

# Senecio

a cura di Emilio Piccolo e Letizia Lanza



**Vico Acitillo 124 - Poetry Wave**

**Vico Acitillo 124 - Poetry Wave**

[www.vicoacitillo.net](http://www.vicoacitillo.net)

[mc7980@mclink.it](mailto:mc7980@mclink.it)

*Napoli, 2009*

La manipolazione e/o la riproduzione (totale o parziale)  
e/o la diffusione telematica di quest'opera  
sono consentite a singoli o comunque a soggetti non costituiti come imprese  
di carattere editoriale, cinematografico o radio-televisivo.

## ...E LA DEMOCRAZIA DI HANS KELSEN<sup>1</sup>?

di Floriano Graziati

Certo non basta aver ragione e acquisire merito: occorre riscuotere il consenso.

Rimane però del tutto sorprendente e misterioso che la professione della democrazia venga persistentemente e decisamente ignorata, di proposito e nella pratica, rifiutata e osteggiata a livelli alti e bassi, e avversata dolosamente o stolidamente nelle articolate modalità della sua concreta espressione, vuoi regolare vuoi tattica vuoi perfino tendenziosa. Già Erodoto se ne rese conto, registrando la forma democratica spiacevolmente perdente nel celebre passo in cui mette a confronto tra loro i regimi democratici, oligarchici e monarchici<sup>2</sup>.

Perché continua tale accanimento contrario alla democrazia e favorevole quindi alla sconfitta dell'uomo che aspira a vivere la vita perbene, pienamente realizzata nella convivenza? Si tratta semplicemente di “promesse non mantenute” di cui parla Norberto Bobbio<sup>3</sup>, o è il risultato di una insufficiente partecipazione alla “vita attiva politica”, analizzata da Hannah Arendt<sup>4</sup>, ovvero di una costrizione opinionistica degenerata, cui si richiama Jurgen Habermas<sup>5</sup>, oppure di cinici e correnti pasticci di comodo secondo Giovanni Sartori<sup>6</sup>, o infine di una incapacità a seriamente “impararla”, come deplora Gustavo Zagrebelsky<sup>7</sup>? Comunque una resa da parte di “cattivi scolari”, che non vogliono forse saperne.

Le menti migliori della nostra filosofia politica più recente, per non subire l'accusa pretestuosa e sprezzante da parte degli oppositori di passatismo ovvero di relativismo storico, si sono vanamente sforzate di sgretolare il muro ostile a questa forma consociata – che “ha il nome più bello” giacché si fonda sul “governo della convivenza di tutti” – e quindi di insegnare davvero il senso e la funzione del principio democratico. In questo sistema tutti i cittadini sono considerati essenzialmente liberi ed eguali, perché storicamente riconosciuti dall'ordinamento giuridico in possesso di diritti definiti “assoluti e universali”, dunque sacri e inviolabili, insieme con la gestione

---

<sup>1</sup> Hans Kelsen (Praga 1881-Berkeley 1973), filosofo del diritto, costituzionalista e giurista concettualmente e storicamente decisivo ha scritto e professato la scienza giuridica eminentemente con i testi *Essenza e valore della democrazia*, 1920 e 1929; *Dottrina pura del diritto*, nel 1934 come lineamenti e nel 1960 in edizione definitiva; *Teoria generale del diritto e dello stato*, 1945 e 1952; *Principi della legge internazionale*, 1952. In opposizione all'irrazionalismo sociologico e metafisico, nonché al positivismo ideologico di Carl Schmitt, K. ha rappresentato la soluzione formale estrema di una concezione procedurale che vuol essere e rimanere positivamente nella democrazia.

<sup>2</sup> Erodoto, III, 80-82.

<sup>3</sup> N. Bobbio, *Il futuro della democrazia: una difesa delle regole del gioco*, Torino 1984; *Stato, governo e società*, Torino 1985; *L'età dei diritti*, Torino 1990.

<sup>4</sup> H. Arendt *Che cos'è la politica*, Torino 2001; *Alcune questioni di Filosofia morale*, Torino 2006.

<sup>5</sup> J. Habermas *Teoria dell'agire comunicativo* (1981); *Fatti e Norme* (1992).

<sup>6</sup> G. Sartori *Elementi di teoria politica*, Bologna 1995; *Mala tempora*, Roma 2004; *Ingegneria costituzionale comparata*, Milano 2005; *Democrazia cos'è*, Milano 2007.

<sup>7</sup> G. Zagrebelsky *Imparare Democrazia*, Torino 2007; *Contro l'etica della verità*, Roma-Bari 2008.

opportunamente lasciata al mandato sociale riguardo ai diritti “derivati e secondari” di vario grado. Oltretutto, solamente nella forma democratica possiamo avvicinarci, anzi pervenire alla stessa ardua conciliazione, se non alla sintesi, del “governo delle leggi” e del “governo degli uomini”, che tormentò il pensiero politico fondativo della nostra civiltà<sup>8</sup> e, successivamente, la concezione trascendente (nella versione metafisica o giusnaturalista) e quella aristotelica del diritto positivo, che Hobbes enunciò icasticamente come *auctoritas (id est summa potestas), non veritas, facit legem*<sup>9</sup>. Ma dopo oltre due millenni, senza alcun dubbio (né sociologico, nè creaturale) la frode, il servilismo e l’ipocrisia ancora prevalgono o minacciano di prevalere nella *polis*, con una pervicacia mai doma che impressiona gli uomini fatti adulti e ormai sperabilmente liberati dall’oscurantismo deteriore dell’ignoranza e della ciurmeria. La realtà è che qualsivoglia segretezza mantenuta anche nel sistema democratico circa l’esercizio del potere, le alleanze sottese, i fatti collegati e le scelte operate, risulta diffusamente gradita e compatibile più della chiarezza e certezza dei diritti<sup>10</sup>.

Reprobi di ogni cultura e civiltà sono giudicati piuttosto i democratici che i fautori delle filosofie politiche francamente disumane e opportuniste, contrabbandate con la menzogna della visionarietà ideologica e la mistificazione della palingenesi radicale dell’uomo. Tali proclami evidentemente ingannano e abbindolano ancor oggi oltre misura, nelle speciosità più rozze, avventurose e irragionevoli, giocate sul piano oltreumano del trascendente o mediante l’addomesticamento al servaggio o all’ignoranza, fino a oltraggiare e a vilipendere tanto la singola persona nuovamente ridotta “da fine a mezzo” quanto collettivamente i popoli, pur definiti “sovrani” secondo il diritto delle genti.

Perché i cittadini consapevoli e certo gratificabili da scelta coerente non stanno dalla parte “giusta”, magari tribolata e variegata nelle articolazioni, ma da quella comunque “umana e vicendevole” di Anna Kuliscioff, Murri, Rosmini, Croce, Einaudi, Matteotti, Amendola, Gobetti, Salvemini, Rosselli, Gramsci, Jemolo, Gandhi, Stein, Simone Weil, Bonhoeffer, Yourcenar, Spinelli, Piero Calamandrei, Pomilio, Milani, Quinzio, Schindler, Perlasca, Primo Levi, Turoldo, Popper, Scoppola, e infiniti altri alla rinfusa, politici, poeti, pensatori, scienziati della natura e dell’umano,

---

<sup>8</sup> Già Sofocle in *Antigone* enuncia il dualismo che continuamente attende concreta soluzione tra “leggi eterne e non scritte” – asseritamente metafisiche o naturali – e “diritto positivo” – socialmente e coerentemente democratico – espresso nella *polis*, dove regole di organizzazione consentono ai cittadini-legislatori di assumere le regole di condotta astratte e generali, vincolanti per tutti e certamente non ostative alla formazione di un libero, personale e razionale convincimento riguardo all’interesse comune. Questa concezione procedurale e significativamente aperta della democrazia positiva non dovrebbe contrastare con l’idea di giustizia, bensì umanamente realizzarla consensualmente, al meglio e il più largamente possibile. Esiste dunque un’interazione razionale e correttamente intesa fra la concezione della titolarità “originaria e autonoma” dei diritti fondamentali e il possesso di diritti essenziali assicurato dal *Jus in civitate positum*.

<sup>9</sup> T. Hobbes, *Leviathan*, 1651, pag. 167.

<sup>10</sup> L’accusa di Bobbio verso gli *arcana imperii* sollevata in *Il futuro della democrazia*, cit. p. 82, trova radice nella celebre massima *Le azioni che non possono essere rese pubbliche, sono per lo più ingiuste*, tramandata negli Scritti politici di Kant. Se, perché e in quali limiti può allora avere ingresso il “principio di riservatezza” tanto largamente e speciosamente ora invocato proprio nel Diritto pubblico?

noti e meno noti, accetti o emarginati che hanno trasmesso il testimone della nostra dignità, pur fragile, bisognosa di riconoscimento e sempre esposta al vero nichilismo, ecc. ecc.?

Il mistero che sta dietro a questa senz'altro ingenua, ma vibrante e decisiva domanda circa il rifiuto di democrazia non ha plausibile risposta, se non in termini di desolata indecenza e di angosciosa capitolazione intellettuale, dal momento che sembra appunto di gran lunga prevalere “la mediocrità e la banalità del male”, o, in altri termini, sembra imporsi l'inerzia e la miseria del degrado esistenziale e sociale, cui assistiamo. In questa incomprensibile, conturbante e irragionevole preferenza rivolta all'esercizio illecito e fraudolento del potere da parte di corrotti e violenti, evidentemente non solo quelli implicati, ma anche i distratti, i disinvolti, i furbi, gli opportunisti devono ammettere, alle strette, di essere complici della prevaricazione rivolta al mal fare. Probabilmente la democrazia non viene apprezzata e praticata per vari inconfessati motivi: troppo stacco dall'ordinaria compromissione che omertosamente vige sia tra i malfattori consapevoli sia tra i membri ignari del ceto comune; troppa fatica nella partecipazione alla vita pubblica e troppa rassegnazione sul piano propriamente etico, incapace di togliere spazio alla manipolazione e ai maneggi, in tal modo accetti o tollerati negli individui a-sociali; troppa codardia e apatia nel cinismo valoriale e nella indifferente doppiezza delle condotte di chi dovrebbe rappresentare e aver a cuore il bene comune.

Tuttavia, oltre tali motivazioni, giova in ogni caso almeno concedere un'ulteriore *chance* al nostro *logos* umano, via via consolidato nei saperi e rivelatore di sacche di malvagità e di superstizione, piuttosto che cedere alla infausta, corriva e superficiale psicanalisi teorizzatrice della tendenziale simpatia che nutriremmo per i malvagi e per i mestatori. Né pare razionale uniformarsi al postulato religioso di un genere umano contrassegnato dal carico ancestrale di una colpa ignominiosa collegata all'esistenza. Tali tesi non possono non ritenersi francamente devianti rispetto al principio di ragione, anzi di ragionevolezza. Insomma, l'acquisita, progressiva presa di coscienza della realtà che ci circonda, secondo criterio ed esperienza – come si dovrebbe dire e capire – nulla davvero intende togliere o spregiare su altre scelte di diverse dimensioni, purché non si pretendano esaustive, impositive, intolleranti e dogmatiche mentre la conoscenza umana ha appunto acquisito in sé la misura della “medietà” delle soluzioni raggiunte e la coscienza dell'errore/insufficienza perennemente insiti nella ricerca della verità, per definizione considerata quindi sempre inconclusa e perfettibile.

Nella premessa di analogia di un tale contesto di ieri e di oggi, purtroppo ricorrente, giustamente discusso ora come allora, e rendendosi affine alla concezione della “scienza pura” (cioè a-valutativa) di Weber, l'analisi di Kelsen sul mondo del diritto muove dalla constatazione dello scarto irriducibile tra “essere” e “dover essere”, cioè tra la realtà concreta dei fenomeni e le

ideologie politiche, religiose, sociologiche della struttura sociale, all'evidenza storicamente incapaci, in quanto soggettive e arbitrarie, a fornire una appropriata risposta alla convivenza sociale stessa. Anche il diritto ha per oggetto "il dover essere" della vita sociale organizzata, ma scientificamente depurata da influenze e giudizi che non siano strettamente attinenti al suo campo. L'operare umano invece e infatti dev'essere ordinato e regolato da norme razionali e autonome, completamente distinte dagli aspetti valutativi che sono postulati e risiedono altrove, quali per esempio l'innatismo rivendicato dal c.d. diritto naturale o le pretese conformità a visioni sociologiche o religiose. Questi aspetti risultano del tutto soggettivi, assiomatici e apodittici, estranei quindi al principio di "purezza ed effettività" proprio del mondo del diritto.

La "regola di condotta" generale e astratta – dunque anche egualitaria – in ordine alla convivenza umana non appartiene infatti né al mondo della natura né alla metafisica, bensì all'ordinamento positivo prodotto ed espresso dall'autorità indipendente, originaria e come tale sovrana, che promana dai cittadini per il governo della cosa comune e che a questo fine viene appunto legittimata dai cittadini. Si manifesta in altri termini l'interazione creativa tra il popolo nella sua intelligenza e universalità che costituisce il *demos* – in quanto tale titolare (più che depositario) della fonte suprema (cioè quella ultima) della sovranità – e l'ordinamento delle regole che la sovranità stessa istituisce e detta agli individui cittadini, i quali ne costituiscono il corpo sociale bisognoso di disposizioni e di prescrizioni. Il potere normativo dell'autorità si fonda, infatti e a sua volta, sulla "norma fondamentale e primaria", cioè "presupposta e non posta" della produzione giuridica, vera "norma sulle norme" le quali vengono in tale procedura gerarchicamente espresse e subordinate<sup>11</sup>, con il pregio peraltro della "certezza del diritto"<sup>12</sup>. Se la trascendenza pretende di valere perfino *quia absurdum* e l'immanenza privilegia la selezione naturale come principio di egemonia e di ordine comunque imposti dal fattore più forte, i piani di queste "leggi" distinte e staccate, indubitalmente supreme ed eteronome per conto loro, sono evidentemente diversi da quelli della politica e del diritto dell'uomo. Non risultano certo accettabili né la monodimensionalità eventualmente attribuita al nostro essere-agire, né la sua frantumazione esistenziale, di fronte invece alla cosciente prossimazione della complessità sostanziale e delle stratigrafie dei saperi che la ricerca razionale ci pone oggi davanti in tutte le scienze, quelle "umane" comprese.

In questo senso la "dottrina pura del diritto" consegue sicuramente l'obiettivo di depurare il mondo del diritto da ogni fonte privilegiata di sostanziale ideologia politica o sociologica, nonché dai

---

<sup>11</sup> Conseguentemente Kelsen, in base anche alle sue esperienze di costituzionalista in Austria dopo il crollo della monarchia, ma soprattutto per coerenza di sistema, propugnò e conseguì l'istituzione della Corte Costituzionale, quale giudice delle leggi.

<sup>12</sup> La norma fondamentale o la sovranità più alta che regolano all'unisono le sfere giuridiche gerarchicamente strutturate non vanno confuse con l'applicazione del principio *pacta sunt servanda*, che regola i rapporti giuridici paritari propri del diritto internazionale o del diritto civile, come evidenziò Kelsen stesso occupandosi del diritto internazionale nell'ultima parte della sua vita accademica a Berkeley.

cedimenti irrazionali naturalistici o metafisici, che per lo più lo condizionano e lo invadono. Ma certamente, a differenza di chi – personalista o neo/giusnaturalista – non riesce a distinguere tra norma e valore, cadendo in aporie e fomentando piuttosto malessere sociale, Kelsen assicura con la sua teoria anche una procedura creativa del diritto, non utopistica o avulsa dalla realtà, tuttavia capace di proposta e di innovamento per l’attenzione continuamente reclamata dalle esperienze umane più pienamente civili e culturali che ci contrassegnano. Tutto ciò corrisponde alla diffusa vicenda storica, europea e altresì personale, sofferta invece in base all’indifferenza e alla persecuzione ideologica di regimi considerati “virtuosi”, prima in Austria nell’immediato dopoguerra e poi nella Germania pre-nazista. È vero: la nostra storia insegna che la razionalità è sempre sfuggente e quindi siamo giustamente perplessi di fronte alla affermazione che la ragione governi il mondo, ma la procedura kelseniana che consente ai cittadini di darsi in proprio le regole e l’organizzazione per le scelte generali attraverso meccanismi di formazione ed espressione di libero consenso e di adeguamento culturale, pare precisamente stimolare e comunque sospingere la collettività alla migliore convivenza possibile, evitando lo scontro violento per l’investitura del potere e favorendo il progresso civile e la democrazia reale.

Non è tra l’altro coerente ritenere che in tal modo il diritto positivo giunga a negare i valori o i principi diffusi, dal momento che nella vita pubblica viene assicurato esplicitamente e in alto grado sia il primato che la partecipazione delle persone. Ordinamento giuridico e istituzione politica sono reciprocamente organizzati e senza dubbio inter-agenti e incisivi sulla società: il potere crea infatti norme e la norma crea potere<sup>13</sup>, abilitandolo all’esercizio della “coercizione”: facce della stessa medaglia di una sovranità postulata, che intende risolvere dinamicamente i conflitti sociali, secondo il proprio fine essenziale. Non indifferenza asettica dunque sulle scelte, né svilimento dei valori in gioco, ma semmai un invito, anzi un’esortazione lucida e senza pregiudiziali alla “vita politica” da parte di cittadini coscienti e partecipi. Del resto, Bobbio osserva che gli stessi diritti fondamentali o essenziali – anche ridotti minimalmente alla sfera della vita ( secondo Hobbes) e al campo della libertà (secondo Kant) – a parte la loro indeterminatezza, appaiono acquisiti e invernati storicamente (e dunque progressivamente resi “positivi”) piuttosto che innati o ispirati. Restano dunque ferme, a buona ragione, “la petizione e la resistenza” perenne e universale degli uomini per il loro formale riconoscimento *secundum civitatis ordinem*, quale corredo personale (cioè individuale e non olistico) ovvero, a questo punto, per una necessaria ulteriore conquista di civiltà<sup>14</sup>. Le solenni dichiarazioni e i proclami sui diritti universali sono rivendicazioni e finalità senza le quali vivremmo ancora nell’oscurantismo e nella sudditanza e il governo degli uomini è davvero giunto a

---

<sup>13</sup> Cfr. N. Bobbio in *De senectute*, cit., p.101 s.

<sup>14</sup> Cfr. N. Bobbio in *L’età dei diritti*, cit. p. 26.

definire progressivamente e migliorativamente il “governo delle leggi” nella storia<sup>15</sup>. In questo sviluppo democratico di un diritto “cosmpolitico” pare logicamente meno utopistica, secondo l’ultimo Kelsen, la stessa aspirazione kantiana alla pace perpetua e universale.

L’indubbio formalismo giuridico attribuito quindi al potere di produzione delle norme, le quali riguardano un corpo sociale che è elemento della struttura alla quale anzitutto partecipa e si adegua, è ovviamente corredato hegelianamente di coazione per renderlo “efficace” e quindi “effettivo”. Ma va ribadito che siffatto ordinamento deve ammettere anche le resistenze e le aspirazioni espresse dalla propria entità sociale, risultando in ogni modo sostanzialmente “democratico e aperto”, sia nel senso che deve mantenere l’effettività e la coattività riconosciute e derivate dalla fonte primaria dell’autorità, sia nel senso che appunto suppone e riguarda la dimensione sociale, potenzialmente capace di indicare ed elaborare nel tempo le fattispecie degne di attenzione e di normazione<sup>16</sup>.

In ogni caso la teoria scientifica del diritto mette ordine, apre riflessioni e ottiene rispetto nella prospettiva dei tempi, ben oltre l’avviamento alle professioni giuridiche perseguito modernamente come semplici *training schools with case method*<sup>17</sup>, il cui effetto indesiderato di qualunquismo, di cupidigia e di sventatezza è sotto i nostri occhi.

---

<sup>15</sup> A partire naturalmente dall’art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789 *Tutti gli uomini nascono liberi e uguali in dignità e diritti*.

<sup>16</sup> Se dunque Kelsen e Schmitt concordano sul punto che i diritti soggettivi sono tali solo in quanto promossi dall’ordinamento e non in forza propria, è la visione politica che separa irrimediabilmente i due giuristi: il primo assume l’effettività di una pressione dinamica ed evolutiva di quanto sta socialmente e storicamente sotto alle norme, mentre il secondo non considera valori e segni che agiscono su piani, anche di ragione, altri o diversi dal positivismo giuridico dello stato sovrano in atto.

<sup>17</sup> L’osservazione si trova in chiusura della sua *Autobiografia*, ora appena pubblicata in Italia a cura di Mario G. Losano a Reggio Emilia.