica da una sofistica? Cosa separerebbe un compromesso equo da uno iniquo? Supposta l'inesistenza della verità, la discussione ed il compromesso risultano indistinguibili da una prassi funzionale alla mera effettività del potere. Il compromesso non spiega il compromesso. Le condizioni per cercare e trovare il compromesso non sono l'effetto del compromesso, ma lo precedono. A loro volta, non necessariamente si traducono in atto. E lo possono con i risultati più diversi.

4.5 In sostanza, dalla teorizzazione kelseniana della democrazia emergono diverse aporie. Se da una parte la democrazia risulta preferibile all'autocrazia ed apprezzabile in se medesima, dall'altra, a tenore della medesima impostazione, l'estensione del principio democratico agli strati più profondi della vita sociale mette in questione la sua stessa validità³⁵³. In altri termini, se la democrazia dell'esecuzione risulta

Difatti «il compromesso, come sappiamo, è soltanto una possibilità e non una necessità» (*ivi*, p. 29). Ciò a cui segue la considerazione secondo la quale «il meno che si possa dire della concezione kelseniana è che pecca di astrattezza» (*ivi*, p. 40).

³⁵² Proprio il sistema elettorale proporzionale, teorizzato come necessario alla democrazia – come è stato rilevato – rende difficile (ed esposta ai più diversi condizionamenti) la formazione di una maggioranza parlamentare (cfr. *ivi*, pp. 30-34).

³⁵³ «Il principio democratico, infatti, si può applicare agli strati superiori e non può penetrare – senza mettere in questione, cioè, la sua validità nel campo della formazione della volontà generale – negli strati più profondi di un processo nel quale il corpo dello Stato si crea e si rinnova incessantemente» (H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 114).

pregiudizievole (se non esiziale) per la democrazia della legislazione³⁵⁴, può concludersi che la democratizzazione della democrazia risulta nociva alla democrazia stessa³⁵⁵. La democrazia potrebbe essere soffocata dalla stessa dilatazione della democrazia³⁵⁶. Insomma, la democrazia sarebbe dannosa per la democrazia. Al contempo, può concludersi che la stessa permanenza della democrazia risulta – paradossalmente – sospesa alla persistenza (nel seno dell’ordinamento democratico) di un potere non-democratico (quello dell’esecuzione)³⁵⁷. Talché la democrazia stessa potrebbe realizzarsi solo a condizione di restare intenzionalmente incompiuta (o autolimitata)³⁵⁸, ovvero almeno parzialmente irrealizzata³⁵⁹.

Lo stesso principio di maggioranza, essenziale alla vita democratica nella teorizzazione kelseniana della democrazia, pone un problema di validità, o meglio il problema della sua stessa ragion d’essere. Questo problema, però, non trova alcuna soluzione sostanziale, né può trovarla sulla premessa dell’agnosticismo e del relativismo, ma solo una risposta operativa e strumentale, come tale derivata e mutevole, che, in ogni caso, escluderebbe che il principio di maggioranza possa essere messo ai voti. Inoltre, a ben vedere, la stessa teorizzazione del principio maggioritario (come garanzia di libertà) giunge a negare le premesse donde esso stesso scaturisce.

Dell’interrogativo sul valore del principio di maggioranza appare consapevole lo stesso Kelsen, dal momento che la prevalenza quantitativa delle preferenze, per se

³⁵⁴ Se ne ricava una sorta di antinomia (almeno effettuale) tra legalità e democraticità. La prima sarebbe meglio assicurata da un impianto autocratico; la seconda risulterebbe pregiudizievole al criterio della responsabilità. Cfr. IDEM, *General Theory of Law and State*, cit., pp. 304-305.

³⁵⁵ Kelsen stesso ritiene che il sistema democratico «non solo sminuisce il sentimento di responsabilità del singolo, ma rende anche notevolmente difficile l’affermazione della responsabilità» (IDEM, *Zur Soziologie der Demokratie*, cit., p. 31).

³⁵⁶ Sul punto si rinvia a D. RAGAZZONI, *op. cit.*, cit., p. 148.

³⁵⁷ «Soltanto, dunque, se esiste un ampio potere discrezionale ci si può aspettare un funzionamento soddisfacente dell’amministrazione democratica. [...] l’idea di legalità, quantunque porti ad una restrizione della democrazia, deve esser mantenuta per assicurare la realizzazione della democrazia stessa» (H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., pp. 114-115).

³⁵⁸ Tale in quanto postula la necessità di un controllo non-democratico sull’attività del sistema democratico stesso (cfr. *ivi*, p. 116).

³⁵⁹ In questo senso risalta, per Kelsen, l’importanza del controllo giurisdizionale degli atti amministrativi e dei regolamenti, per la loro conformità alla legge, e delle leggi stesse per la loro conformità alla Costituzione (cfr. *ivi*, pp. 115-116). In particolare, le istituzioni di controllo (come la Corte costituzionale) costituirebbero una garanzia per la minoranza. Con ciò, intendendo attuare la limitazione del potere dei partiti alla sola sfera legislativa.

stessa, nulla è in grado di asseverare dal punto di vista della validità in sé del deliberato che ne consegue³⁶⁰. La giustificazione della coercizione mediante il consenso (almeno della maggioranza)³⁶¹, come potrà valere per coloro che tale consenso hanno negato (originariamente o successivamente)?

Da una parte, la democrazia come regime della libertà appare possibile solo a condizione di mutare il significato della libertà stessa; e dall'altra essa risulta possibile solo a condizione di imporre ad una parte (la minoranza) una sottomissione ad un volere eteronomo (quello della maggioranza)³⁶². La sottomissione al volere maggioritario non realizzerebbe la libertà (politica) per la minoranza, intesa secondo la definizione kelseniana, giacché tale sottomissione non corrisponde all'essere suddito, per ciascuno, solo della propria volontà³⁶³. Anche la volontà della maggioranza rimane, comunque, qualcosa di esterno (e di eteronomo), rispetto alla volontà della minoranza (ammesso, e non concesso, che in una società possano darsi due sole polarità del volere).

Certo, non va trascurata la precisazione kelseniana secondo la quale il principio di maggioranza non si identifica con il dominio incontrastato della maggioranza sulla minoranza, in quanto l'attuazione del principio medesimo «crea la possibilità di un compromesso»³⁶⁴. Ma tale possibilità non costituisce, proprio in quanto tale, una necessità. La possibilità può restare inespressa o inattuata, ed in tal caso il prevalere numerico resta decisivo.

In tal senso, l'obbedienza ad un volere che in qualche modo si è contribuito a formare, sarebbe solo di alcuni, mentre ad altri non resterebbe che la sottomissione (con la sola condizione di potere eventualmente rovesciare le parti in avvenire)³⁶⁵. A

³⁶⁰ Cfr. *ivi*, p. 45.

³⁶¹ Cfr. IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 818-819.

³⁶² «È caratteristico della democrazia, a questo proposito, non tanto che la volontà dominante sia la volontà del popolo, quanto che un ampio strato dei sottomessi all'ordine sociale, il maggior numero possibile di membri della collettività, partecipi al processo della formazione della volontà quantunque soltanto [...] ad un certo stadio di questo processo, chiamato legislazione e solo con la creazione dell'organo legislativo» (IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 120).

³⁶³ Kelsen scrive che «è politicamente libero chi è comunque suddito, però suddito soltanto della propria volontà e non di una volontà esterna» (IDEM, *Allgemeine Staatslehre*, cit., p. 714).

³⁶⁴ *Ivi*, p. 720.

³⁶⁵ Puntualmente, Kelsen riconosce che «poiché se è libero chi determina se stesso, e non è soggetto che alla volontà sua propria, laddove vige il principio della maggioranza sono liberi

rigore, sarebbe libera solo la maggioranza³⁶⁶, sulla premessa secondo la quale a giustificare la costrizione (propria delle norme) non sarebbe, in fondo, se non il consenso³⁶⁷. Nella visuale kelseniana, appunto – come è stato osservato – «la norma giuridica esiste perché (e finché) comprime la libertà di qualcuno»³⁶⁸. Donde il problema dell'obbligo giuridico-politico di chi si riconosce nella minoranza o di chi pur avendo votato con la maggioranza ha mutato parere.

Il problema della minoranza ne emerge ineludibilmente. Su tali premesse, infatti, la minoranza non avendo contribuito alla formazione della volontà statale, condensata nella legge, non sarebbe libera. Pur protetta dalle “libertà fondamentali” e confortata dall'ipotesi di potere assurgere a maggioranza (in futuro)³⁶⁹, la minoranza sarebbe soggetta ad un potere estraneo ed eteronomo³⁷⁰, rispetto al quale risulterebbe comunque dominata. Difatti, se l'uso della coercizione si giustifica «soltanto dietro consenso»³⁷¹, e questo è appannaggio della maggioranza, alla minoranza non resta se non la sottomissione alla costrizione. Sicché le motivazioni per il suo conformarsi alla legge resterebbero obiettivamente eteroclitiche rispetto agli stessi presupposti kelseniani.

soltanto gli appartenenti alla maggioranza, perché la volontà di questi soli determina il contenuto dell'ordine sociale, mentre colui che appartiene alla minoranza si trova con la sua volontà in contrasto con questo contenuto. Ma anche colui che vota con la maggioranza non è più soggetto esclusivamente alla propria volontà. Se ne accorge non appena egli muti la volontà che ha manifestato al momento della votazione» (IDEM, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., p. 168).

³⁶⁶ In questa prospettiva è stato rilevato, appunto, che «se non tutti possono essere liberi, almeno la maggior parte di essi dovrà esserlo» (S. LAGI, *La democrazia di Hans Kelsen*, cit., p. 245).

³⁶⁷ Cfr. H. KELSEN, *Sozialismus und Staat*, cit., pp. 174-175.

³⁶⁸ G. PECORA, *op. cit.*, p. 21.

³⁶⁹ Secondo Peter Koller, nel teorizzare i diritti della minoranza, quali esigenze (giustificatrici) della democrazia (rispetto all'ugualitarismo del principio di maggioranza), Kelsen avrebbe (comunque) derogato rispetto al proceduralismo democratico (cfr. P. KOLLER, *op. cit.*, cit., p. 323).

³⁷⁰ A riguardo, va registrata una pertinente osservazione: «quello che però Kelsen non dice chiaramente, quasi che non ce ne fosse bisogno, è cosa accade alla forma democratica se la minoranza cessa di essere protetta, se cioè la circostanza della violazione del diritto all'esistenza della minoranza viene a realizzarsi» (M. CASERTA, *op. cit.*, p. 31). Infatti «una maggioranza che sia portatrice di ideologie e valori totalitari, quanto più esercita il suo ruolo tanto più negherà spazi alla mediazione fino all'annientamento del dissenso; una minoranza portatrice di finalità sovversive avrà tutto l'interesse a sabotare i processi di formazione decisionale, salvo concludere accordi con valenza meramente tattica, ed utilizzerà strumentalmente tutti i mezzi messi a disposizione della democrazia per crescere di consistenza e, al momento opportuno, rovesciare il regime democratico» (*ivi*, p. 41).

³⁷¹ H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 142.

D'altra parte, la tesi secondo la quale l'imposizione di un ordinamento normativo si giustifica se questo è in armonia con la volontà della maggioranza³⁷², non trova validazione neppure dallo stesso punto di vista donde essa sorge, sia in quanto contrastante con l'asserito relativismo, sia in quanto presuppone un vantaggio per la maggioranza, il quale o deriverebbe da un giudizio di valore – escluso però dal relativismo kelseniano – o le si potrebbe attribuire solo in virtù del peso numerico, ciò che contrasterebbe con gli asseriti principi di libertà e di uguaglianza individuali.

4.6 In definitiva, secondo la teorizzazione kelseniana, la democrazia risulta possibile solo malgrado se medesima, ovvero negando se medesima – sia pure parzialmente – nell'atto di attuarsi³⁷³. Come nel caso del rapporto tra democrazia della legislazione e democrazia dell'esecuzione, per cui l'estensione della democratizzazione risulta pregiudiziale alla democrazia³⁷⁴. Di converso, essa non potrebbe sussistere se non passando dalla formulazione "ideale" a quella "reale", anzi ponendosi in contrasto con la propria ideologia³⁷⁵ (quantunque la stessa istituzione rinvii, almeno implicitamente, all'ideologia)³⁷⁶.

Analogamente, può essere osservato che la democrazia – nella tematizzazione kelseniana – finisce per ergersi contro se medesima, in quanto essa, pur sorgendo dall'impulso della libertà, si mostra incompatibile con questa, nella misura in cui la democrazia dà luogo ad un ordine giuridico-politico (il quale, per se stesso, comporta l'esercizio di un potere collettivo che domina il volere individuale). Diversamente,

³⁷² Cfr. IDEM, *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, cit., p. 451.

³⁷³ Kelsen rileva che «l'indipendenza giuridica del parlamento dal corpo elettorale può essere giustificata soltanto dall'opinione che il potere legislativo è meglio organizzato quando non è portato agli estremi il principio democratico» (IDEM, *General Theory of Law and State*, cit., p. 297).

³⁷⁴ Difatti, per Kelsen «una radicale democratizzazione delle istanze inferiori e medie con il decentramento comporta senz'altro il pericolo della vanificazione della democrazia della legislazione» (IDEM, *Demokratie*, cit., p. 17). Così, il principio democratico «non può penetrare gli strati più profondi senza mettere in discussione se stesso» (*ivi*, p. 18).

³⁷⁵ Cfr. *ivi*, p. 24.

³⁷⁶ Kelsen rileva che il giustificazionismo ideologico è connaturato anche alla democrazia. Infatti «poiché nessun potere può rinunciare del tutto alle ideologie che lo giustificano e lo trasfigurano, anche le democrazie, o meglio coloro che nelle democrazie hanno il potere, si servono di tali ideologie» (IDEM, *Staatsform und Weltanschauung*, cit., p. 50).

osserva Kelsen, subordinare il “tu devi” al “se vuoi”, significa rendere impossibile qualsivoglia ordinamento³⁷⁷.

Infine, se la democrazia «stima allo stesso modo la volontà politica di ognuno»³⁷⁸, attribuendo a ciascuna volontà la stessa rilevanza e le stesse possibilità, si pone un dilemma ineludibile. Se la stima di qualsivoglia tesi politica è pari ad un'altra, sarà equivalente anche l'apprezzamento tra tesi democratiche e tesi antidemocratiche. Ma allora non si intende per quale motivo le prime debbano essere preferite alle seconde. Se, invece, quelle democratiche devono essere preferite (come ritiene Kelsen), la tesi è smentita dalle sue stesse premesse³⁷⁹.

La prospettiva kelseniana è suscettibile di dar luogo (se svolta conforme a se medesima) a conseguenze negative delle sue stesse premesse. La democrazia, in quanto sistema dell'autodeterminazione, essendo “governo del popolo *sul* popolo”, può autodeterminarsi in qualunque direzione (fino a quella che ne costituisce la sua stessa evacuazione). La democrazia, quale sistema procedurale, rende possibile ogni sua attuazione, compresa l'estinzione della democrazia stessa. Infatti, in questa visuale tutto ciò che è deciso democraticamente è democratico, anche se antidemocratico (nel contenuto). Su tali premesse, la democrazia dovrebbe ammettere la possibilità di essere democraticamente vanificata dal prevalere (nel suo seno) di forze antidemocratiche (poste sullo stesso piano di quelle democratiche)³⁸⁰, come equivalente alla possibilità di continuare a sussistere.

³⁷⁷ Ciò porterebbe alla «anarchia» (IDEM, *Das Problem des Parlamentarismus*, cit., p. 167). Infatti «perché esista una società [...] deve dunque poter sussistere fra il contenuto dell'ordine sociale e la volontà degli individui ad esso assoggettati una differenza possibile» (*ibidem*).

³⁷⁸ IDEM, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 141.

³⁷⁹ In riferimento alla democrazia, la questione è stata affrontata distinguendo tra tolleranza intellettuale e tolleranza giuridica. A riguardo è stato sostenuto che la prospettiva liberale accoglie la seconda ma esclude la prima: «difende [...] l'“intolleranza” intellettuale ma respinge l'intolleranza giuridica» (G. PECORA, *op. cit.*, p. 106). Talché, è stato affermato: «il liberalismo [...] è una fede. Una fede come le altre [...] Il liberalismo è la fede nell'individuo» (*ivi*, p. 107)

³⁸⁰ Kelsen, pur teorizzando la validità giuridico-politica della democrazia, ammette che «la democrazia è quella forma di Stato che meno si difende dai suoi nemici» (H. KELSEN, *Verteidigung der Demokratie*, cit., p. 49). Anzi, «se essa resta fedele a se stessa, deve sopportare anche un movimento volto alla distruzione della democrazia, deve garantire a questo movimento, come ad ogni altra convinzione politica, le stesse possibilità di sviluppo. Assistiamo così al singolare spettacolo per cui la democrazia va eliminata secondo quelle che sono le sue stesse e più proprie forme» (*ivi*, p. 50).

Di fronte a tale eventualità, o la democrazia mette sullo stesso piano la propria esistenza e la propria inesistenza (assimilando contraddittoriamente essere e non essere di se medesima), oppure se intende tutelare la propria esistenza non può che farlo a spese di se medesima, ovvero della parificazione di ogni opzione politica³⁸¹. Da ambo i lati troverebbe in se medesima (ovvero dalla propria teorizzazione) un problema, anzi un ostacolo, posto a se medesima da se medesima. Il dilemma è ineludibile.

³⁸¹ Kelsen riconosce l'ineludibilità del problema, ma nella ricerca della soluzione non propone alcun criterio obiettivo. Da una parte, infatti, afferma che la democrazia importa libertà e tolleranza, per cui «non può reprimere manifestazioni pacifiche di concezioni antidemocratiche» (IDEM, *Was ist Gerechtigkeit?*, cit., p. 432); ma dall'altra sostiene che «è un diritto di ogni governo, anche di un governo democratico, quello di reprimere con la forza e di impedire con mezzi adatti tutti quei tentativi che mirano a rovesciarlo» (*ibidem*). Se tali tentativi fossero attuati per via pacifica, sarebbero da tollerare o da reprimere? Lo stesso giurista praghese ammette il dilemma, rilevando che «può essere difficile, talvolta, tracciare una linea netta di delimitazione fra la diffusione di certe idee e la preparazione di una rivoluzione politica» (*ibidem*). E conclude invocando (e postulando) la possibilità di trovare (operativamente) una "linea di demarcazione" fra le due.