

## DEMOCRAZIA E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

di Antonino Scalone

### 1. *La Costituzione austriaca del 1920 e le sue radici culturali*

La monografia dedicata da Agostino Carrino alla Costituzione austriaca del 1920 (*Legge e libertà. Primato del parlamento e sindacato delle leggi nella costituzione austriaca del 1920*, Milano-Udine, Mimesis 2022) segue di poco quella sulla Costituzione di Weimar, apparsa nel 2020, e prelude ad un'ulteriore monografia sulla Costituzione degli Stati Uniti. Essa, dunque, si presenta in primo luogo come parte di una ricerca più ampia che intende passare al vaglio critico il pensiero costituzionale occidentale attraverso l'analisi di alcune delle sue più importanti realizzazioni. Ma essa mira anche a mettere in luce il carattere specifico e il valore assoluto della Costituzione austriaca, frutto felice di una contingenza storico-politica del tutto particolare e di una stagione intellettuale forse irripetibile sotto il profilo qualitativo. Non è un caso che la monografia - in un capitolo intitolato, con esplicito richiamo ad un fortunato libro di qualche decennio fa, *Prima dello Steinhof* - prenda le mosse dalla situazione della cosiddetta *finis Austriae* e della capitale Vienna in specifico. Senza il riferimento a questo *humus*, la comprensione della Costituzione del 1920 e dei suoi elementi caratterizzanti risulterebbe probabilmente impossibile. In particolare, un tratto essenziale di tale ambiente è costituito dal ruolo giocato dalla intelligenza di origine ebraica, della quale non a caso fa parte Hans Kelsen, consigliere giuridico del futuro presidente della Repubblica, l'"austromarxista molto prudente e accorto"<sup>1</sup> Karl Renner.

Università di Padova.

<sup>1</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà. Primato del parlamento e sindacato delle leggi nella*

La cultura viennese, soprattutto nella sua declinazione ebraica, riunisce in sé, in modo assolutamente problematico e per più di un verso contraddittorio, una forte fede nella ragione, specialmente liberale<sup>2</sup>, e la consapevolezza drammatica, e ciò non di meno disincantata, dei suoi limiti insuperabili, a cominciare da quelli propri del soggetto individuale. Infatti, proprio nella crisi del soggetto individuale, posta in primo piano nella stessa Vienna dalle indagini di Freud e dalle opere letterarie, per limitarsi a due nomi, di Schnitzler<sup>3</sup> o di Hofmansthal (si pensi soltanto, per il primo a *Doppio sogno* e per il secondo alla *Lettera di Lord Chandos*) sembrava consumarsi la parabola, inaugurata da Cartesio e Hobbes, della stessa modernità. Sotto questo profilo non deve stupire, in un autore come Kelsen, tanto la difesa intransigente del singolo (e del suo primato) contro ogni ‘spettro’ proteso a limitarne l’autonomia e la libertà, bene comune, interesse generale, Stato inteso in senso sostanzialistico, quanto il relativismo in filosofia e in politica, orientato a negare la possibilità per quello stesso singolo di conseguire per via razionale certezze assolute. Né deve stupire che in questo autore convivano, come nota Carrino, il “formalismo ottimistico della scienza giuridica e della forma giuridico-costituzionale” e il “realismo pessimistico di una filosofia politica non ignara della conflittualità sociale e dei limiti del metodo democratico”<sup>4</sup>.

## 2. *La Costituzione del 1920 nella storia costituzionale austriaca*

Anche sotto il profilo della storia costituzionale, la Carta del 1920 presenta caratteri specifici che affondano le proprie radici nell’ultimo secolo di vita dell’Impero asburgico. Questo vale persino per l’articolo 1, quello che arditamente pretende di sostituire il potere con il diritto, proclamando che questo (e non il primo, del quale non v’è parola) deriva dal popolo. Si tratta certamente di una novità che ha assai a che fare con l’influenza esercitata da Kelsen sulla stesura del testo e con la

*costituzione austriaca del 1920*, Milano-Udine, Mimesis, 2022 (in seguito sarà brevemente citato come *Legge e libertà*), p. 15.

<sup>2</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 25.

<sup>3</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 24.

<sup>4</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 24.

sua convinzione, per molti versi eversiva, della necessità, affermata risolutamente in *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*<sup>5</sup>, di superare la nozione di sovranità e il lessico che ruota intorno al concetto di potere. Ma si tratta anche dell'esito di una vicenda storica risalente, relativa all'affermazione dell'Impero come specifico 'Stato di diritto', garante di determinati diritti politici<sup>6</sup>. Questo vale allo stesso modo per l'introduzione del sindacato costituzionale che trova un importante precedente, ancora in età asburgica, nell'istituzione del *Reichsgericht*<sup>7</sup> e che, sotto il profilo teorico, era stato prefigurato dalle riflessioni di Jellinek, Renner e Bernatzik<sup>8</sup>. Tanto nei primi due autori, quanto in Kelsen stesso è presente altresì, insieme all'affermazione della necessità dell'introduzione del sindacato di costituzionalità, la consapevolezza dei potenziali rischi connessi a tale istituto, innanzitutto sotto il profilo politico. Se Jellinek, scrive Carrino, vede nella giustizia costituzionale (ancora) un'istanza soggetta alla "legge statutale (...) al servizio della legge e della sua 'salute'"<sup>9</sup>, al tempo stesso si pone il problema della sua possibile (e potenzialmente incontrollabile) deriva: "Se i giudici devono essere i guardiani della costituzione – afferma - *quis custodiet custodes ipsos?*"<sup>10</sup>. Renner, per parte sua, pensa che ogni potere, dunque anche quello della Corte costituzionale della quale nel 1918, in *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, pure propone l'introduzione, sia esposto ad abusi<sup>11</sup>. Kelsen, scrive ancora Carrino, ritiene che la Corte costituzionale abbia come proprio compito precipuo quello della "protezione della costituzione così come decisa"<sup>12</sup>, oltre a quello della "risoluzione dei conflitti interni"<sup>13</sup>. A suo avviso il principio democratico poteva infatti essere messo in pericolo sia dalla pretesa di 'democratizzare' l'amministra-

<sup>5</sup> H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la dottrina del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, a cura di A. CARRINO, Milano, Giuffrè, 1989.

<sup>6</sup> Cfr. A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., pp. 31-2.

<sup>7</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 33.

<sup>8</sup> Cfr. A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 41 sgg.

<sup>9</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 49.

<sup>10</sup> G. JELLINEK, *Una corte costituzionale per l'Austria?*, a cura di E. PALICI DI SUNI, Torino, Giappichelli, 2013, p. 70; cfr. A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 49.

<sup>11</sup> Cfr. A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 62.

<sup>12</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 62.

<sup>13</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 116.

zione, in questo condivideva gli stessi timori di Merkl, sia negli ordinamenti federali come l’Austria, dal verificarsi di “rotture in senso centrifugo dello Stato da parte delle sue componenti territoriali”<sup>14</sup>. La Corte costituzionale così come egli la prevede ha innanzitutto il compito di garantire il rispetto di quel principio, quale si è configurato nella formulazione, storicamente determinata e frutto di uno specifico compromesso istituzionale fra i diversi orientamenti politici e le diverse articolazioni d’interesse, del testo costituzionale e nell’organizzazione complessiva dello Stato che da questo consegue. Per Kelsen, infatti, lungi dal corrispondere a un ordine di valori sovrappositivo e immutabile, la costituzione semplicemente “*esprime le forze politiche di un determinato popolo*”, è un documento che attesta la situazione di equilibrio relativo nel quale i gruppi in lotta per il potere permangono fino a nuovo ordine”<sup>15</sup>.

### 3. *Il sindacato costituzionale e i suoi pericoli*

L’introduzione del sindacato costituzionale reca con sé, dunque, possibili derive, tanto che, proprio al fine di contrastarle, Kelsen raccomanda di limitare al massimo nel testo costituzionale il riferimento a valori e principi astratti<sup>16</sup>. Carrino parla a questo proposito di un duplice volto della giustizia costituzionale, il primo “dichiarato” e il secondo “occulto”, ma capace di operare in profondità e di conseguire rivolgimenti di grande portata. Il volto dichiarato ha a che fare con “la tutela della coerenza unitaria dell’ordinamento giuridico in uno Stato federale”; il volto occulto è “il rapporto tra diritti costituzionalmente garantiti e il potere di dichiarare nulla una norma pure approvata e pro-

<sup>14</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 117.

<sup>15</sup> H. KELSEN, *Le spinte alla riforma costituzionale. Una conseguenza dello spostamento delle forze politiche*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milano, Giuffrè, 1981, p. 49.

<sup>16</sup> Cfr. A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., pp. 124 e 137. Si legge in H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, in H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, cit., p. 189, che il riferimento nella carta costituzionale “all’equità, alla libertà, all’uguaglianza, alla giustizia, alla moralità, ecc., in mancanza di una precisazione di questi valori” ha come conseguenza che “qualunque regola di diritto può essere giustificata con una qualunque di queste possibili concezioni”.

mulgata secondo le procedure nel caso di riconosciuta ‘incostituzionalità’<sup>17</sup>. Progressivamente il secondo aspetto diverrà prevalente, attribuendo al giudice costituzionale una sempre maggiore discrezionalità. Lo stesso Kelsen, in quanto giudice costituzionale, non si sottrarrà a questa deriva nella nota sentenza sulle dispense matrimoniali, della quale fu relatore e nella quale, a prescindere dalla loro condivisibilità o meno, certamente, scrive Carrino, “le sue proprie convinzioni prevarranno sul dettato normativo-formale”<sup>18</sup>.

È soprattutto per il suo carattere inestirpabilmente politico, giacché la Costituzione della quale le Corti costituzionali sono garanti, è un testo inevitabilmente intessuto di opzioni politiche, che l’attività giudiziaria delle Corti medesime è sempre soggetta a quello che l’Autore chiama “rischio di una ‘conversione attivistica’”<sup>19</sup>. Si tratta di un’ “evoluzione inarrestabile”, opporsi alla quale con piena efficacia risulta “praticamente impossibile”<sup>20</sup>. Va tuttavia ascritto a merito della giustizia costituzionale austriaca, considerata nell’intero arco della sua attività, l’aver inteso sempre il proprio ruolo “in senso rigorosamente formale”, a differenza di altre Corti, come quella tedesca. Con i limiti che si è detto, questo approccio sembra dunque porsi perlomeno come un limite interno, vale a dire *giuridico*, nei confronti del “creazionismo giudiziario”, posto che il potere del giudice può trovare un contraltare efficace e definitivo solo in “una politica forte”<sup>21</sup> capace di assumersi la responsabilità delle decisioni politiche, ristabilendo così in maniera efficace (e conforme a Costituzione) il circuito legittimo di formazione della decisione politica. Infatti, come si dice nelle *Conclusioni*, per “porre un argine alla deriva principalista e giusmoralista che porta a un predominio ingiustificato delle corti” è necessario ribadire che l’ “ordine giuridico esistente” riposa su una “decisione politica” precedente la quale “non può essere ‘interpretata’ oltre i confini della sua originaria politicità”. Al massimo è suscettibile di “essere rovesciata, ma sulla base di una nuova e altra decisione politica”<sup>22</sup>. Richiamandosi a Bobbio, Carrino

<sup>17</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 120.

<sup>18</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 124.

<sup>19</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 132.

<sup>20</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 138.

<sup>21</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 139.

<sup>22</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 146.

sottolinea che il diritto, in quanto “ordine sociale”, non è “immobile e inevitabilmente l’interprete è fra quelli che più contribuiscono, forse, a preparare i necessari mutamenti sociali”<sup>23</sup>. Ciò significa che la giurisprudenza, specialmente quella costituzionale, “non è mai scevra da giudizi di valore” e svolge inevitabilmente “una funzione di ‘assestamento’, conformazione delle norme alla realtà sociale in mutamento”<sup>24</sup>. Non può tuttavia sostituirsi alla politica, operando liberamente sulla base di valori estranei alla “decisione politica fondamentale”<sup>25</sup>. Non c’è riferimento allo “spirito dei tempi” o a cataloghi universali di diritti<sup>26</sup> che valga a interrompere questo legame di dipendenza, salvo voler trasformare la democrazia in qualcos’altro. È significativo che Kelsen fosse a tal punto consapevole di questo da prevedere nella Carta del 1920 non solo che i giudici costituzionali fossero di nomina parlamentare, ma che la composizione della Corte corrispondesse ai rapporti di forza fra i gruppi parlamentari stessi<sup>27</sup>. La sua decisa propensione, in materia elettorale, per il sistema proporzionale, fondata sulla convinzione che i rapporti di forza presenti nella società debbano riprodursi con la maggiore fedeltà possibile a livello di rappresentanza, trova così il suo coronamento nella struttura e nelle modalità di nomina della stessa Corte costituzionale.

#### 4. *Kelsen, Renner, Merkl nel dibattito costituzionale*

A conferma della ricchezza del dibattito politico e teorico nel quale si situa la riflessione austriaca sulla giustizia costituzionale, il volume è corredato dalla traduzione di due importanti saggi, l’uno di Karl Renner, intitolato *La nazione come idea giuridica e l’Internazionale*, risalente al 1914, e l’altro di Adolf Julius Merkl, intitolato *Diritto legale e diritto dei giudici*, risalente al 1922. Essi, tra l’altro, dimostrano lo stretto legame fra questi autori e Kelsen e, anzi, il debito che egli contrae nei loro confronti<sup>28</sup>.

<sup>23</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 142.

<sup>24</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 143.

<sup>25</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 149.

<sup>26</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 149.

<sup>27</sup> Cfr. A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 150.

<sup>28</sup> Cfr. A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 67 e p. 101.

Al primo saggio, scrive Carrino, Kelsen “deve molto”<sup>29</sup> per ciò che riguarda le tesi sulla sovranità, quali risultano innanzitutto dal già ricordato *Das Problem der Souveranität*, apparso nel 1920. Infatti Renner, in un quadro di forte adesione agli ideali internazionalistici di tipo socialista, critica radicalmente “l’ideologia nazionalistica”, alla quale nega lo statuto di “idea del diritto e dell’umanità”<sup>30</sup> per il suo carattere aggressivo e predatorio: essa, scrive Renner, addirittura attribuisce “all’esercizio del potere, all’uccisione, alla distruzione, alla guerra, per ora ancora un male tristo, la qualità di impresa etica!”<sup>31</sup>. È in particolare “nelle profondità del popolo, nel proletariato”<sup>32</sup> che si trovano gli anticorpi alla pericolosa ideologia nazionalista e al concetto di sovranità, altrettanto pericoloso in quanto foriero di un incompabile disordine nei rapporti internazionali. L’internazionalismo socialista, al contrario, mostrando la “relatività della comunità nazionale”<sup>33</sup>, non la nega in assoluto, ma ne fa una parte “dell’intera sovrastruttura di interessi e organizzazioni uguali e comuni che si innalza al di sopra delle nazioni”<sup>34</sup>.

Al secondo saggio, e più in generale al suo autore, Kelsen deve il riconoscimento del fatto che, scrive ancora Carrino, “il giudice produce anch’egli diritto nuovo”<sup>35</sup>. Infatti Merkl, che, per quanto “allievo” di Kelsen, va considerato “vero e proprio co-fondatore della teoria pura del diritto”<sup>36</sup>, critica il primato della legge, la sua “sopravvalutazione” a fronte del “diritto giudiziario”, considerato non “una fonte giuridica sussidiaria, bensì primaria”<sup>37</sup>. Non solo “la legge è un fenomeno giuridico possibile

<sup>29</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 101.

<sup>30</sup> K. RENNER, *La nazione come idea giuridica e l’internazionale*, in A. CARRINO, “Legge e libertà”, Milano-Udine, Mimesis, 2022, p. 179.

<sup>31</sup> K. RENNER, *La nazione come idea giuridica e l’internazionale*, cit., p. 179.

<sup>32</sup> K. RENNER, *La nazione come idea giuridica e l’internazionale*, cit., p. 183.

<sup>33</sup> K. RENNER, *La nazione come idea giuridica e l’internazionale*, cit., p. 189.

<sup>34</sup> K. RENNER, *La nazione come idea giuridica e l’internazionale*, cit., p. 191.

<sup>35</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 67. Nella prima edizione della *Reine Rechtslehre*, risalente al 1934, all’interno di un capitolo dedicato espressamente all’interpretazione, Kelsen afferma che “la norma che dev’essere eseguita costituisce soltanto uno schema entro il quale si trovano molteplici possibilità di esecuzione e ogni atto che si mantiene entro questo schema e lo riempie in un senso possibile qualsiasi, è conforme alla norma” (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. TREVES, Torino, Einaudi, 1952, p. 120).

<sup>36</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 67.

<sup>37</sup> A.J. MERKL, *Diritto legale e diritto dei giudici*, in A. CARRINO, *Legge e libertà*, Milano-Udine, Mimesis, 2022, p. 199.

e casuale (...) niente affatto indispensabile dal punto di vista della logica del diritto”<sup>38</sup>, ma essa, in quanto “prodotto grezzo del diritto”, sua “forma intermedia”<sup>39</sup>, non può in nessun modo fare a meno della “mano creativa del giudice”<sup>40</sup> la cui azione è intesa come “integrazione ineliminabile” e “chiave di volta dell’impalcatura giuridica conchiusa”<sup>41</sup>.

Ci si può chiedere però se tale riconoscimento non metta radicalmente in forse la pretesa kelseniana di delimitare, per così dire, l’attività del giudice, in particolare di quello costituzionale, alla sfera puramente scientifica, facendone, scrive Carrino, “il garante della unità del sistema, del carattere assoluto del diritto e della oggettività del diritto”: proprio sulla base delle affermazioni di Merkl occorre invece ammettere che il “rischio” cui la giustizia, in particolare quella costituzionale, rimane costantemente esposta, è che “la separazione fra conoscenza e volontà”, sostanzialmente affidata al rigore scientifico e morale del giudice, al suo *Beruf* inteso nel senso specifico di vocazione, collassi “dinanzi al conflitto tra valori e concezioni del modo differenti”<sup>42</sup>.

**Abstract** - This note analyses some of the thesis present in Agostino Carrino’s *Legge e libertà. Primato del parlamento e sindacato delle leggi nella costituzione austriaca del 1920*. In particular, it examines the cultural

context in which the Austrian Constitution of 1920 was produced, the influence exercised in its drafting by Hans Kelsen and the issue of constitutional justice, with a special attention to the challenges related to it.

<sup>38</sup> A.J. MERKL, *Diritto legale e diritto dei giudici*, in A. CARRINO, *Legge e Libertà*, Milano-Udine, Mimesis, 2022, p. 204.

<sup>39</sup> A.J. MERKL, *Diritto legale e diritto dei giudici*, cit., p. 207.

<sup>40</sup> A.J. MERKL, *Diritto legale e diritto dei giudici*, cit., p. 205.

<sup>41</sup> A.J. MERKL, *Diritto legale e diritto dei giudici*, cit., p. 207. Sull’influenza di Merkl nei confronti della *Reine Rechtslehre*, con particolare riferimento alla dottrina dell’interpretazione, cfr. A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., pp. 93-95.

<sup>42</sup> A. CARRINO, *Legge e libertà*, cit., p. 69.