

Kelsen e la Corte costituzionale austriaca: un percorso storico-politico (1918-1920)

SARA LAGI

1. La "contrapposizione" Centro-Länder: un problema di lungo periodo

Nella ricca letteratura fiorita attorno alla sua opera, Hans Kelsen è stato spesso definito «padre della Costituzione austriaca del 1920», «ideatore della Corte costituzionale»; il suo nome è stato tradizionalmente associato alla nascita della prima Repubblica d'Austria e al sistema di controllo giurisdizionale delle leggi. La maggioranza degli studiosi ha ricondotto il contributo kelseniano principalmente alla filosofia del diritto e alla ingegneria costituzionale, individuando nella Corte costituzionale l'applicazione e l'espressione di una mentalità giuridica tesa a ricondurre il momento politico entro le maglie di una razionalità asettica e astratta. In altri termini, la *Verfassungsgerichtsbarkeit*, intesa come parte di quella dottrina pura del diritto che Kelsen aveva cominciato a sviluppare a partire dagli anni '10 (Troper 1994, p. 19 ss).

Vorremmo piuttosto proporre una lettura diversa che individui alcune delle pre-

messe e delle sollecitazioni storico-politiche sottese ai primi progetti kelseniani di Corte costituzionale, così come questi vennero a delinearsi tra l'inverno del 1918 e l'autunno del 1920. Tali sollecitazioni rimandano inevitabilmente al crollo dell'Impero asburgico e alla convocazione il 21 ottobre 1918 di una Assemblea Nazionale provvisoria che, con una serie di «Beschlüsse» costituzionali (la «legge sulla sovranità», 30 ottobre 1918; la «legge sulla forma dello Stato»; la «legge sulla assunzione della sovranità nei Länder», 14 novembre 1918) proclamò la nascita di una Repubblica democratica unitaria. È proprio attorno alla "opzione unitaria" che, a nostro giudizio, comincia a prendere forma la riflessione kelseniana sulla giurisdizione costituzionale.

La decisione dell'Assemblea nazionale provvisoria di dichiarare il carattere unitario della nuova Repubblica venne preceduta e accompagnata da un appassionato e aspro dibattito tra esponenti di spicco della socialdemocrazia (SPÖ), favorevoli alla

soluzione unitaria, e rappresentanti del partito cristianosociale (CSÖ), conservatori di ispirazione cattolica, che premevano per una scelta federalista (Hanisch 1994, pp. 74-75). Parlare di federalismo nell'Austria postbellica significava affrontare il problema assolutamente concreto e stringente dei rapporti tra le nuove istituzioni centrali, "emanate" dalla Assemblea nazionale provvisoria, e gli organi amministrativi e legislativi dei cosiddetti Länder, caratterizzati da spinte fortemente autonomistiche (Stourzh 1995, pp. 289-296).

L'importanza che, nei primi contributi kelseniani dedicati alla Corte costituzionale, riveste la contrapposizione tra istanza unitaria-centralistica, e quella federale, incarnata dai Länder, rende necessario un chiarimento preliminare sul significato storico-politico di Land nello sviluppo costituzionale austriaco. Il termine Land (dai molteplici significati: terra, paese, regione, spazio, territorio, patria) racchiude in sé una parte importante della storia d'Austria: dopo la fine del Sacro Romano Impero, l'Austria si presentava come una «unione monarchica di Stati per ceti», composta da vari Länder, che si dividevano tra i Länder unificati in «unio perpetua» alla Casa d'Austria, meglio conosciuti come Länder della Cisleithania, e quelli che, in origine, appartenevano alla Corona d'Ungheria, i Länder della Transleithania (Mazohl-Walling 1981, pp. 309-310).

Come puntualizza Mazohl-Walling, tutti i Länder dell'Impero erano accomunati da una tradizione fortemente «landständisch» (territorial-cetuale), che implicava una sostanziale opposizione alla formazione di uno stato unitario e centralizzato (Ivi, p. 9). La contrapposizione fra Centro-Länder, che aveva rappresentato uno dei

"trend" della storia politica e costituzionale austriaca (Gherardi, 1970, p. 83ss.), esplose nuovamente dopo la fine della *grande guerra* (M. Malandrino 1998, pp. 84-87).

Il 22 ottobre 1918 una delegazione costituita dai rappresentanti dei principali Länder austriaci contestò alla Assemblea nazionale provvisoria il potere di riorganizzare l'intera amministrazione e di decidere autonomamente sulla costituzione del nuovo stato (Ableitinger 1983, p. 151). Karl Renner, leader socialdemocratico, come Cancelliere e rappresentante delle istituzioni centrali, ribadì in polemica con i delegati dei Länder, che uno dei principali compiti del nuovo governo era proprio quello di impedire ai Länder di utilizzare le libertà e autonomie appena acquisite per produrre principi e regole amministrative in contrasto con quelle emanate dal Centro (Renner, *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* 1918, p. 77).

In sintesi, come sottolinea Ermacora nel suo fondamentale studio sulla storia del federalismo austriaco, il nuovo "edificio" austriaco si poggiava su una forte "contrapposizione" tra i Länder, gelosi delle loro nuove autonomie, che premevano per uno stato federalista e decentrato, da una parte, e, dall'altra, il carattere unitario e centralizzatore delle prime leggi emanate dalla Assemblea nazionale provvisoria, dove i socialdemocratici godevano di notevole autorità (Ermacora 1976, p. 41). Ma la pressione esercitata dai Länder (e con loro dai cristianosociali) era tale da non potere essere completamente ignorata: il primo a prenderne atto fu lo stesso Karl Renner, che il 29 ottobre 1918 avanzò la proposta, immediatamente accettata, di introdurre le «Beitrittserklärungen» (dichiarazioni di adesione), in base alle quali l'Assemblea

nazionale concedeva ai singoli Länder il diritto di decidere autonomamente di aderire al nuovo stato austriaco (Brauneder-Lachmayer 1976, pp. 192-193). Come è stato sottolineato in numerosi studi, le «dichiarazioni» presentavano un carattere fortemente ambivalente. Da un lato, esse rappresentavano una parziale ammissione da parte delle istituzioni centrali del grado di autonomia raggiunto dai Länder, ma dall'altro definivano questi ultimi come «province», affermando così il carattere sostanzialmente unitario del nuovo stato (Schmitz 1981, p. 22).

L'«escamotage» ideato da Renner, lungi dal risolvere e placare le tensioni tra istituzioni centrali e regionali, ebbe però, a nostro giudizio, il merito oggettivo di «costringere» i socialdemocratici a prendere più seriamente in considerazione il punto di vista dei Länder e di coloro che le rappresentavano.

La controversia tra Centro e Länder, e più generalmente tra posizioni unitarie e federali, che si era venuta a delineare dopo la fine della guerra, era il punto di arrivo di un processo politico secolare che era stato spesso caratterizzato da una forte tensione tra il Centro dell'Impero asburgico e la Periferia, tra Reich e Länder, che avevano più volte rivendicato una maggiore autonomia e, in alcuni casi, una compiuta «federalizzazione» della Monarchia. Dalla seconda metà dell'800 questa tensione – mai risolta – si era strettamente intrecciata proprio con i primi tentativi di «giurisdizione costituzionale» (Luther 1990, pp. 108 ss).

Già nel 1848, il movimento costituzionale liberale austriaco aveva proposto in un progetto di costituzione la creazione di un *Reichsgerichtshof* (Tribunale imperiale) che, tra le varie competenze ad esso accordate,

sarebbe intervenuto come suprema istanza di decisione in tutte le controversie tra le autorità regionali (Länder) e quella centrale (Reich) (Rumpler-Urbanitsch 2000, pp. 187-188). Il prevalere delle forze controrivoluzionarie aveva, però, impedito la realizzazione del progetto (Adamovich 1971, pp. 4-5).

La richiesta di un *Reichsgerichtshof* venne accolta solo nel 1867, all'interno della compiuta trasformazione in senso costituzionale della monarchia asburgica (*Ausgleich* austro-ungarico) (Stourzh, 2000, p. 247). Esattamente come previsto nel progetto costituzionale del 1848, il *Reichsgerichtshof*, contemplato nella nuova costituzione del 1867, era al contempo «Spezialgerichtshof», «Kompetenzgerichtshof» e «Kausalgerichtshof»: esso era posto a difesa dei cosiddetti «diritti politici», assicurava i limiti di competenze tra l'autorità amministrativa e quella giudiziaria e, aspetto per noi particolarmente rilevante, decideva in caso di conflitto tra Reich e Länder, qualora esso non potesse essere risolto attraverso i giudici ordinari (Brauneder-Lachmayer 1976, p. 174).

Come puntualizza T. Öhlinger, la creazione del *Reichsgerichtshof* non esaurì, però, le questioni e le problematiche attorno alla giurisdizione costituzionale e tanto meno quelle relative ai rapporti tra Reich e Länder (Öhlinger 1982, p. 60): mentre il progetto di costituzione del '48 aveva attribuito ai Länder una forte autonomia, la carta costituzionale (la cosiddetta «Costituzione di Marzo»), concessa nel 1849 da Francesco Giuseppe I, aveva legato i Länder ad uno stato centralizzato e unitario (B. Haider 1997, pp. 108-109); la costituzione del 1867 aveva infine concesso ai Länder della Corona una certa, seppur limitata, autonomia,

ma senza riuscire a trovare un equilibrio tra Centro e Länder che risultasse pienamente soddisfacente per quest'ultime (Adamo-vich 2000, pp. 11-13). I cambiamenti costituzionali intervenuti in Austria nella seconda metà dell'800 e in particolare la creazione nel 1867 del *Reichsgerichtshof* attirarono, ad esempio, l'attenzione del giurista austriaco Georg Jellinek, maestro ad Heidelberg di Hans Kelsen, che nel suo *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich* (*Una Corte costituzionale per l'Austria*, 1885) proponeva la trasformazione del *Reichsgerichtshof* in una vera e propria Corte costituzionale, le cui competenze fossero peraltro accomunate da una forte pregiudiziale anti-parlamentare: diversamente dal *Reichsgerichtshof*, la nuova Corte doveva "vigilare" sulla costituzione, affinché il parlamento non emanasse leggi anticostituzionali (Jellinek 1885, pp. 8-9).

Nel suo saggio, Jellinek non si limitava, però, ad attaccare il "pericolo parlamentare", egli criticava pesantemente anche la costituzione del 1867 perché, a suo giudizio, non era riuscita a regolare in maniera sistematica ed efficace la risoluzione dei conflitti tra legislazione imperiale (Reich) e regionale (Länder), a testimonianza di quanto tale problematica fosse scottante (Ivi, pp. 18-19). Il saggio di Jellinek esercitò un'influenza notevole sul dibattito austriaco attorno alla giurisdizione costituzionale nei decenni successivi (Noll, 2000 pp. 365 ss).

Al contributo di Jellinek sembrò, in parte, richiamarsi lo stesso Karl Renner in una delle sue opere più celebri, *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen* (*Il diritto alla autodeterminazione delle nazioni*, 1917) (Schmitz 2003, p. 240).

Renner vi immaginava la trasformatio-

ne in senso compiutamente democratico-federale dell'Impero asburgico, e la realizzazione all'interno della nuova compagine di un «Bundesverfassungsgerichtshof» (Corte costituzionale federale) (K. Renner 1917, p. 292).¹ Tra i compiti di questa Corte, Renner prevedeva appunto la neutralizzazione di eventuali conflitti tra le istituzioni centrali (Bund) e quelle regionali (Länder) (Ivi, pp. 292-293). In uno dei suoi primi discorsi alla Assemblea nazionale provvisoria, Renner parve riallacciarsi a quanto sostenuto nel suo saggio, proponendo la creazione di una «Corte costituzionale»:

Attualmente non possiamo creare un Tribunale di stato con tutte le garanzie della a-partiticità e della obiettività giudiziaria. Abbiamo temporaneamente attribuito questa funzione ad una Commissione di questa Assemblea composta da venti membri. [...] Successivamente, in un futuro non troppo lontano, torneremo su questo punto e al posto di un Tribunale di stato avremo una Corte costituzionale che non dovrà occuparsi solo della protezione dei cittadini, bensì anche delle disposizioni statali, della libertà di voto e del nostro diritto pubblico

[Renner, in *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung* 1918, p. 33].

Il discorso di Renner testimoniava come, dopo la fine della guerra e il crollo della Monarchia, il tema della giurisdizione costituzionale fosse nuovamente al centro del dibattito costituzionale austriaco. L'importanza delle parole di Renner furono pienamente comprese proprio da Hans Kelsen. Nell'inverno del 1918, su richiesta dello stesso Karl Renner cui era legato da fraterna amicizia, Kelsen entrò a far parte, come consulente, della Cancelleria di Stato, e per occuparsi, tra l'altro, di giurisdizione costituzionale.

Kelsen intervenne sul tema nell'inverno del 1918, con un breve "memorandum" indirizzato alla Cancelleria di Stato, *Entwurf eines Gesetzes über die Einrichtung eines Verfassungsgerichtshofes* (Progetto di legge per l'attivazione di una Corte costituzionale).² Il giurista austriaco osservava che, sul piano strettamente giuridico, il mantenimento del *Reichsgerichtshof* di epoca imperiale era «in contraddizione» con le nuove disposizioni costituzionali, poiché «insieme alla vecchia costituzione tutte le norme che si fondano su di essa sono state cancellate» (H. Kelsen 1918, p. 308). Kelsen avrebbe peraltro utilizzato le stesse identiche parole nell'introduzione al suo monumentale compendio delle leggi costituzionali emanate nella Repubblica austriaca tra il 1918 e il 1920, *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutsch-Österreich* (Le leggi costituzionali della Repubblica austro-tedesca) (H. Kelsen vol. I, 1918, p. 10).

Nel suo breve "memorandum", Kelsen sottolineava la forte discontinuità tra il periodo repubblicano e quello monarchico; cambiamento che, nella sua prospettiva, consisteva nel passaggio dalla sovranità dello stato imperiale alla sovranità del nuovo organo legislativo, l'Assemblea nazionale: la proclamazione della repubblica democratica rendeva impossibile la mera riproposizione del *Reichsgerichtshof* (H. Kelsen 1918, p. 308).

Sebbene sostanzialmente "acerbo", il "memorandum" di Kelsen testimoniava la capacità del giurista di correlare la nuova Corte costituzionale alla creazione delle istituzioni democratico-repubblicane, in particolare alla rivendicazione della piena sovranità da parte della nuova Assemblea nazionale.

In tal senso, Kelsen rompeva con la dif-

fidenza verso l'organo legislativo che aveva invece caratterizzato la concezione jellinekiana di Corte costituzionale.³ Una importante distinzione, riconducibile, a nostro giudizio, sia ad un elemento teorico, sia ad uno più propriamente storico-politico.

L'ostilità espressa da Jellinek per il parlamento rinviava ad una più complessa "Staatslehre" che nello stato vedeva l'assoluto e unico detentore della sovranità, il «soggetto della sovranità», ossia l'«esclusivo produttore del diritto», e nel parlamento solo uno dei tanti «organi» dello stato che, in quanto dotato di ampio potere, poteva pregiudicare la corretta espressione e il corretto esercizio della sovranità statale (Fioravanti 2001, pp. 59-63). Dal canto suo, Kelsen nei suoi *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Problemi fondamentali della dottrina pubblica dello stato, 1911), in aperta polemica proprio con Jellinek, aveva affermato che lo stato non era «produttore di diritto» e, come tale, «soggetto della sovranità»; esso era essenzialmente «ordinamento giuridico», laddove la produzione concreta del diritto, la «produzione legislativa», competevano nello specifico al parlamento, che agiva così da "trait d'union" tra società e istituzioni (Kelsen 1997, pp. 455 ss). A nostro giudizio, sebbene in contesti differenti, esiste una linea di "continuità teorica" tra quanto affermato negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* e la elaborazione di una Corte costituzionale non più in chiave anti-parlamentare che caratterizza il "memorandum" del 1918.

Sul piano più strettamente storico-politico, l'affermazione kelseniana della centralità del parlamento, della nuova Assemblea, si inseriva direttamente nel dibattito costituzionale e politico austriaco, così

come questo si era sviluppato tra il 1918 e il 1919. Una delle questioni maggiormente dibattute nelle prime sedute della Assemblea nazionale provvisoria furono il ruolo e i poteri del nuovo parlamento. I socialdemocratici, favorevoli ad un sistema fortemente "legicentrico" (intervento del deputato socialdemocratico Mathias Eldersch *Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung* 1919, pp. 66-67), si scontrarono con i cristianosociali che, al contrario, proponevano un Esecutivo forte e autorevole (*Ivi*, intervento del leader cristianosociale Ignaz Seipel pp. 77-78). Ma la disputa era, a sua volta, correlata alla controversia sul federalismo. In più di un'occasione, tra il '19 e il '20, i deputati socialisti affermarono che, nel caso la opzione federalista fosse prevalsa, essi si sarebbero opposti alla creazione di una Camera dei Länder paritetica con la Camera federale eletta dal popolo (Slapnicka 1996, p. 51). E ciò, nella loro prospettiva, implicava anche la attivazione di una Corte costituzionale che, nel caso di conflitti tra Centro e Länder, fosse posta a protezione delle istituzioni centrali (Ermacora 1976, p. 255). Un intricato e complesso dibattito istituzionale e politico su federalismo, sui conflitti e le divisioni di competenze, sulla giurisdizione costituzionale nel quale Hans Kelsen intervenne a più riprese.

2. La creazione della Corte costituzionale austriaca: l'unità dello stato austriaco come problema

Già nel suo "memorandum", Kelsen aveva osservato la necessità di introdurre una Corte costituzionale per risolvere eventua-

li conflitti tra istituzioni centrali e regionali (Kelsen 1918, p. 308). La medesima considerazione veniva riproposta e approfondita dal giurista nel 1919 in *Die Stellung der Länder in der künftigen Deutschösterreich* (*La posizione dei Länder nell'attuale Austria tedesca*). Originariamente scritto nelle settimane successive alla promulgazione della «legge sulla assunzione della sovranità nei Länder» (14 marzo 1919), che sembrava sancire la nascita di uno stato unitario, la versione definitiva del documento apparve tra il 1919 e il 1920 per la «*Zeitschrift für öffentliches Recht*». Kelsen individuava anzitutto tre possibili scenari per l'Austria: 1) stato burocratico-centralizzato, 2) sistema di amministrazione autonoma e decentralizzata; 3) stato federale (Kelsen 1919, pp. 2-3).

Nonostante le sue numerose perplessità, Kelsen era altrettanto consapevole che la soluzione federale avrebbe incontrato il maggiore consenso: dimostrando una notevole sensibilità per le concrete dinamiche del tempo, il giurista ricordava che con la fine della guerra i Länder avevano rivendicato la loro «originaria libertà e indipendenza» e che, proprio per questo, «avrebbero mal tollerato di essere ridotti a limitate province di uno stato unitario» (*ibidem*).

Ciò non implicava, però, la trasformazione dell'Austria in una «Confederazione dei Länder», poiché il potere legislativo dell'Assemblea nazionale provvisoria non era stato concesso ad essa dai Länder, bensì era stato rivendicato per sé dalla Assemblea stessa (*Ivi*, pp. 5-7). Nella analisi di Kelsen, il nuovo stato austriaco era sorto in seguito alla assunzione da parte della Assemblea nazionale della piena sovranità, e non sulla base di un «contratto» tra Länder. Alla luce

di queste considerazioni, Kelsen coglieva nelle cosiddette «dichiarazioni di adesione», ideate da Renner, una contraddizione interna: da un lato, esse erano state concepite dai Länder come un «contratto» attraverso cui essi si univano, costituendo una sorta di «Federazione dei Länder»; dall'altro, nelle «dichiarazioni» veniva riconosciuta l'esistenza dello stato austriaco nella «sua costituzione unitaria» (*Ivi*, pp. 106-107):

Il concetto di una adesione libera e contrattuale dei Länder ad una Austria tedesca come Federazione di stati e il concetto di uno stato austro-tedesco in quanto costituzione unitaria sono inconciliabili
[*Ivi*, p. 113].

Proprio la particolare "origine" del potere sovrano nella nuova Austria comportava, per Kelsen, la assoluta necessità di creare una «Corte costituzionale federale» (*Bundesverfassungsgerichtshof*) che neutralizzasse e bloccasse le leggi anti-costituzionali emanate dai Landtage, ossia dalle Assemblee legislative dei Länder (*ibidem*). In tal senso, emergeva chiaramente come tra il 1918 e il 1919 attivazione e competenze della Corte costituzionale, da un lato, e questione dei Länder, dall'altro, fossero strettamente connessi non solo nel pensiero di Kelsen, ma anche in quanto componente del dibattito austriaco di quegli anni (Öhlinger 1982, pp. 60-61).

A testimonianza di ciò, è sufficiente ricordare che il 27 settembre 1919 il Land del Tirolo presentò un suo progetto di costituzione, redatto dal giurista Stephan Falser, in cui non solo veniva rivendicata la scelta federale, ma ancora di più la creazione di una Corte costituzionale alla quale potessero appellarsi gli stessi Länder con-

tro leggi anti-costituzionali emanate dal Centro (Schmitz 1981, p. 62). Proposta che sembrava in parte trovare una eco nei «colloqui interministeriali» che, proprio nell'autunno del '19, si stavano svolgendo tra i governatori dei Länder ed esponenti delle istituzioni centrali, guidati dallo stesso Karl Renner. Colloqui nei quali i rappresentanti del Tirolo, di Salisburgo, della Bassa Austria correlavano strettamente l'assetto federale dello stato con il diritto per i Länder di appellarsi alla futura Corte costituzionale (Ermacora 1981, p. 6; pp. 17-19).

Su posizioni sostanzialmente differenti, i socialdemocratici, fautori di uno stato unitario e centralistico, risposero, il 17 ottobre, con un programma politico di massima, in cui il diritto di appellarsi alla Corte costituzionale veniva riconosciuto solo al parlamento centrale, nel caso in cui un Land si fosse arrogato una competenza che costituzionalmente non gli apparteneva (Schmitz 1991, pp. 80-81). Il contenuto e il tono di questi dibattiti testimoniavano indirettamente come, agli inizi del '19, la soluzione federale si stesse profilando sempre più concretamente, e che, con ogni probabilità, la costituzione definitiva della nuova Austria sarebbe stata federale. Così, prima di partire per St. Germain, dove avrebbe rappresentato il governo austriaco alla Conferenza di pace, Renner chiese a Kelsen di stilare alcune bozze di Costituzione che dessero all'Austria l'assetto di una repubblica federale, sebbene le competenze più importanti dovessero essere affidate agli organi centrali (*Ivi*, p. 31). Tra l'estate e l'autunno del 1919, Kelsen stilò dunque sei progetti che coincidevano, in modo particolare gli ultimi due, con le richieste di Renner (Kelsen 1919, p. 114 ss).

La tensione tra Bund e Länder, tra

Assemblea nazionale e i parlamenti regionali, tra i socialisti "unitari" e i conservatori "federalisti" non accennava, però, a diminuire. Con il preciso intento di risolvere la contrapposizione Centro-Länder, il ministro cristianosociale Michael Mayr promosse personalmente una Conferenza generale dei Länder a Salisburgo (febbraio 1920). Alla vigilia della Conferenza, apparve anonimo sulla cattolica «Neue Freie Presse» un breve ma denso saggio di Kelsen, *Der Vorentwurf der österreichischen Verfassung* (*Il progetto della costituzione austriaca*). Testimoniando un profondo interesse per la controversia tra Bund e Länder, Kelsen ribadiva che lo stato federale austriaco *non era nato dopo* che i Länder avevano ceduto la loro originaria sovranità alle nuove istituzioni centrali, bensì sulla base della concreta necessità di preservare l'unità dello stato contro le spinte centrifughe delle Regioni (Kelsen 1920, p. 314):

Se gli Svizzeri attribuiscono una così grande importanza alla loro peculiarità regionale, fanno ciò a pieno diritto, poiché prima dei Cantoni non esisteva nessuno stato e poiché quello stesso stato nacque in seguito ad una progressiva condivisione di una esistenza comune. Da noi lo stato è tutto, è una unità
[Ivi, p. 317]

Il carattere intrinsecamente unitario dell'edificio statale austriaco, di cui la conformazione federale diveniva, per Kelsen, una mera declinazione resa necessaria dagli eventi contingenti,⁴ lo induceva a rigettare, ad esempio, l'equiparazione tra Camera dei Länder e Camera federale, richiesta dalle istituzioni regionali e in particolare dalla CSÖ (Ivi, p. 318). L'opposizione di Kelsen alle richieste dei Länder si esplicitava direttamente nella proposta di

una Corte costituzionale alla quale, come aveva già affermato in *Die Stellung der künftigen Länder in Deutschösterreich*, poteva appellarsi esclusivamente il governo del Bund contro leggi anticostituzionali emanate dai Landtage (Ivi, p. 321).

Sulla «Neue Freie Presse», Kelsen anticipava in parte le motivazioni che sarebbero state avanzate dagli stessi socialdemocratici, alla Conferenza di Salisburgo, contro il progetto federale, e in particolare contro la reciprocità tra Centro e Länder nell'appellarsi alla Corte costituzionale.

Solo attraverso una faticosa politica di compromesso, in occasione della seconda Conferenza dei Länder (Linz, aprile 1920), si giunse alla approvazione di una bozza di costituzione detta «Progetto Linz». Questa, preparata da Mayr, fortemente influenzato dal quarto e dal sesto progetto costituzionale di Kelsen, riconosceva il diritto di appellarsi alla Corte costituzionale sia al governo federale contro una legge anticostituzionale emanata da un Landtag, sia ad una Landtag contro una legge federale ritenuta non costituzionale (Ermacora 1967, p. 139).

Tale reciprocità, che a lungo era stata avversata da Kelsen, venne sostanzialmente trasposta nella versione definitiva della costituzione austriaca che, dopo il lungo e difficile "confronto-scontro" tra conservatori e socialisti, tra istituzioni centrali e regionali, stabilì il carattere federale, oltreché democratico-repubblicano, del nuovo stato austriaco. La redazione definitiva della costituzione fu affidata dalla Assemblea nazionale costituente, eletta nel febbraio del 1919, alla «Sottocommissione per gli affari costituzionali», i cui lavori durarono dall'11 luglio al 23 settembre del 1920 (Schmitz 1991, pp. 96-97). Membro della «Sottocommissione», Kelsen aveva il

compito di elaborare la sezione della Costituzione dedicata alla giurisdizione costituzionale. Attenendosi scrupolosamente agli artt. 149-150 del «Progetto Linz», Kelsen introdusse il principio della perfetta reciprocità tra Bund e Länder nell'appellarsi alla Corte costituzionale (Ermacora 1967, p. 354).

In tal senso, Kelsen si trovava a trasporre nella costituzione una "decisione politica", frutto di una intesa faticosamente raggiunta tra Centro e Periferia, tra socialisti e conservatori.

Ma a quella decisione politica, cui era sotteso un dibattito acceso, ricco di contraddizioni, che è possibile ricostruire attraverso i verbali della Assemblea nazionale (*Stenographische Protokolle der provisorischen und der konstituierenden Nationalversammlung*) e della stessa Sottocommissione, Kelsen diede un "quid" teorico in più, un contributo particolare, meglio conosciuto come «procedura d'ufficio». Durante la tredicesima seduta della «Sottocommissione» (31 agosto), Kelsen chiese infatti di definire la Corte costituzionale «oggettivo difensore della costituzione», in virtù della «procedura d'ufficio», che prevedeva «la possibilità di autoattivazione della Corte rispetto a leggi o regolamenti che costituiscono il "presupposto" della sua decisione» (Bongiovanni 1998, pp. 190-192).

La «procedura d'ufficio», che, secondo Bongiovanni, rappresentò il contributo "tecnico" più innovativo elaborato sulla Corte costituzionale da Kelsen (e dai suoi assistenti nella Cancelleria di stato), completava e realizzava pienamente quel concetto di «difesa della costituzione», di cui Kelsen aveva parlato per la prima volta nel suo "memorandum" del 1918 (H. Kelsen

1918, p. 309). L'innovazione apportata da Kelsen alla Corte costituzionale non suscitò alcun tangibile interesse da parte dei partiti politici, che erano stati i veri protagonisti del processo costituente. Durante le ultime due sedute della Assemblea nazionale costituente (29, 30 settembre 1920) i socialdemocratici, da un lato, e i cristiano-sociali dall'altro continuarono a polemizzare e a scontrarsi sulla ragionevolezza o meno della scelta federale, sulla subordinazione della Camera dei Länder a quella federale, e infine sulla legittimità delle rivendicazioni dei Länder all'indipendenza dopo la fine della «prammatica sanzione» (*Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung*, 1919-1920, p. 3382 ss). L'introduzione della «procedura d'ufficio» non venne contemplata in nessuno degli interventi fatti negli ultimi due incontri della Assemblea costituente. Nei verbali delle ultime sedute della Assemblea nazionale costituente è contenuto soltanto un breve cenno al nuovo sistema di giurisdizione costituzionale e alla assicurazione di una perfetta «parità» tra Bund e Länder nell'appellarsi alla Corte costituzionale (*Beilagen zu den Stenographische Protokolle der Konstituierenden Nationalversammlung* 1919-1920, p. 991).

Abbiamo cercato di delineare gli aspetti essenziali delle prime riflessioni di Kelsen attorno alla Corte costituzionale che, a nostro giudizio, scaturirono anzitutto dai concreti problemi posti dal rapporto tra Bund e Länder, e dalla contrapposizione fra opzione "unitaria" e "federale", dinanzi ai quali il giurista prese una posizione netta a favore delle istituzioni centrali ed estremamente critica nei confronti dei Länder. Questi, con le loro pretese di «pattuire» la nuova costituzione, con la rivendicazione

di una loro originaria sovranità, apparivano a Kelsen forze destabilizzatrici che avrebbero potuto pregiudicare l'esistenza stessa dello stato austriaco. La riflessione kelseniana sulla Corte costituzionale, sviluppata tra il 1918 e il 1920, che ci appare oggi né organica, né sistematica, né approfondita, sembrava correlata al timore di Kelsen che i Länder attuassero un movimento separatista. In ciò è probabilmente racchiuso il senso della Corte costituzionale kelseniana del 1920: essa e la stessa «procedura d'ufficio» furono allora concepiti come strumenti per proteggere l'intrinseca unità dello stato che, per Kelsen, era stata sancita dalla rivendicazione della sovranità da parte dell'Assemblea nazionale e riaffermata dalla costituzione approvata il 1° ottobre 1920, che era stata elaborata e infine approvata da un organo unitario, l'Assemblea costituente (Öhlinger 1993, pp. 125-127).

La riflessione di Kelsen attorno alla giurisdizione costituzionale e al significato di Corte costituzionale, tuttavia, non si esaurì con la promulgazione nel 1920 della Costituzione austriaca. Negli anni seguenti, il giurista ritornò sul tema, precisandolo, tanto che dalla metà degli anni '20 la Corte costituzionale divenne sempre più agli occhi di Kelsen un efficace strumento per la difesa delle istituzioni democratico-parlamentari contro derive liberticide e dispotiche (Barberis 1998, p. 23). Alla difesa della democrazia politica, Kelsen dedicò un primo saggio nel 1920, intitolato *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (*Essenza e valore della democrazia*), fortemente critico verso le drastiche limitazioni dei diritti civili e politici realizzate dalla Russia bolscevica (Kelsen 2004, pp. 47-52).

Con il progressivo deteriorarsi delle

istituzioni democratiche austriache, attaccate e criticate da movimenti anti-sistema, Kelsen approfondì il problema della democrazia politica e di una sua adeguata tutela nella seconda edizione ampliata di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (*Essenza e valore della democrazia*), pubblicata nel 1929, e dedicata alle caratteristiche, al senso e agli strumenti di protezione dell'ordinamento democratico-parlamentare, inteso come la migliore forma di convivenza politica (H. Kelsen 1998, p. 56).

È indubbio che nella riflessione kelseniana dedicata alla Corte costituzionale negli anni successivi alla prima guerra mondiale siano riscontrabili anche elementi che rinviano alla sua dottrina giuridica: l'avversione di Kelsen per il federalismo sembra in parte ricollegarsi all'idea della sovranità come «qualità» dello stato, quest'ultimo inteso quale «ordinamento giuridico unitario», idea che il giurista aveva cominciato a delineare negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* del 1911 per poi essere definitivamente sviluppata in *Das Problem der Souveränität* del 1920 (H. Kelsen 1989, p. 17 ss).

Ma vorremmo altresì sottolineare che agli inizi della prima repubblica austriaca, così come alla fine degli anni '20, le considerazioni che Kelsen espresse attorno alla Corte costituzionale non vennero formulate in un "vacuum", non furono un mero "esercizio" accademico e intellettuale; esse rappresentarono anche una risposta attenta e critica da parte di Kelsen a determinate sollecitazioni e particolari problemi politici, un tentativo personale di confrontarsi con quanto stava accadendo, che ci restituisce un'immagine del giurista meno ancorata alla "asettica" purezza della sua celebre *Reine Rechtslehre*.

Fonti inedite

Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung (1918-1919); (1919-1920).

Beilagen zur Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung (1919-1920).

Bibliografia

Adolf Ableitinger *Die Grundlegung der Verfassung*, in *Österreich: Geschichte der ersten Republik 1918-1938*, Styria, Graz, 1983.

Ludwig Adamovich, Edmund Bernatzik, in *Neue deutsche Biographie*, XI, Berlin, Duncker & Humboldt, 1977.

Giorgio Bongiovanni, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. Hans Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998.

Wilhelm Brauner-Franz Lachmayer, *Österreichische Verfassungsgeschichte. Einführung in Entwicklung und Strukturen*, Wien, Manz Verlag, 1976.

Felix Ermacora, *Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920). Die Protokolle des Unterausschusses des Verfassungsausschusses*, Wien, Horn, 1967;

- *Österreichischer Föderalismus vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat*, Wien, W. Braumüller, 1976;

- *Die Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*, Wien, Universitätsbuchhandlung, 1981.

Maurizio Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra Ottocento e Novecento*, vol I, Milano, Giuffrè, 2001.

Raffaella Gherardi, *Potere e costituzione a Vienna fra Sei e Settecento. Il "buon ordine" di Luigi Ferdinando Marsili*, Bologna, Il Mulino, 1980.

Barbara Heider, *Die Protokolle des Verfassungsausschusses des Reichsrates vom Jahre 1867*, Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaft, 1997.

Ernst Hanisch, *Österreichische Geschichte 1890-1990. Der lange Schatten des Staates. Österreichische Gesellschaftsgeschichte im 20. Jahrhundert*, Wien, Carl Überreuter, 1994.

Georg Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, Wien, Alfred Hödler, K. K. Hof und Universitäts-Buchhändler, 1885.

Hans Kelsen, *Kommentar zur öffentlichen Reichsratswahlordnung. Gesetz vom 26. Jänner 1907, RGBL. Nr. 17*, Wien, Manzische k. u. k. Hof- Verlags und Universitäts-Buchhandlung, 1907;

- *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre der Rechtssätze*, Tübingen, J. B. C. Mohr, 1911 trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, a cura di A. Carrino, Napoli, ESI, 1997;

- *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterung herausgegeben*, Erster Teil, Wien-Leipzig, F. Deuticke, 1919;

- *Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs*, «Zeitschrift für öffentliches Recht», 1919-1920, pp. 98-122;

- *Die Verfassungsentwürfe 1919*, in G. Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, «Hans Kelsen Institut», 1981;

- *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre 1920*, trad. it. in Id., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Un contributo ad una teoria pura del diritto*, a cura di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989);

- *Vom Wesen und Wert der Demokratie 1920*, trad. it. in Id., *Essenza e valore della democrazia*, Torino, Giappichelli editore, 2004;

- *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 1923-1924*, trad. it. *La giurisdizione costituzionale e amministrativa al servizio dello stato federale, secondo la nuova costituzione austriaca del 1° Ottobre 1920*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, con premessa di A. La Pergola, Bologna, Il Mulino, 1981;

- *Vom Wesen und Wert der Demokratie 1929*, trad. it. in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Bologna, Il Mulino, 1998.

Jörg Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, trad. it, Torino, Giappichelli editore, 1990.

Corrado Malandrino, *Federalismo, storia, idee, modelli*, Roma, Carocci, 1998.

Barbara Mazhol-Walling, *Lo sviluppo della problematica costituzionale dopo le rivoluzioni del '48*, in *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secoli.*, Bologna, Il Mulino, 1981.

Adolf J. Noll, *Georg Jellinek's Forderungen nach einem Verfassungsgerichtshof für Österreich*, in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, Hrsg. von Stanley L. Paulson, Tübingen, Verlag Mohr-Siebeck, 2000.

Theo Öhlinger, *Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie*, cit., in *Im Dienst an Staat und Recht. Internationale Festschrift Erwin Melichar zum 70. Geburtstag*, hrsg. von H. Schärfer, Wien, Manz, 1993.

Karl Renner, *Staat und Parlament. Kritische Studien über österreichische Frage und System der Interessenvertretung*, Wien, Kommission Verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand, 1901;

- *Mehrheits oder Volksvertretung? Zur Aufklärung der intellektuellen und industriellen Klassen über die Interesse an eine Wahlreform, sowie ihr Wesen, Arten, Bedeutung der Proportionalwahl*, Wien-Leipzig, Franz Deuticke, 1904;

- *Österreichische Erneuerung. Politisch-programmatische Aufsätze von Dr. Karl Renner, Reichsabgeordnetem*, Wien,

- Verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand & Co., 1916;
- *Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen*, Leipzig-Wien, J. Deuticke, 1917.
- Helmut Rumpler, - Peter Urbanitsch (hrsg.), *Verfassung und Parlamentarismus. Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Zentrale Repräsentativkörperschaften*, 1. Teilband, in *Die Habsburgermonarchie 1848-1918*, Wien, Verlag der österreichischen Akademie der Wissenschaft, 2000.
- Georg Schmitz, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, cit;
- *Karl Renners Briefe aus St. Germain und ihre rechtspolitischen Folgen*, Wien, Manzsche Verlag und Universitätsbuchhandlung, 1991;
 - *The Constitutional Court of the Republic of Austria 1918-1920*, «Ratio juris», 2, 2003, pp. 240-265.
- Helmut Slapnicka, *Österreich: für weitgehende Zusammenarbeit im Land und beim Bund*, in *Studien zur Zeitgeschichte der österreichischen Länder. Demokratisierung und Verfassung in den Ländern, 1918-1920*, Hrsg. von A. Ableitinger, 1983.
- Gehard Stourzh, *Erschütterung und Konsolidierung des Österreichsbewusstseins. Vom Zusammenbruch der Habsburgermonarchie zur Zweiten Republik*, in *Was heisst Österreich? Inhalt und Umfang des Österreichsbegriffs vom 10. Jahrhunderts bis zum Heute*, hrsg. von R. G. Plaschka, G. Stourzh, J. P. Niederkorn, Wien, Österreichische Akademie der Wissenschaften, 1995;
- *Altösterreichische Verfassungswirklichkeit und Verfassungsgerichtbarkeit*, in *Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk*, cit.
- Michel Troper, *Kelsen e il controllo di costituzionalità*, «Diritto e cultura», 1994, 1, pp. 117-134.
- Robert Walter- Hans Mayer, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Wien, Manzsche Verlag, 2000.

¹ Tra la fine dell'800 e gli inizi del '900, Renner propose una seria democratizzazione dei rapporti politici e amministrativi interni all'Impero austriaco. Nella socialdemocrazia austriaca, Renner fu uno dei sostenitori più convinti del suffragio universale e di un sistema elettorale proporzionale che consentisse una rappresen-

tanza politica ampia e articolata. Cfr. Renner 1901; 1904; 1916.

² Il "memorandum" fu scoperto da Gerhard Stourzh negli Archivi della Cancelleria di stato e attribuito dallo studioso a Kelsen.

³ Kelsen conosceva lo scritto di Jellinek sul *Verfassungsgerichtshof für Österreich* già nel 1918, poiché lo aveva citato tra le sue "fonti" nel

commentario del 1907 sulla storia dell'ordinamento elettorale asburgico (Kelsen, 1907, p. 1).

⁴ Alcuni anni più tardi, Kelsen avrebbe ribadito che, contrariamente alle pretese dei Länder, in Austria era nato uno stato unitario «organizzato federativamente» (Kelsen 1981, p. 7).