



Costituzionalismo.it

Fascicolo 2 | 2025

Ordine spontaneo e diritto positivo.
La dottrina pura del diritto di Hans
Kelsen a confronto con le teorie
della scuola austriaca di economia

di Enrico Daly

EDITORIALE SCIENTIFICA

ORDINE SPONTANEO E DIRITTO POSITIVO. LA DOTTRINA PURA DEL DIRITTO DI HANS Kelsen A CONFRONTO CON LE TEORIE DELLA SCUOLA AUSTRIACA DI ECONOMIA

di Enrico Daly

Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico
Università della Valle d'Aosta – Université de la Vallée d'Aoste

SOMMARIO: 1. DUE DIFFERENTI VISIONI DEL MONDO; 2. LA CRITICA DI HAYEK: IL “MIRAGGIO” DELL’ORDINE PERFETTO: 2.1. LA “LEGISLAZIONE” COME STRUMENTO DI INGEGNERIA SOCIALE; 2.2. IL DIRITTO SENZA LA GIUSTIZIA; 2.3. L’IDEOLOGIA DEL POSITIVISMO GIURIDICO; 3. LA CRITICA DI SCHUMPETER: TEORIA POLITICA DELLA DEMOCRAZIA VERSUS TEORIA ECONOMICA DELLA DEMOCRAZIA; 4. OLTRE LE DIVERGENZE: AFFINITÀ INATTESE; 5. LA DEMOCRAZIA LIBERALE TRA NEUTRALITÀ NORMATIVA E “VALORI” COSTITUZIONALI.

1. Due differenti visioni del mondo

Nei manuali di diritto pubblico alla figura di Hans Kelsen viene sempre contrapposta quella di Carl Schmitt: di fronte al normativismo e alla dottrina pura del diritto di matrice kelseniana si pone, come contraltare, il decisionismo giuridico schmittiano, con la quasi certa menzione, quale nota a margine, della controversia sul “custode della Costituzione” (*der Hüter der Verfassung*)¹. Allargando lo sguardo, subito si passa all’analisi del concetto di “istituzione” elaborato da Santi Romano nella sua opera del 1918², e alla dottrina kelseniana dell’ordinamento giuridico come sistema di norme si contrappone, criticamente, la teoria istituzionalistica del diritto, con tanto di citazione di brocardi latini (*ubi societas, ibi ius*). Raramente vengono non solo

¹ C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano, 1981. Nonostante le innumerevoli differenze e contrapposizioni, su un punto la concezione del diritto di Hans Kelsen e quella di Carl Schmitt concordano: per entrambi i giuristi il diritto “cade dall’alto” quale prodotto dell’autorità; il diritto è, per entrambi, un atto della volontà. Pare estranea a entrambi una concezione “evolutiva” del diritto e l’idea che lo *ius* possa essere *ratio scripta*.

² S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, Macerata, 2018.

analizzate e descritte, ma semplicemente menzionate le penetranti e incisive critiche che, nell'atmosfera culturale della "grande Vienna"³, gli esponenti della scuola austriaca di economia rivolsero alla dottrina pura del diritto elaborata da Hans Kelsen, in seguito perfezionata e divulgata dai suoi allievi e da numerosi e influenti epigoni.

Gli "economisti" afferenti alla c.d. scuola austriaca erano in realtà giuristi (avevano conseguito tutti la laurea in giurisprudenza), specializzatisi in seguito in discipline economiche e/o politiche: alla scuola austriaca di economia si deve la c.d. "rivoluzione marginalista", cioè l'idea secondo cui i prezzi di mercato dei beni sono determinati dall'incontro della curva di domanda e di offerta (il prezzo di un bene è il grado di soddisfazione, di "utilità marginale" che il bene riesce ad apportare a un consumatore ed è determinato dalla quantità di denaro di cui il consumatore è disposto a privarsi per acquistare l'utilizzo del bene in questione)⁴ e non da metafisici "prezzi naturali", attraverso i quali gli economisti classici (Adam Smith, David Ricardo, John Stuart Mill e Karl Marx) determinavano il valore di un bene (secondo la teoria classica, il valore di un bene misurava il valore dei fattori produttivi incorporati nel bene medesimo)⁵.

La scuola austriaca di economia (altrimenti chiamata "scuola di

³ A. JANIK, S. TOULMIN, *La grande Vienna*, Milano, 1997.

⁴ «[...] percepiremo ovunque, per ogni momento dato, un limite fino al quale due persone possono scambiare i propri beni con un reciproco utile economico, un limite che però non possono superare senza trovarsi in una situazione economica svantaggiosa. In breve, percepiremo ovunque un limite, raggiunto il quale l'utile economico complessivo che si può ottenere con [lo scambio] si esaurisce, e oltre il quale esso diminuisce di nuovo se si proseguono le operazioni di scambio, dunque un limite oltre il quale ogni ulteriore scambio di quantità parziali appare antieconomico» (C. MENDER, *Principi fondamentali di economia*, Soveria Mannelli, 2001, p. 198).

⁵ Secondo Adam Smith, il prezzo *naturale* di una merce non è nient'altro che il valore in essa incorporato, ovverosia la somma di rendite, salari e profitti («ciò che basta a pagare l'affitto del terreno, il salario della mano d'opera e il profitto del capitale impiegato per procurarla, prepararla e portarla sul mercato» [A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Roma, 1976, p. 101]). Il prezzo di *mercato* di una data merce, invece, «è regolato dalla proporzione tra la quantità che ne viene effettivamente introdotta sul mercato, e la richiesta di coloro che hanno intenzione di pagarne il prezzo naturale, o l'intero valore dell'affitto, lavoro e profitto che bisogna pagare per portarla fino là» (Ivi, pp. 101-102). Secondo Smith, dunque, il prezzo naturale «è una specie di fulcro centrale intorno al quale gravitano continuamente i prezzi di tutte le merci» (Ivi, p. 103); i prezzi di mercato, infatti, «tendono costantemente verso di esso» (*ibidem*). Nello stesso senso David Ricardo, il quale sostiene perentoriamente che «il valore di una merce, ovvero la quantità di ogni altra merce con la quale si scambierà, dipende dalla

Vienna”) vede tra i suoi precursori (altri lo ritengono addirittura il fondatore) Carl Menger “padre” (da distinguersi dal figlio, il matematico Karl Menger), il quale, nella sua opera del 1871, *Grundsätze der Volkswirtschaftslehre* (in italiano tradotta con il titolo di *Principi fondamentali di economia*), getta le basi del marginalismo e dell’economia politica attuale, criticando la teoria classica del valore-lavoro. Figure di assoluto rilievo della scuola furono poi Eugen von Böhm-Bawerk, ministro delle finanze dell’Impero austro-ungarico, studioso dei tassi di interesse sul capitale e maestro di ulteriori esponenti di spicco della scuola austriaca, tra i quali non si può non ricordare la persona di Ludwig von Mises, teorico della prasseologia e dell’individualismo metodologico, nonché figura centrale del liberalismo austriaco nel periodo tra le due guerre mondiali. Allievo di Mises fu Friedrich August von Hayek (1899-1992), prolifico autore di opere giuridiche, economiche, politologiche, sociologiche, epistemologiche e di storia delle idee, nonché forse il nome più conosciuto della scuola austriaca, capace, nel 1974, di ottenere il riconoscimento del premio Nobel per l’economia, evento che diede lustro e fama alla scuola di Vienna, “sdoganando” dall’isolamento culturale le teorie liberiste. Hayek fu amico di Karl Raimund Popper e le sue teorie politiche e giuridiche risentono di un’influenza evidente del fallibilismo e delle critiche popperiane al verificazionismo del circolo di Vienna. Da ultimo, si deve citare il nome di Joseph Alois Schumpeter, vulcanico studioso di economia e teoria politica, autore di una monumentale *Storia dell’analisi economica*, teorico del ciclo economico e della “distruzione creatrice”, il quale, preconizzando la fine del sistema capitalistico moderno e l’avvento del socialismo, può considerarsi l’autore che sancisce la chiusura della prima fase della scuola economica viennese, di quella scuola austriaca che in seguito risorgerà, culla del (tanto vituperato) neoliberalismo, sotto il nome di “scuola di Chicago”, grazie all’opera e alle teorie, all’epoca eterodosse, elaborate da Milton Friedman.

Friedrich von Hayek è considerato, a ragion veduta, il principale oppositore di John Maynard Keynes e della macroeconomia keynesiana: alle “scelte dall’alto” imposte dai governi, Hayek sempre preferì (e difese) le “scelte dal basso” risultanti dalle preferenze espresse dai principali agenti economici, imprese e consumatori, attraverso l’ano-

relativa quantità di lavoro necessaria alla sua produzione» (D. RICARDO, *Sui principi dell’economia politica e della tassazione*, Milano, 1976, p. 7).

nimo e imparziale meccanismo del mercato. Uno dei principali bersagli critici dell'opera di Hayek, tuttavia, non fu un economista o una teoria economica, bensì l'opera giuridica di Hans Kelsen: Hayek non fece sconti al "maestro" riconosciuto del diritto pubblico e si propose come uno dei più radicali critici della dottrina pura del diritto, anche nel momento in cui l'opera di Kelsen s'imponeva in Europa come il principale contributo che la dottrina giuridica di lingua tedesca forniva allo studio e alla comprensione del diritto e dell'origine del fenomeno giuridico.

In questa sede si cercherà di analizzare le critiche che gli esponenti della scuola austriaca di economia (soprattutto Hayek e Schumpeter) rivolsero al positivismo giuridico in generale e alla *reine Rechtslehre* di Kelsen in particolare, sia dal punto di vista strettamente giuridico sia in una prospettiva filosofica più ampia; attraverso l'analisi delle rispettive teorie, si procederà anche all'enucleazione dei fattori comuni a entrambe le concezioni del mondo (perché, alla fine, le dottrine elaborate dalle due scuole contrapposte diedero origine non solo a teorie scientifiche, ma, coinvolgendo la dimensione politica e filosofica, costituirono due diverse e antitetiche *Weltanschauungen*), fattori comuni che, al di là delle aspre differenze, evidentemente incarnavano e rappresentavano i valori di un'intera epoca.

2. La critica di Hayek: il "miraggio" dell'ordine perfetto

Le critiche che Hayek rivolse alla dottrina pura del diritto di Hans Kelsen possono suddividersi in due tipologie: da un lato, vi è una critica di carattere *epistemologico e filosofico*, la quale investe il concetto di diritto adottato da Hans Kelsen e si riverbera sulla conseguente concezione del rapporto tra validità giuridica e giustizia, assumendo quindi, in tal caso, una valenza più strettamente filosofica e coinvolgendo i presupposti metodologici del positivismo giuridico; dall'altro, Hayek rivolge a Kelsen un'aperta critica di carattere *politico e ideologico*, critica che dovette necessariamente trascendere l'ambito scientifico per sfociare in un vero e proprio scontro di "visioni del mondo" e di concezioni della società in un periodo storico caratterizzato dall'avvento dei totalitarismi di destra e di sinistra.

Hayek formula la sua più compiuta critica al positivismo giuridico nell'opera considerata unanimemente il suo capolavoro, *Legge, legi-*

slazione e libertà, opera divisa in tre volumi pubblicati rispettivamente nel 1973 (*Regole e ordine*), nel 1976 (*Il miraggio della giustizia sociale*) e nel 1979 (*Il sistema politico di un popolo libero*)⁶. Tale opera costituisce una *summa* del pensiero hayekiano. La critica al positivismo giuridico, tuttavia, risale ad anni precedenti, essendo presente già nell'altra grande opera di Hayek, *The Constitution of Liberty*, del 1960, pubblicata in Italia con il titolo *La società libera*, espressione che evoca la "società aperta" teorizzata da Karl Raimund Popper⁷. Ma già nel *pamphlet* anti-socialista *The Road to Serfdom* (*La via della schiavitù*)⁸ del 1944 sono enunciati i temi critici che resteranno una costante di tutta l'opera di Hayek. La critica del positivismo giuridico e della dottrina pura del diritto, infatti, affonda le proprie radici nell'esperienza storica della repubblica di Weimar e della socialdemocrazia tedesca e austriaca (c.d. austromarxismo).

Hayek procede a un'analisi di tipo epistemologico avente ad oggetto le scienze sociali in generale e i loro presupposti metodologici, distinguendo due tipi di *illuminismo*: da un lato vi è l'illuminismo francese (al quale si possono assimilare alcune appendici "tedesche", come, per certi versi, quella rappresentata dalla filosofia di Immanuel Kant), erede del razionalismo secentesco, il cui padre riconosciuto è individuato nella figura di René Descartes (Renato Cartesio); dall'altro vi è l'illuminismo inglese e, soprattutto, scozzese, i cui nomi di spicco, oltre a Bernard Mandeville, olandese trapiantato in Inghilterra, sono quelli di David Hume, Adam Ferguson e Adam Smith.

Il razionalismo secentesco di Renato Cartesio è caratterizzato da una separazione tra ragione umana e storia. Il *cogito* cartesiano è un luogo della verità al di fuori della storia: il *cogito* s'impone come verità auto-evidente, dissipa il dubbio al di là di ogni possibile critica e indica una via che ha un valore eterno. Le verità conquistate dalla ragione cartesiana, infatti, sono tali per tutta l'eternità, incontrovertibili, non più discutibili. Il *cogito* cartesiano – la ragione umana – diventa il punto di appoggio in forza del quale sollevare il mondo: tutte le istituzioni sociali tramandate dalla tradizione storica possono (e debbono) essere "riprogettate" ed edificate *ex novo*. E questo, infatti, sarà il programma politico dell'illuminismo francese e della Rivoluzione del

⁶ F. A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, 1986.

⁷ ID., *La società libera*, Soveria Mannelli, 2011.

⁸ ID., *La via della schiavitù*, Soveria Mannelli, 2011.

1789. Friedrich von Hayek definisce questo approccio alle scienze sociali come “razionalismo costruttivista”⁹: secondo tale impostazione di pensiero tutte le più importanti istituzioni culturali e sociali dell’umanità (morale, religione, linguaggio e scrittura, moneta, mercato, diritto, Stato) sono il prodotto di una deliberata progettazione dell’uomo, cioè sono i precipitati storici delle deliberazioni provenienti da una precisa e consapevole volontà umana.

Secondo l’illuminismo scozzese, invece, la ragione umana è anch’essa un prodotto della storia: la ragione dell’uomo vive nella storia, è l’esito di una lenta evoluzione storica e non può essere assolutamente “astratta” dalla storia per venire collocata in un non-luogo di verità semperiterna. Tale illuminismo “critico”, quindi, riconosce i limiti storici e contingenti della ragione; ed è proprio la consapevolezza della perenne limitazione delle conoscenze fattuali accessibili agli uomini a rendere impossibile e impraticabile un controllo totale della realtà da parte della ragione e, quindi, della volontà umana. Per questo motivo le istituzioni umane possono essere sì considerate il prodotto dell’azione umana, ma non certo della progettazione umana: per utilizzare le parole di Adam Ferguson, le più importanti istituzioni culturali e sociali dell’umanità sono “*the result of human action, but not of human design*”¹⁰. Friedrich von Hayek, sulla scia di Karl Raimund Popper, definisce questo secondo approccio illuministico come “razionalismo critico”, proprio perché tale tipo di razionalismo è consapevole dei limiti conoscitivi della ragione umana: si tratta di un “razionalismo evoluzionista”, conscio della storicità della ragione, della mente dell’uomo e delle istituzioni culturali e sociali esistenti. Un esempio paradigmatico di formazione spontanea (cioè non progettata né deliberata) delle istituzioni è la nascita della moneta così come descritta da Carl Menger. Secondo il fondatore della scuola austriaca di economia,

⁹ «René Descartes fu il grande pensatore che portò alla loro più completa espressione le idee di fondo di ciò che chiameremo razionalismo costruttivista. Tuttavia, mentre egli non giunse a tracciare tutte le conseguenze di tale impostazione nel campo della filosofia morale e delle scienze sociali, esse furono tracciate principalmente dal suo contemporaneo, di poco più anziano ma molto più longevo: Thomas Hobbes» (Id., *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 15).

¹⁰ «Ciascun passo e ogni movimento della moltitudine, perfino in quelle che vengono definite epoche illuminate, vengono compiuti con eguale cecità verso il futuro; e le nazioni inciampano in istituzioni che sono sì il risultato dell’azione umana, ma non l’esecuzione di un qualche disegno umano» (A. FERGUSON, *Saggio sulla storia della società civile*, Firenze, 1973, p. 141).

infatti, la moneta non nasce da un deliberato progetto dell'uomo, ma sorge inintenzionalmente dal tentativo degli esseri umani di superare il baratto e incrementare il commercio: la moneta è un prodotto non intenzionale delle azioni umane e dell'interazione sociale. Per poter scambiare i beni più facilmente e celermente gli esseri umani dovettero rinunciare a uno scambio merce contro merce e ricorrere a mezzi alternativi: ad alcuni beni (capi di bestiame, metalli più o meno preziosi, pezzi di carta) gli uomini attribuirono, senza un accordo espresso, senza una deliberazione comune, ma attraverso la prassi e la consuetudine, la funzione di intermediario per lo scambio¹¹. Così, secondo Carl Menger, nacque la moneta e nello stesso modo sorsero le città, il linguaggio, la morale, il diritto¹². Solo in seguito all'origine spontanea delle istituzioni sociali e culturali intervenne il "riconoscimento"

¹¹ «Pertanto, l'interesse economico dei *singoli* individui economici li spinge, con l'accresciuta conoscenza del proprio *interesse*, *senza alcuna convenzione, senza costrizione legislativa, persino senza alcuna considerazione dell'interesse pubblico*, a cedere le proprie merci contro altre più esitabili, anche se non ne hanno bisogno per uso immediato. In questo modo, sotto il potente influsso della *consuetudine*, sorge il fenomeno, osservabile ovunque col crescere della cultura economica, per il quale un certo numero di beni, ossia quelli più esitabili nelle condizioni spazio-temporali date, vengono accettati in cambio da chiunque, e perciò possono essere anche scambiati contro qualsiasi altra merce» (C. MENER, *Principi fondamentali di economia*, cit., p. 282).

¹² Secondo la medesima prospettiva David Hume spiega la nascita del diritto di proprietà (e delle lingue e della moneta): «Osservo che è nel mio interesse lasciare a un altro il possesso dei suoi beni, *purché* egli agisca nello stesso modo nei miei confronti. Anche l'altro è consapevole di un analogo interesse a regolare la sua condotta. Quando ci si esprime reciprocamente questa consapevolezza nell'interesse comune così che essa risulti nota ad entrambi, allora essa produce una risoluzione e un comportamento adeguato. E questo, di certo, si può chiamare abbastanza propriamente una convenzione o un accordo tra di noi, anche se manca qualsiasi promessa, dato che le azioni di ciascuno di noi sono in rapporto con quelle altrui e le compiamo in base alla supposizione che l'altro dovrà compierne certe altre. Due uomini che sospingono una barca a forza di remi lo fanno in virtù di un accordo o di una convenzione, sebbene essi non si siano dati alcuna promessa reciproca. La regola della stabilità del possesso non solo deriva dalle convenzioni umane, ma sorge inoltre gradualmente e acquista forza attraverso un lento progresso, e in virtù di una reiterata esperienza degli inconvenienti che sorgono dal trasgredirla. Questa esperienza, anzi, ci dà ulteriori assicurazioni che la consapevolezza del reciproco interesse è divenuta comune a tutti i nostri compagni e ci dà fiducia sulla futura regolarità della loro condotta: e solo su questa aspettativa si fondano la nostra moderazione e la nostra astensione dai beni altrui. Analogamente, anche le lingue si sono gradualmente stabilite grazie a delle convenzioni umane e senza alcuna promessa; e analogamente, l'oro e l'argento sono divenuti le comuni misure di scambio, e sono considerati pagamento sufficiente per ciò che ha cento volte il loro

da parte dello Stato: lo Stato, dunque, riconosce e tutela le istituzioni esistenti, le protegge, le perfeziona, ma nulla di ciò che esiste può far pensare a una *creatio ex nihilo* da parte dello Stato.

Il “razionalismo costruttivista”, invece, non è nient’altro che l’applicazione alle istituzioni sociali del metodo scientifico galileiano. Galileo Galilei, infatti, aveva sostenuto che, se la conoscenza divina, *extensive*, supera infinitamente quella dell’uomo, tuttavia, le conoscenze matematiche dell’uomo, *intensive*, eguagliano la conoscenza divina. Il ragionamento di Galileo, valido per le scienze fisiche e matematiche, viene innalzato da Cartesio a metodo generale della conoscenza umana: i seguaci del “razionalismo costruttivista” applicano (o credono di poter applicare) il metodo scientifico, che tanto successo ha avuto nell’ambito della matematica e della fisica, anche alla “progettazione” della società e delle sue istituzioni. Friedrich von Hayek vede dipanarsi, nell’ambito della nostra modernità, un filo rosso che lega il pensiero di Thomas Hobbes (filosofo inglese che aveva lungamente studiato in Francia e che, per primo, nella sua grande opera, *Leviathan*, aveva applicato il metodo del razionalismo scientifico allo studio dello Stato, proponendosi come il “Galileo delle scienze sociali”) a quello di Hans Kelsen, l’ultimo e il più raffinato esponente del costruttivismo europeo, di quel razionalismo moderno che affonda le proprie radici nel *cogito* di Cartesio e che rifiuta di vedere nell’evoluzione storica la manifestazione di una possibile verità, per quanto contingente. Secondo Hayek, nell’opera di Kelsen ogni ordine¹³ è un ordine deliberatamente posto, cioè un ordinamento: nel positivismo giuridico, infatti, non esiste un νόσμος, un ordine sociale spontaneamente (inintenzionalmente) sorto in seguito all’evoluzione umana¹⁴, ma solo una τάξις, un ordinamento (intenzionalmente) posto dalla volontà umana, da un potere sovrano (l’esempio scolastico della τάξις è lo schieramento di

valore» (D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, libro III, parte II, sezioni II, Roma-Bari, 1982, pp. 517-518).

¹³ Il termine tedesco *Ordnung* può tradursi in italiano sia come “ordine” che come “ordinamento”.

¹⁴ Secondo Hayek, invece, esempi di νόσμος sono tanto il meccanismo del libero mercato descritto da Adam Smith (con il riferimento alla “mano invisibile” in forza della quale i mercati liberi si autoregolano) quanto il sistema giuridico della *common law*, sistema sviluppatosi sulla base dei precedenti giurisprudenziali e della regola dello *stare decisis*, invece che su meccanismi volontaristici come quello rappresentato dalla codificazione e dalla promulgazione delle leggi, tipico dei sistemi continentali di *civil law*.

un esercito sul campo di battaglia). In questa conclusione, secondo Hayek, si può riassumere l'essenza del costruttivismo kelseniano: il positivismo giuridico è, dunque, la forma più moderna del "razionalismo costruttivista" di origine cartesiana.

2.1. La "legislazione" come strumento di ingegneria sociale

Hayek distingue due tipologie di norme: le norme di mera condotta (*rules of just conduct*) e le regole di organizzazione. Le norme di mera condotta sono regole generali che vietano comportamenti ingiusti: sono le norme del diritto privato e del diritto penale che tutelano la vita, la proprietà, la libertà. Corrispondono a quelle che Herbert Hart, alla cui opera Hayek fa espresso riferimento, definiva norme primarie (sono norme che impongono, per lo più, obblighi negativi)¹⁵. Tali norme, secondo Hayek, non sono create dalla volontà di nessun legislatore, ma si sono formate "spontaneamente", "inintenzionalmente", nel corso storico dell'umanità: una formazione consuetudinaria di norme giuridiche, nelle quali si sedimentano le concezioni della morale e della giustizia dei differenti popoli. Tali norme costituiscono un limite anche per l'azione di re e legislatori. È evidente come Hayek qui pensi alla *common law* e alla sua formazione: solo tali norme generali di mera ("giusta") condotta, norme che proibiscono il compimento di azioni che la coscienza sociale da sempre ha ritenuto ingiuste e biasimate, costituiscono il diritto (*law*), il "vero" diritto. A tale *corpus* normativo si affiancano, parallelamente all'affermazione dello Stato moderno, le regole di organizzazione, le quali riguardano esclusivamente il diritto pubblico e il diritto amministrativo. Tali regole non costituiscono il diritto (*ius, law, Recht*), bensì la legge o legislazione (*lex, legislation, Gesetz*) e sono poste dalla volontà dei governi e/o dei legislatori. Mentre le norme di mera condotta hanno carattere generale e non dispongono sui fini specifici e particolari che i destinatari debbono perseguire, le regole di organizzazione, invece, determinano in modo preciso e puntiglioso gli scopi che gli organi dell'organizzazione hanno l'obbligo di raggiungere. Le norme di mera condotta, dunque, non indirizzano gli agenti facenti parte di una determinata società verso dei fini particolari

¹⁵ «Le norme del primo tipo, che si può considerare il tipo fondamentale e primario, impongono agli uomini di compiere o di astenersi dal compiere certe azioni, che lo vogliano o no» (H. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, p. 97).

e specificamente previsti: di conseguenza esse costituiscono la cornice entro la quale può svilupparsi un ordine spontaneo, un κόσμος. Le regole di organizzazione, invece, si presentano, per lo più, nella forma di *comandi* particolari e concreti: esse producono una τάξις, un ordinamento intenzionalmente e deliberatamente posto (nella prospettiva di Hayek, si può pensare all'organizzazione di un ministero o alla disciplina di servizio dei pubblici funzionari).

Secondo Hayek il positivismo giuridico nasconde questa duplice natura delle regole che operano all'interno di una società: come già rilevato, la distinzione hayekiana tra norme di mera condotta e regole di organizzazione si ritrova in Herbert Hart, il quale, pur essendo considerato un teorico del positivismo giuridico, ancorché in una versione moderata, ha tra i propri riferimenti culturali non solo Hans Kelsen, ma anche (e soprattutto) l'opera di John Locke. Secondo il positivismo giuridico tutto il diritto è diritto *positivus*, cioè diritto *positus*, un insieme di norme "poste" da una volontà consapevole di un qualche legislatore. L'idea di una creazione volontaria di tutto il diritto (evidentemente si tratta di una finzione, dato che le norme del diritto civile hanno una storia plurimillenaria, ben anteriore alla nascita dello Stato moderno) è centrale nell'opera di Thomas Hobbes, sia nel *De cive* sia, soprattutto, nel *Leviatano*. Nell'analisi condotta da Hobbes sono compresenti sia elementi giusnaturalistici (la teoria del contratto sociale) che considerazioni più propriamente giuspositivistiche: l'affermazione hobbesiana secondo cui *auctoritas, non veritas facit legem* può essere assunta come un "programma" di politica del diritto di tutto il movimento giuspositivista. Il positivismo giuridico, infatti, è l'espressione dottrinale e culturale dello Stato moderno: tutto il diritto va ricondotto, direttamente o indirettamente, alla volontà dello Stato. Il diritto civile, formatosi per lo più in via consuetudinaria nei secoli attraverso l'interazione sociale e l'opera di paziente e attenta ricognizione da parte dei giuristi, viene progressivamente "assorbito" all'interno del diritto statuale: l'atto della codificazione rappresenta il compimento di tale processo storico in forza del quale tutto il diritto si trasforma in diritto posto dallo Stato.

L'idea che l'intero diritto sia un prodotto della volontà intenzionale di un legislatore sovrano emerge con forza nelle prime teorizzazioni del positivismo giuridico, in particolar modo nelle teorie *imperativistiche* del diritto. Se il diritto è concepito come il comando del sovrano, come l'ordine del legislatore, come un imperativo rivolto ai sudditi,

è quasi naturale ricadere nella dimensione dell'*antropomorfismo*. Secondo Thomas Hobbes il diritto è il «comando di chi detiene il potere legislativo»¹⁶. Il frontespizio della prima edizione del *Leviatano* è, al riguardo, eloquente: lo Stato è rappresentato come un “macroantropo”, un “omone” formato da tanti “omini”, un immenso gigante che nella mano destra regge la spada (il potere temporale) e nella sinistra il bastone pastorale (il potere religioso), al di sopra del quale campeggia la frase della Vulgata “*Non est super terram potestas quae comparetur ei*”. L’antropomorfizzazione dello Stato è evidente, quasi plastica, e destinata a lasciare un segno nella storia e nel linguaggio del diritto pubblico (si pensi a termini come capo dello Stato, membro, apparato, organo, organismo, etc.). Anche nell’opera di John Austin, teorico del positivismo giuridico nella versione imperativistica, la norma giuridica viene definita come un ordine del sovrano destinato ai sudditi e corroborato dalla minaccia di una sanzione¹⁷: anche in tal caso il sovrano viene “personalizzato” e la sua raffigurazione ricorda i mitici legislatori dell’antichità classica (Licurgo, Solone). Se tutto il diritto, invece che come un insieme di norme stratificatesi nella storia dell’umanità attraverso una millenaria pratica consuetudinaria, viene concepito come un ordine consapevole proveniente da una mente razionale, capace di individuare e promuovere il bene comune, allora, conseguentemente, a tale mente “illuminata” sarà concesso il potere di modificare in modo radicale, forse anche totale, le istituzioni giuridiche e sociali vigenti.

Il positivismo giuridico elaborato da Hans Kelsen cercherà di prendere le distanze da tale visione antropomorfa dello Stato e della sovranità: il diritto, secondo Kelsen, non è un insieme di imperativi, bensì un sistema di norme giuridiche strutturate in forma di giudizi ipotetici. Il *normativismo giuridico* kelseniano, quindi, riducendo lo Stato all’ordinamento giuridico, cioè all’insieme delle norme giuridiche vigenti, si pone il compito di superare, al tempo stesso, sia l’imperativismo giuridico sia la dottrina organicista dello Stato risalente alla *Genossenschaftslehre* di Otto von Gierke. La teoria di Kelsen rappresenta una versione molto elegante del positivismo giuridico, la quale,

¹⁶ «[...] none can make a law but he that hath the legislative power» (T. HOBBS, *A dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England*, Milano, 1960, p. 75).

¹⁷ «Ogni legge o regola [...] è un comando. Per meglio dire, le leggi o le regole propriamente dette sono una *specie* di comandi» (J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1995, p. 84).

identificando Stato e diritto, cerca di elaborare una costruzione giuridica in cui lo Stato non possa sottrarsi al diritto, ma al diritto debba essere necessariamente sottoposto. Hayek, tuttavia, ritiene che la concezione kelseniana, nonostante il tentativo di liberarsi dalle più palesi e tangibili forme di antropomorfismo, non riesca a raggiungere il proprio scopo: da un lato il *sollen*, il “dover essere” che Kelsen pone come nesso di imputazione delle sanzioni agli illeciti, si rivela un *wollen*, dato che il *sollen* esprime pur sempre la volontà dello Stato; dall’altro, l’identificazione di Stato e diritto ripone tutto il diritto nella disponibilità dello Stato e nella volontà del legislatore. Per questo Kelsen non sfugge all’accusa, sollevata da Hayek, di antropomorfismo e di “razionalismo costruttivista”: se tutto il diritto si risolve nella volontà dello Stato, è chiaro che il legislatore, a questo punto, si rivela come un decisore *superiorem non recognoscens*. Vi è una continuità storica tra il razionalismo secentesco di Cartesio e il *Leviatano* di Thomas Hobbes, tra l’illuminismo francese, la Rivoluzione del 1789 e la creazione di un potere legislativo fortemente centralizzato, tra il positivismo giuridico kelseniano e il costruttivismo della moderna ingegneria sociale: tale continuità si può ritrovare nell’idea di un legislatore onnipotente, non già vincolato da un diritto preesistente (per esempio dalla *common law*, quale massima espressione storica di tale fenomeno), ma creatore esso stesso di ogni diritto e di ogni istituzione giuridica e sociale, che quindi può altresì modificare a piacimento.

2.2. Il diritto senza la giustizia

La contrapposizione netta tra Hayek e Kelsen, una frattura insanabile, non ha solo radici nella diversa evoluzione storica dei sistemi di *common law* (dei quali l’“austriaco” Hayek si sentirà sempre un difensore) e di quelli di *civil law* (all’interno dei quali alla figura di Kelsen si guarderà sempre con rispetto), ma tale divisione vicina all’incomunicabilità ritrova la propria ragion d’essere nei presupposti *epistemologici* delle teorie elaborate dai due pensatori. La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen va perfezionandosi nell’atmosfera culturale del circolo di Vienna, punto di ritrovo non solo di pensatori e filosofi, ma anche di scienziati, i quali cercarono di individuare un criterio di demarcazione capace di distinguere le asserzioni scientifiche da quelle metafisiche. L’opera a cui tutti i partecipanti del circolo di Vienna si ispiravano era il *Tractatus logicus-philosophicus* di Ludwig Wittgenstein (il c.d. “pri-

mo Wittgenstein”) e l’epistemologia che elaborarono prese il nome di *positivismo* o *empirismo logico*. Si parla di “empirismo logico” perché, secondo i teorici del circolo di Vienna, possono esistere solo due tipi di verità: le verità logiche, cioè i giudizi analitici come “A è A”, e le verità empiriche (positive), vale a dire le asserzioni su fatti particolari in grado di essere oggettivamente verificate. Ed è proprio nella *verificabilità* delle asserzioni particolari che, secondo gli esponenti del circolo di Vienna, si può identificare il *Demarkationskriterium* in grado di separare la scienza dalla metafisica: per utilizzare una famosa espressione di Wittgenstein, della scienza si può parlare; della metafisica, invece, si deve tacere. Solo le asserzioni scientifiche hanno un senso, mentre le asserzioni metafisiche sono prive di significato: il criterio di *verificabilità*, dunque, assurge al rango di criterio di *significanza*.

La dottrina pura del diritto di Hans Kelsen è la trasposizione in ambito giuridico dell’epistemologia del circolo di Vienna. Nel sistema kelseniano, infatti, sono ammesse solo le verità logiche, cioè le conseguenze tratte per via di deduzione logica da determinate premesse, e le verità empiriche: perciò la dottrina pura del diritto vuole essere scienza del diritto e non già politica del diritto. Se si definisce lo Stato come un «ordinamento coercitivo, di carattere normativo, del comportamento umano»¹⁸, allora da tale definizione discende che ogni comportamento umano può essere oggetto di disciplina giuridica; dato che il comportamento umano si svolge nel tempo, la legge può dunque assumere come proprio contenuto qualsiasi comportamento umano svoltosi in qualsiasi tempo: di conseguenza, la legge può essere sempre retroattiva e solo una disposizione in senso contrario contenuta in una norma di grado superiore (ad esempio nella costituzione) può impedirne la retroattività. A queste verità logiche, si aggiungono le verità empiriche che, nel sistema del diritto, sono costituite dall’esistenza delle norme giuridiche. Un’asserzione giuridica è considerata “scientifica” se può essere “verificata”, cioè se nel sistema del diritto esiste una norma giuridica che conferma tale asserzione. Una norma giuridica esiste se è stata validamente posta: nel sistema di pensiero kelseniano, *esistenza* e *validità* di una norma sono termini equivalenti. Le sole asserzioni scientifiche,

¹⁸ «Ho ritenuto fosse mio compito analizzare le materie finora trattate sotto il nome di Dottrina Generale dello Stato, sviluppando le mie argomentazioni da *un unico principio fondamentale*: cioè dall’idea dello Stato come *ordinamento coercitivo, di carattere normativo, del comportamento umano*» (H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, Milano, 2013, pp. 7-8).

sulle quali può edificarsi una *scientia iuris*, sono dunque costituite da ragionamenti di tipo logico-deduttivo (derivati da alcune premesse) e da proposizioni riguardanti la validità delle norme giuridiche. Ogni discorso inerente alla morale o alla giustizia è da considerarsi “metafisico”: in quanto tale, gli ambiti della morale e della giustizia sono destinati, secondo la lezione di Wittgenstein, alla dimensione dell’“inesprimibile”, dell’“ineffabile”. Coerentemente con tale impostazione di pensiero, Kelsen afferma che «la giustizia assoluta è un ideale irrazionale»¹⁹ e che, «dal punto di vista della conoscenza razionale, vi sono solo interessi degli esseri umani: dunque conflitti di interessi»²⁰. Se la scienza del diritto vuole davvero essere tale, allora deve liberarsi da qualsiasi discorso concernente la giustizia delle norme giuridiche e limitarsi all’analisi della loro validità, organizzando le norme del diritto in modo da formare un sistema logico-razionale (l’ordinamento giuridico).

L’epistemologia del circolo di Vienna fu oggetto di una decisiva (e definitiva) critica da parte di Karl Raimund Popper, il quale, nella *Logica della scoperta scientifica* (*Logik der Forschung*, *The Logic of Scientific Discovery*), produsse un’accurata e meticolosa disamina delle teorie di Wittgenstein, enunciando un criterio di demarcazione differente e opposto rispetto a quello individuato dal circolo di Vienna. La scienza, secondo Popper, non procede in via induttiva da asserzioni particolari verificabili ad asserzioni sempre più generali, bensì il metodo della scienza si risolve in “congetture e confutazioni”: le teorie generali (spesso frutto di intuizioni) sono considerate scientifiche se e nella misura in cui non sono falsificate da osservazioni su fatti particolari (cioè da esperimenti controllabili). All’induttivismo e al criterio di verificabilità del circolo di Vienna, Popper contrappone e sostituisce il deduttivismo e il *principio di falsificabilità* di un’asserzione generale. Perché un determinato sistema di pensiero possa essere considerato scientifico alla luce dei canoni popperiani, occorre non solo che esso non sia stato falsificato, ma che sia altresì aperto alla possibilità di una falsificazione: se tale possibilità non esiste, il sistema di pensiero in questione non potrà dirsi scientifico, bensì ideologico (esempi di questo tipo sono il marxismo e la psicanalisi, da Popper qualificati come pseudo-scienze).

¹⁹ H. KELSEN, *Che cos’è la giustizia?*, Macerata, 2015, p. 133.

²⁰ *Ibidem*.

Friedrich von Hayek aderisce all'epistemologia popperiana e ne trasferisce i criteri all'analisi giuridica. La giustizia è considerata un «attributo della condotta umana»²¹: solo le azioni umane possono essere definite giuste o ingiuste, non determinati stati di cose. Un'azione umana, giusta o ingiusta, potrà avere come proprio risultato uno stato di cose buono o cattivo, vantaggioso o svantaggioso: l'attributo della giustizia, secondo Hayek, riguarda sempre e solo le azioni umane e non i loro risultati. Com'egli si esprime, «la giustizia non è [...] l'equilibrio di interessi particolari in gioco in un caso concreto o persino degli interessi di classi di persone determinabili, né mira all'avvento di un particolare stato di cose considerato giusto. Non si occupa dei risultati a cui porterà una particolare azione»²². Non può dunque esistere un criterio positivo di giustizia: la «giustizia sociale», che ambisce a una «giusta» redistribuzione delle ricchezze, resta quindi una chimera – nella terminologia di Hayek, un «miraggio». Così come le teorie scientifiche non possono essere confermate da osservazioni di fatti particolari, allo stesso modo nessuno stato di cose concreto potrà confermare che le azioni, delle quali esso è il risultato, sono state azioni giuste. Secondo Hayek, tuttavia, ancorché non siano dati criteri positivi di giustizia, esiste un «test negativo di giustizia»: di un'azione umana non si potrà mai predicare la giustizia, però si potrà rilevarne l'ingiustizia (si tratta di un'applicazione del falsificazionismo popperiano alla teoria della giustizia). Un'azione umana è ingiusta quando viola quelle norme astratte di carattere universale, cioè applicabili a tutti gli individui indistintamente, che costituiscono le «regole di mera condotta»: un'azione umana è ingiusta quando viola il «diritto» spontaneamente formatosi nel corso dell'evoluzione umana. La libertà dei contratti e il loro rispetto, l'inviolabilità del diritto di proprietà, il principio del *neminem laedere*: la violazione di tali regole può (e deve) essere qualificata come «ingiusta».

2.3. *L'ideologia del positivismo giuridico*

Analizzando la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen²³, Hayek rileva come quest'ultimo adotti una definizione di diritto estrema-

²¹ F. A. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., p. 218 ss.

²² Ivi, p. 232.

²³ Ivi, p. 244 ss.

mente ampia e, da tale definizione, faccia discendere in modo logico (“cartesiano”) tutto il suo sistema “puro”. Per questo motivo, secondo Hayek, la teoria di Kelsen si rivela, in seguito a un’attenta analisi, semplicemente come un’enorme *petitio principii*: Kelsen giunge a dimostrare ciò che, in realtà, ha già assunto come punto di partenza della propria riflessione, cioè che tutto il diritto vigente è costituito solamente dalle norme poste dallo Stato. Secondo Hayek, il risultato di tale petizione di principio è che Kelsen «rappresenta come “cognizione” quelle che sono unicamente le conseguenze di una definizione e ritiene di avere diritto a rappresentare come falso (o senza senso) qualsiasi asserto in cui il termine “diritto” sia usato in un senso diverso e più stretto di quello che egli dà, presentato come l’unico legittimo»²⁴. La teoria pura del diritto viene dunque equiparata da Hayek alle pseudo-scienze di popperiana memoria, proprio perché, come il marxismo e la psicanalisi freudiana, essa si presenta come inconfutabile, essendo sempre vera per definizione.

Le differenze tra i presupposti metodologici ed epistemologici della dottrina pura del diritto di Hans Kelsen e le teorie economiche e giuridiche elaborate da Friedrich von Hayek hanno un’immediata ricaduta a livello *politico e ideologico*. Hayek resta un maestro del liberalismo classico senza mai negare il sostrato ideologico delle proprie teorie. Egli stesso dichiara, in modo palese, che il suo sistema di pensiero vuole ricollegarsi alle dottrine elaborate da David Hume, Adam Ferguson, Adam Smith, Edmund Burke, Alexis de Tocqueville e Lord Acton: e, proprio come Burke guardava inorridito alla Rivoluzione francese e al tentativo dei rivoluzionari dell’epoca di abbattere l’intera tradizione di un popolo per ricostruire la società su basi “astrattamente razionali”, allo stesso modo Hayek sempre paventò il rischio che la rivoluzione tedesca dei consigli del 1918 potesse avere esiti dispotici e totalitari. A differenza di Hayek, Kelsen, invece, presenta la propria teoria pura del diritto come un’*Ideologiekritik*, come una “scienza del diritto” finalmente liberata da qualsiasi condizionamento operato dalle concezioni morali e politiche. Secondo Kelsen, infatti, l’*ideologia* consiste nel dissimulare le proprie posizioni etico-politiche, consapevolmente occultando le scelte di valore sottese e riproponendole, invece, come conoscenze “oggettive” riguardo alla società e al diritto: da tale

²⁴ Ivi, pp. 246-247

vizio la *reine Rechtslehre*, nelle intenzioni del suo fondatore, dovrebbe essere immune.

Poiché Kelsen riconosce solo la possibilità di un diritto inteso come τᾱξις, cioè come un ordinamento intenzionalmente posto da una volontà consapevole, il suo sistema giuridico, come già accennato, viene ricondotto da Hayek nell'ambito del "razionalismo costruttivista", la cui manifestazione più diffusa ed elaborata a livello politico è rappresentata, nel Novecento, dal *socialismo*: nelle considerazioni di Hayek, infatti,

il positivismo giuridico è [...] l'ideologia del socialismo – se possiamo usare il nome della forma più influente e rispettabile di costruttivismo per rappresentarne tutti i suoi vari aspetti – e dell'onnipotenza del potere legislativo. [...] Di conseguenza il positivismo giuridico è diventato anche il supporto ideologico principale dei poteri illimitati della democrazia²⁵.

Occorre sottolineare come il termine "socialismo" assuma, nel lessico della scuola austriaca di economia, un significato ben preciso: con "socialismo" s'intende qualsiasi forma di pianificazione economica, qualsiasi intervento dello Stato nell'economia in grado di sovrapporre agli ordini spontanei dei liberi mercati le regole di organizzazione tipiche delle burocrazie pubbliche. Secondo Hayek, la dottrina pura del diritto elaborata da Kelsen diventa lo strumento giuridico privilegiato

²⁵ Ivi, pp. 250-250. Hayek ribadisce che il positivismo giuridico è «un'ideologia sorta dal desiderio di ottenere il controllo completo dell'ordine sociale, e dalla fiducia nel nostro potere di determinare consapevolmente e nel modo voluto ogni aspetto di questo ordine sociale» (Ivi, p. 250). Nell'evoluzione del suo pensiero, Hans Kelsen tenderà a superare l'"ideologia statalista" e lo stesso concetto di "sovranità dello Stato" in favore della supremazia dell'ordinamento internazionale e della costituzione di una comunità giuridica universale, da lui chiamata *civitas maxima*. La critica di Hayek, tuttavia, si fonda su opere in cui le categorie kelseniane presentano ancora delle sfumature piuttosto ambigue: «[...] se al di sopra dell'ordinamento giuridico del singolo Stato si fa valere un ordinamento di diritto internazionale che ricomprende tutti gli ordinamenti giuridici dei singoli Stati come ordinamenti parziali, allora si giunge ancora più in là, all'unione di Stati e alla comunità giuridica internazionale. Però, in questa sede rimane ancora inesplorato il cammino che conduce al di là dello Stato, vale a dire allo Stato subordinato all'ordinamento internazionale: il singolo Stato viene qui provvisoriamente considerato come il livello gerarchico supremo nella serie delle persone, come l'ordinamento giuridico totale e come ente complessivo che comprende tutti gli altri enti, cioè lo Stato viene presupposto come sovrano» (H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 168).

per sostituire il “diritto pubblico” (le regole di organizzazione) al “diritto privato” (le regole di mera condotta), cioè per far sì che il diritto si occupi non solo delle condotte dei cittadini, ma anche dei risultati che da queste si desiderano ottenere al fine di trasformare l'intera società secondo le intenzioni dei legislatori. La “pianificazione” sociale, secondo Hayek, non è solo destinata all'insuccesso economico e alla distruzione di risorse pubbliche e private, ma comporta altresì conseguenze politiche potenzialmente nefaste: ogni “scelta dall'alto”, infatti, rappresenta sempre un pericolo per le libertà individuali. Nel suo famoso *pamphlet*, *The Road to Serfdom* (*Verso la schiavitù*), Hayek sosterrà la tesi eterodossa, ma ampiamente argomentata, secondo cui il totalitarismo nazista non fu la risposta violenta e brutale del capitale alle istanze di emancipazione e alle lotte sostenute dal movimento dei lavoratori, ma rappresentò l'esito quasi naturale della progressiva statalizzazione della vita collettiva avvenuta durante il periodo della repubblica socialdemocratica di Weimar:

Pochi sono pronti a riconoscere che il sorgere del fascismo e del nazismo non fu una reazione contro le tendenze socialiste del periodo precedente ma uno sbocco necessario di quelle tendenze. Questa è una verità che molti non vogliono vedere, pur venendo generalmente riconosciuta la somiglianza di molti lati ripugnanti del regime interno, nella Russia comunista e nella Germania nazionalsocialista. Il risultato è che molti, i quali si credono infinitamente superiori alle aberrazioni del nazismo e odiano sinceramente tutte le sue manifestazioni, lavorano nello stesso tempo per ideali che, se realizzati, condurrebbero all'abborrita tirannia²⁶.

Razionalismo costruttivista, socialismo, positivismo giuridico: la “presunzione fatale” dell'umanità, secondo Hayek, non può che condurre al totalitarismo e a Stati fondati su burocrazie dispotiche.

3. La critica di Schumpeter: teoria politica della democrazia *versus* teoria economica della democrazia

Joseph Alois Schumpeter può essere considerato lo studioso che pose fine alla prima fase della scuola austriaca di economia. Laureato in

²⁶ F. A. HAYEK, *Verso la schiavitù*, Milano-Roma, 1948, p. 3 (opera poi ripubblicata con il titolo italiano *La via della schiavitù*).

giurisprudenza, specializzatosi in economia, Schumpeter fu ministro delle finanze nella Prima Repubblica Austriaca. Da sempre fedele al “marginalismo”, nella sua grande opera *Capitalismo, socialismo, democrazia* egli preconizzò la fine del capitalismo e l’avvento del “socialismo” (cioè di un regime economico in cui un ruolo chiave è ricoperto dalla pianificazione statale centralizzata). La fine della famiglia patriarcale, la nascita dell’“intellettuale” e l’ostilità di questi verso il libero mercato e la concorrenza, il declino della figura dell’imprenditore, l’affermarsi del *big business*, cioè della grande impresa burocratizzata: tutti questi fenomeni storico-sociali fanno presagire l’impossibilità del sistema capitalistico borghese di perdurare nel tempo, di “sopravvivere” in compresenza di uno Stato viepiù propenso a pianificare la politica economica e industriale e ad estrarre dal sistema economico-finanziario e produttivo sempre più risorse per alimentare le proprie burocrazie. Al termine di tale opera, Schumpeter espone la propria teoria *competitiva* della democrazia che, per molti versi, sembra porsi in contrapposizione proprio con la teoria *rappresentativa* della democrazia elaborata da Hans Kelsen.

Kelsen, nel suo scritto *I fondamenti della democrazia*²⁷, cita espressamente Schumpeter, mentre quest’ultimo non menziona mai il nome del giurista austriaco, limitandosi all’analisi di scrittori di teoria politica dell’età illuministica. Kelsen è un teorico e un difensore del *parlamentarismo*: la democrazia vive della centralità del parlamento, il solo luogo in cui è possibile raggiungere quel *compromesso* tra maggioranza e minoranza che rende possibile la “formazione della volontà statale”. La stessa sovranità dello Stato risiede nel parlamento; infatti, nell’*Allgemeine Staatslehre* del 1925, opera dedicata al diritto dello Stato, Kelsen critica la teoria secondo cui il parlamento rappresenta il popolo: il parlamento rappresenta lo Stato o, meglio, è organo dello Stato e non del popolo. Coloro che sostengono che il parlamento sia organo diretto del popolo sostituiscono alle regole di diritto positivo un dogma politico, il *dogma della sovranità popolare*²⁸. In realtà si tratta di una finzione, visto che la regola vigente per il funzionamento dei parlamenti moderni è costituita dal divieto di mandato imperativo. Al di là di queste riflessioni di teoria del diritto, Kelsen riconosce ai

²⁷ H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, 1995, pp. 196-198.

²⁸ Id., *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 698 ss.

parlamenti, se non la rappresentanza in senso tecnico-giuridico, per lo meno la funzione di rappresentanza politica del popolo: proprio perché i parlamenti devono rispecchiare gli orientamenti politici presenti nell'opinione pubblica, la regola aurea per le elezioni democratiche è, secondo Kelsen, quella del sistema elettorale *proporzionale*. L'adozione di un sistema proporzionale implica due conseguenze nelle quali si manifesta l'"essenza della democrazia": in primo luogo, a seguito di elezioni democratiche tenute con il sistema proporzionale non si può, a rigor di logica, parlare di vincitori e vinti, dato che, in parlamento, tutti i partiti politici vengono semplicemente rappresentati in modo proporzionale alla loro presenza nell'opinione pubblica; in secondo luogo, con il sistema proporzionale si scelgono semplicemente gli schieramenti che, in forza di un compromesso parlamentare, daranno poi origine alle coalizioni di governo (è evidente, nella teoria kelseniana della democrazia, l'influenza esercitata dalla situazione storica presente nella repubblica di Weimar, la quale vide avvicinarsi al governo del Paese, per lo meno fino ai c.d. "governi presidenziali" degli anni '30, coalizioni composite di vari partiti politici, l'asse dei quali fu sempre la socialdemocrazia tedesca). È asserzione peculiare di Kelsen, infatti, che l'idea di democrazia implichi l'"assenza di capi"²⁹. La figura del "capo" politico viene analizzata da Kelsen in termini quasi psicoanalitici: il capo è il padre del bambino, è il padre della patria, è la trasposizione a livello politico della figura di Dio. Il padre non viene scelto: la sua autorità discende dalla natura delle cose, dalla forza, dal carisma. In democrazia, invece, l'autorità politica viene scelta, "eletta" da coloro che sono sottoposti all'ordinamento giuridico: in questo senso, secondo Kelsen, è improprio parlare di un "capo", terminologia estranea a un

²⁹ «L'idea di democrazia implica assenza di capi [...]. Nella democrazia ideale non c'è posto per una natura di capo. Ma l'ideale di libertà della democrazia, l'assenza di dominio e, con ciò, di capi è irrealizzabile anche approssimativamente. La realtà sociale, infatti, è il dominio, l'esistenza di capi. Quello che ci si chiede, è semplicemente come si formi la volontà dominatrice, come si crei il capo. È caratteristico della democrazia, a questo proposito, non tanto che la volontà dominante sia la volontà del popolo, quanto che un ampio strato dei sottomessi all'ordine sociale, il maggior numero possibile di membri della collettività, partecipi al processo della formazione della volontà quantunque soltanto – almeno di regola – ad un certo stadio di questo processo, chiamato legislazione e solo con la creazione dell'organo legislativo. La conseguenza che ne risulta è che la funzione specifica dei capi che escono dalla massa viene limitata all'esecuzione delle leggi» (H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, Bologna, 1995, p. 128).

lessico autenticamente democratico. L'ideale a cui tende il concetto di democrazia è, infatti, l'autonomia individuale: ogni persona, essendo libera e uguale a tutte le altre, deve essere sottoposta soltanto alle proprie scelte. Il principio di maggioranza è, dunque, l'unico strumento in grado di dare attuazione, nella realtà e nella prassi politica, alle idee di libertà ed eguaglianza di tutti gli esseri umani.

Schumpeter, di contro, elabora una teoria della democrazia ispirata ai criteri economici della concorrenza. Egli critica quella che definisce "dottrina classica della democrazia"³⁰, di fondazione settecentesca, che descrive in questi termini: «il metodo democratico è quell'insieme di accorgimenti costituzionali per giungere a decisioni politiche, che realizza il bene comune permettendo allo stesso popolo di decidere attraverso l'elezione di singoli individui tenuti a riunirsi per esprimere la sua volontà»³¹. La prima critica che Schumpeter rivolge alla concezione classica della democrazia (secondo lui in larga parte ispirata alle dottrine di Rousseau) riguarda il concetto di *bene comune*: «un bene comune univocamente definito, sul quale tutti possono concordare immediatamente o in forza di un'argomentazione logica, non esiste»³². Tuttavia, quand'anche tale "bene comune" dovesse potersi individuare in modo concorde, ciò non implicherebbe «risposte egualmente definite a singoli problemi»³³: le vie e le modalità per conseguire il bene comune sarebbero, in ogni caso, diverse e dipendenti dalle differenti visioni politiche del mondo. Questo significa che, nella realtà e nella prassi politica, non esiste neppure quella *volonté générale* ipotizzata (e vagheggiata) da Rousseau, ma si danno unicamente "volizioni individuali", la cui unione può essere trasformata in una "volontà popolare" solo in forza di una finzione. Le "volizioni individuali", inoltre, secondo Schumpeter non sono dotate di un'autonomia e di una intrinseca razionalità come supposto dai filosofi illuministi: riprendendo alcune delle considerazioni effettuate da Gustave Le Bon sulla psicologia delle folle, Schumpeter ritiene che la c.d. "volontà popolare" possa essere eterodiretta, influenzata, "manipolata" dai politici di turno. Il comportamento dell'elettore viene assimilato a quello del consumatore il quale, seppur concepito dagli economisti teorici come agente razionale, nella

³⁰ J. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, Milano, 2001, p. 261 ss.

³¹ Ivi, p. 261.

³² Ivi, p. 262.

³³ Ivi, p. 263.

realtà del mercato risulta esposto all'influenza della pubblicità e di altri metodi di convinzione di carattere irrazionale ed evocativo: con questa considerazione Schumpeter pone le basi della sua teoria *competitiva* o *economica* della democrazia. Il cittadino-elettore, così come il consumatore, può esprimere una "volizione individuale" consapevole solo in un ambito ristretto di questioni che riguardano direttamente la sua vita, i suoi interessi personali e professionali e quelli della sua famiglia; egli può maturare una convinzione personale su tematiche afferenti alla politica locale della sua città, ma difficilmente potrà padroneggiare le questioni di politica nazionale o internazionale. Su tali materie «il "popolo" non solleva né decide nessun problema, ma i problemi da cui il suo destino dipende sono normalmente sollevati e decisi per lui»³⁴: con tali parole Schumpeter introduce la tematica dell'ineludibilità della *leadership* in democrazia. Anzi, la democrazia, secondo Schumpeter, a differenza di ciò che sosteneva Kelsen, non solo necessita di "capi", di *leader*, ma è, in ultima analisi, l'insieme dei procedimenti predisposti per la "scelta dei capi".

Nelle democrazie moderne coloro che aspirano alla conquista della *leadership* di un popolo intraprendono una "lotta di concorrenza per il comando politico": come l'imprenditore compete, nel mercato dei beni e dei servizi, con altri produttori per riuscire a conquistare "segmenti" di mercato, allo stesso modo i vari *leader* politici competono, concorrono tra loro sul "mercato dei voti" per riuscire a ottenere la guida del Paese. Secondo la concezione di Schumpeter, così deve essere definita la democrazia: «il metodo democratico è lo strumento istituzionale per giungere a decisioni politiche, in base al quale singoli individui ottengono il potere di decidere attraverso una competizione che ha per oggetto il voto popolare»³⁵. Nella teoria economica della democrazia, la *leadership* si sostituisce alla *volonté générale*, la governabilità alla rappresentanza, il governo e l'esercizio del potere esecutivo assumono una preminenza rispetto alla centralità del parlamento e alla funzione legislativa: alla democrazia *deliberativa* di Kelsen, Schumpeter sostituisce la propria democrazia *esecutiva*. La funzione principale del voto, secondo Schumpeter, non è la rappresentanza politica (la "delega" politica dal popolo al parlamento affinché quest'ultimo dia voce alla volontà popolare), bensì la creazione di un governo. Ov-

³⁴ Ivi, p. 274.

³⁵ Ivi, p. 279.

viamente, il governo, per entrare in carica, deve ricevere un voto di fiducia del parlamento, il quale, però, «decide più per accettazione che per iniziativa»³⁶. Il *leader* di partito che risulta vincitore nella competizione elettorale e che quindi prenderà in mano la *leadership* del Paese tenderà, una volta insediatosi al potere, a diventare anche “*leader* del parlamento”: «forgerà l’opinione del partito, ma tenderà ad esercitare una *leadership* formativa anche dell’opinione pubblica, una *leadership* nazionale che può, in una certa misura, rendersi indipendente dalla pura opinione di partito»³⁷. La *leadership*, dunque, nella concezione della democrazia elaborata da Schumpeter sostituisce il *compromesso* parlamentare teorizzato da Kelsen: la *decisione* individuale s’impone sulla *deliberazione* collettiva. I compiti del parlamento tendono a trasformarsi in forme di controllo dell’azione del governo (culminanti nei voti di fiducia e di sfiducia nei confronti degli esecutivi) e in attività di tipo strettamente amministrativo, come l’approvazione del bilancio dello Stato. Formalmente il parlamento resta l’organo titolare del potere legislativo, ma l’attività legislativa del parlamento risente, quasi irresistibilmente, dell’iniziativa governativa. Secondo Schumpeter, la causa di tale tendenza è da rinvenire nella modalità di selezione dei parlamentari. Profetiche risuonano le sue parole: gli elettori

non solo non decidono nessuna questione, ma nemmeno scelgono a mente aperta fra la popolazione eleggibile i membri del parlamento. In tutti i casi normali, l’iniziativa parte da chi pone la propria candidatura all’ufficio di deputato, e alla *leadership* locale che a questo ufficio può conseguire. Gli elettori si limitano ad accettare questa candidatura a preferenza di altre, o a rifiutarsi di accettarla³⁸.

La teoria *economica* e *competitiva* della democrazia di Schumpeter si contrappone in molti aspetti, e in modo evidente, alla teoria *politica* e *rappresentativa* della democrazia sostenuta da Hans Kelsen. Pur nella radicale diversità di opinioni e di concezioni del mondo, tuttavia, il giurista Kelsen e l’economista Schumpeter si trovano a concordare su un punto essenziale dei loro sistemi: per ambedue i pensatori la democrazia ha carattere eminentemente *procedurale*. La democrazia è una procedura attraverso la quale prendere decisioni collettive e/o un me-

³⁶ Ivi, p. 285.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Ivi, p. 290.

todo per scegliere i “capi”. Assente è, in ambedue le concezioni, la dimensione *sostanziale* della democrazia: non rileva la presenza della tutela dei diritti fondamentali, non esistono limiti di sostanza, di materia, alla volontà della maggioranza. Il (neo)costituzionalismo del secondo dopoguerra cercherà di innestare principi di giustizia materiale all’interno dei sistemi democratici: democrazia, liberalismo e diritti sociali, le grandi aspirazioni del Novecento, saranno destinate a convivere e a bilanciarsi a vicenda nella storia dello Stato costituzionale di diritto.

4. Oltre le divergenze: affinità inattese

Non solo tra Kelsen e Schumpeter vi sono elementi comuni (non secondari), pur nella diversità dei metodi e delle conclusioni, ma anche tra la dottrina pura del diritto di Kelsen e il liberalismo economico e politico di Hayek, nonostante le aspre critiche di quest’ultimo al positivismo giuridico, possono riscontrarsi alcune “coincidenze” di carattere metodologico, sostanziale e, paradossalmente, anche politico. In questa sede, dopo aver analizzato le differenze tra la scuola giuridica viennese e la scuola austriaca di economia, si cercherà di evidenziare e descrivere quegli elementi che, a dispetto della volontà dei loro sostenitori, rappresentano punti in comune, quasi di convergenza metodologica, tra le due teorie.

Una prima analogia tra la teoria kelseniana del diritto e l’impostazione analitica della scuola austriaca di economia è costituita dall’esigenza della *modellizzazione*. Nel 1883, in seguito alla pubblicazione delle *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften und der Politischen Ökonomie insbesondere*³⁹ di Carl Menger, s’infiama la “disputa sul metodo” delle scienze economiche, una controversia ricordata dalla storia con il termine di *Methodenstreit*. In un articolo pubblicato l’anno successivo, Gustav Schmoller, il rappresentante più in vista della scuola storica di economia (con un’impostazione organicista), critica l’approccio analitico ai fenomeni economici adottato da Carl Menger e dagli economisti marginalisti. Da qui nasce una lunga *querelle* sul metodo più idoneo a comprendere i fenomeni economici e sociali. Carl Menger distingue, in ogni ricerca teorica, un *indi-*

³⁹ C. MENER, *Sul metodo delle scienze sociali*, Macerata, 1996.

rizzo empirico-realista e un indirizzo esatto⁴⁰: la scoperta delle *exacte Naturgesetze* deve percorrere «una via che è essenzialmente diversa dall'induzione empirico-realistica di Bacone». Carl Menger, il fondatore della scuola austriaca di economia, e, con lui, i suoi allievi ed epigoni (tra cui Mises e Hayek) rifiutano quindi un approccio di tipo storicistico allo studio dei fenomeni economici: gli economisti marginalisti privilegeranno tutti il ricorso al modello teorico, modello che, nell'evoluzione della disciplina, verrà poi completamente matematizzato.

Allo stesso modo, il ricorso all'astrazione e alla modellizzazione della teoria costituisce il metodo adottato da Hans Kelsen nello studio e nell'analisi del diritto: se l'approccio al fenomeno giuridico vuole edificarsi come una vera e propria *scientia iuris*, allora occorre affidarsi a un metodo rigoroso. Kelsen parla di *Methodenreinheit*, di "purezza metodologica": la dottrina "pura" del diritto vuole essere un'analisi del diritto a prescindere dalle manifestazioni storico-politiche di quest'ultimo. Tale dottrina è "pura" in senso kantiano, è un'analisi delle categorie trascendentali del diritto, cioè dei concetti che rendono possibile l'esperienza giuridica (tali sono i concetti di diritto soggettivo e diritto oggettivo, di atto giuridico, di senso soggettivo e oggettivo dell'atto, il concetto di norma giuridica, di illecito, di sanzione, di imputazione, di persona, etc.). L'analisi "pura" dei concetti giuridici fa sì che la dottrina del diritto che ne discende sia una scienza del diritto e non già una politica del diritto: «essa cerca di rispondere alla domanda: cos'è e com'è il diritto; non però alla domanda: come dev'essere e come si deve produrre il diritto»⁴¹.

Il tema del metodo caratterizza un'epoca e risente del successo delle scienze fisiche e matematiche. La storia viene assimilata a un'arte, a una conoscenza del particolare, a un punto di vista soggettivo; una conoscenza che voglia davvero essere tale deve attingere all'universale, a un punto di vista oggettivo, controllabile *ab externo*. Lo scienziato sociale deve tendere all'oggettività e liberarsi, nelle sue analisi, da qualsiasi considerazione di tipo personale, da qualsivoglia "giudizio di valore": è, questa, la *Wertfreiheit*, l'avalutatività delle scienze sociali

⁴⁰ D. ANTISERI, *Trattato di metodologia delle scienze sociali*, Torino, 1996, pp. 442-443.

⁴¹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, p. 9.

teorizzata da Max Weber, la ricerca di un canone scientifico nell'approccio a fenomeni sociali quali sono l'economia e il diritto.

Un altro aspetto che accomuna o, per lo meno, avvicina la metodologia adottata da Hans Kelsen e le analisi della scuola austriaca di economia è la separazione del proprio specifico ambito d'indagine dalla dimensione morale: se Kelsen è molto rigido e rigoroso nel dettare una linea di netta demarcazione tra *morale* e *diritto*, allo stesso modo Mises e Hayek ribadiscono la necessità di separare le considerazioni, più strettamente economiche, di *efficienza* da quelle di *equità*. La ricerca di parametri attraverso i quali separare tra loro diritto e morale è una delle caratteristiche principali e peculiari di tutti gli autori afferenti al positivismo giuridico. Kelsen enuncia una pluralità di criteri di demarcazione: mentre la norma morale è espressa da imperativi categorici, la norma giuridica si struttura come un giudizio ipotetico; se l'ordinamento normativo morale è di tipo statico-materiale e tutte le norme morali che lo costituiscono possono essere derivate dal "contenuto" della norma fondamentale, l'ordinamento normativo giuridico è di tipo dinamico-formale e la norma fondamentale si limita a individuare autorità e procedimenti per la valida produzione di ulteriori norme giuridiche. L'esigenza teorica a cui Kelsen cerca di rispondere attraverso la separazione tra diritto e morale è la distinzione tra validità e giustizia di una norma giuridica. Tuttavia, una riflessione sulla situazione storica e politica dell'epoca può essere utile per identificare alcune esigenze "pratiche" di una netta separazione tra diritto e morale. Sia la Prima Repubblica Austriaca sia la Repubblica di Weimar furono proclamate, dopo la caduta degli Imperi, in seguito alla sconfitta austro-tedesca della Prima guerra mondiale. In Germania il *Kaiser* venne esiliato e vi fu una proclamazione rivoluzionaria della repubblica. La situazione politica e amministrativa fu quella di uno Stato profondamente diviso al proprio interno, di un "doppio Stato", per adottare la terminologia di Ernst Fraenkel⁴²: da un lato vi era il parlamento a maggioranza socialdemocratica, eletto in seguito alla rivoluzione, dall'altro tutto il sistema amministrativo costituito da funzionari, da magistrati e dalle gerarchie militari, che mai si riconobbero nella repubblica di Weimar e nella sua costituzione, in alcuni casi negandone addirittura la legittimità. Analoga situazione politico-istituzionale era presente

⁴² E. FRAENKEL, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Torino, 1983.

in Austria. I giudici tedeschi del *Reichsgericht*, per esempio, che durante l'Impero si erano strettamente attenuti, in ossequio alla volontà del proprio *Kaiser*, a criteri rigorosamente formalistici di interpretazione della legge, nel periodo della repubblica di Weimar adottarono una giurisprudenza ispirata alla scuola del diritto libero, appellandosi, nelle loro decisioni, a concetti come quello di "buona fede" e di "usi e costumi". Tale deviazione dalla forma si risolveva in una vera e propria politica giudiziaria perseguita dal *Reichsgericht*: con il ricorso a concetti metagiuridici i giudici tedeschi appartenenti alla suprema magistratura dello Stato cercavano di non applicare, di disattivare, la legislazione proveniente da un parlamento socialdemocratico che essi ritenevano avverso (è di questo periodo storico la distinzione, che sarà recepita anche in Italia dalla Corte di cassazione, tra norme costituzionali immediatamente precettive e norme costituzionali meramente programmatiche). La separazione, rigida e netta, tra diritto e morale, sempre ribadita da Kelsen, rispondeva dunque, oltretutto a finalità teorico-sistematiche, anche all'esigenza pratica (e politica) di assoggettare i giudici più riottosi alle norme giuridiche (o, meglio, alle leggi) dettate dai parlamenti eletti dal popolo in seguito alla fine dell'Impero e all'affermarsi della democrazia.

Similmente, ma con uno scopo opposto, anche la scuola austriaca di economia teorizzò la separazione, netta, drastica, tra considerazioni di efficienza economica e valutazioni di equità. Il modello teorico di allocazione ottimale delle risorse è incentrato unicamente sul tema dell'efficienza, nel presupposto che un'allocazione efficiente delle risorse sarà, nel lungo periodo, anche equa, mentre la soddisfazione, nel breve periodo, di esigenze di equità condurrà, nel lungo periodo, a un'allocazione inefficiente delle risorse, con conseguenti ricadute sociali negative proprio sui soggetti più deboli. Le valutazioni di equità si risolvono, in sostanza, in scelte di pianificazione che determinano l'intervento dello Stato nell'economia e in decisioni di allocazione delle risorse di carattere politico (cioè "dall'alto"), sostitutive dei meccanismi anonimi del libero mercato: quando all'efficienza si sovrappone l'equità, al κόσμος si sostituisce la τάξις, al mercato lo Stato, alle capacità dei singoli individui l'arbitrio e la discrezionalità politica. Anche alla teoria dei c.d. fallimenti del mercato (per esempio, i fenomeni di *free riding*, le esternalità positive e negative, la formazione dei monopoli con il conseguente potere del monopolista di estrarre degli extra-profitti), fallimenti del mercato che legittimerebbero, anche dal punto

di vista della teoria economica, un intervento correttivo dello Stato, gli economisti marginalisti della scuola austriaca contrappongono sempre, per utilizzare la terminologia di Mises, i “fallimenti dello Stato interventista”⁴³.

Da ultimo, occorre procedere a una riflessione sul peculiare approccio della scuola austriaca allo studio dei fenomeni economici: tale impostazione di pensiero, la cui teorizzazione si fa risalire all’opera di Carl Menger e che vide la maggiore sistemazione teorica nei lavori di Mises, suole definirsi *individualismo metodologico*. In primo luogo, l’individualismo metodologico pone un problema *ontologico*⁴⁴: i concetti collettivi come “società”, “Stato”, “partito”, “Chiesa”, “classe sociale” rinviando a realtà sostanziali, autonome, distinte e indipendenti dai singoli uomini che agiscono oppure sono semplici “concetti ausiliari” attraverso i quali il pensiero umano organizza (“concettualizza”) le azioni dei singoli individui? Per i teorici dell’individualismo metodologico nella realtà esistono solo gli individui e le azioni individuali, le quali costituiscono la base di ogni conoscenza teorica (Mises definì il proprio sistema di pensiero come “prasseologia”, intendendo con ciò lo studio dell’azione umana). Come conseguenza delle diverse soluzioni del problema ontologico si pone un problema *metodologico*: lo scienziato sociale deve studiare i *collectiva* oppure deve concentrarsi sulle azioni dei singoli individui? Marx e i marxisti, per esempio, spiegano le dinamiche storiche e sociali come risultato dello scontro di forze tra capitale e lavoro; per loro l’individuo isolato, l’individuo “robinsoniano”, è semplicemente un’astrazione borghese. Gli economisti marginalisti, invece, i quali hanno avuto un’importanza storica fondamentale nello sviluppo della microeconomia, si limitano a indagare il comportamento del consumatore e del singolo produttore. Infine, le citate dispute ontologiche e metodologiche sui *collectiva* hanno un risvolto *politico*: lo Stato esiste per tutelare l’individuo oppure l’individuo esiste in funzione dello Stato? Il fine dell’azione pubblica è la società oppure l’individuo?

Se la scuola austriaca di economia si pone come un baluardo teorico dell’individualismo metodologico, la posizione di Hans Kelsen al riguardo è, ciò nondimeno, estremamente interessante: Kelsen non ha

⁴³ L. MISES, *I fallimenti dello stato interventista*, Soveria Mannelli, 2011.

⁴⁴ Al riguardo cfr. D. ANTISERI, *Esistono solo individui*, in R. DE MUCCI (a cura di), *L’individualismo metodologico: genesi, natura e applicazioni*, Roma, 1993.

mai espresso in modo esplicito la sua adesione all'individualismo metodologico, però, sicuramente, egli è stato un critico della realtà sostanziale dei concetti collettivi. La dottrina pura del diritto si pone come una critica radicale della *Genossenschaftslehre* di Otto von Gierke e della teoria organicistica: Kelsen cerca di risolvere l'"organismo" nel "sistema". In numerosi punti della sua opera, egli ribadisce che oggetto delle norme giuridiche possono essere solo i comportamenti umani, cioè le azioni o le omissioni dei singoli individui. La critica del concetto di "persona giuridica" è radicale; la persona fisica e la persona giuridica non esistono nella realtà: nella realtà esiste solo l'uomo, solo il singolo individuo. Persona fisica e persona giuridica (le "persone del diritto") non sono nient'altro che la "personificazione", operata dal diritto, dell'insieme dei diritti e dei doveri di cui unici titolari sono i singoli individui: non si tratta, dunque, di realtà esistenti, bensì della personificazione di ordinamenti giuridici parziali. Lo Stato stesso, la persona giuridica per antonomasia (κατ'ε'ξοχήν, come suole affermare Kelsen con enfasi), non è nient'altro che la personificazione dell'ordinamento giuridico complessivo: l'identificazione tra Stato e diritto implica la riduzione dello Stato a un insieme di norme giuridiche aventi tutte come contenuto azioni od omissioni di singoli individui. Indiscutibile è, quindi, almeno a livello di risposta data al problema ontologico posto dai *collectiva*, l'opzione di Kelsen a favore dell'individuo. La sua scelta non è quindi orientata alla preminenza della società e dello Stato sull'individuo: in Kelsen, infatti, lo Stato non è mai un fine, ma sempre e solo un mezzo.

5. La democrazia liberale tra neutralità normativa e "valori" costituzionali

Tutte le critiche di carattere metodologico ed epistemologico che Hayek rivolse alla teoria di Kelsen sfociavano in un'accusa precisa: l'essere, la dottrina pura del diritto, l'ideologia del socialismo e, di conseguenza, dei poteri illimitati delle democrazie. Giova ricordare che Kelsen non fu mai iscritto ad alcun partito politico, però, in qualità di consulente del governo socialdemocratico dell'austromarxista Karl Renner, collaborò fattivamente alla redazione della Costituzione austriaca del 1920 (una costituzione con un forte impianto socialdemocratico) e, come lui stesso racconta nella sua

autobiografia⁴⁵, nel 1933 fu destituito dall'insegnamento presso l'Università di Colonia perché accusato dai nazisti di essere legato al partito socialdemocratico (contrariamente a ciò che si potrebbe pensare, pur essendo ebreo, Kelsen non perse la cattedra per motivi razziali, bensì, almeno formalmente, per ragioni di carattere politico).

In questa sede, però, non rilevano le vicende biografiche di Kelsen, bensì le sue teorie politiche così come egli stesso le ha espresse in due opere dedicate al socialismo, vale a dire *Socialismo e Stato* (1923) e *La teoria comunista del diritto* (1955). Come si è già ricordato, con il termine "socialismo" gli economisti della scuola austriaca intendevano riferirsi a un sistema istituzionale fondato sull'intervento dello Stato nell'economia e sulla pianificazione economica centralizzata e incardinata nei decisori politici. Dall'analisi delle opere più strettamente politiche di Kelsen si può giungere alla conclusione che egli fu un sostenitore della socialdemocrazia, ma un avversario, sia dal punto di vista teorico che politico, del marxismo e della rivoluzione d'ottobre (cioè del bolscevismo). La critica che Kelsen rivolge al marxismo riguarda sia i presupposti metodologici sia le "profezie" politiche. Secondo Kelsen, infatti, la dialettica marxista è viziata da un errore fondamentale: da un'analisi delle condizioni socio-economiche presenti nella storia (cioè da considerazioni di fatto) i marxisti traggono conseguenze su quello che "dovrà essere" lo sviluppo futuro dell'umanità, ovvero sia la creazione della società comunista. È qui palese la violazione della c.d. legge di Hume: da un "essere" non si può mai derivare un "dover essere". Una corretta impostazione metodologica consiste, infatti, nella distinzione tra fatti e valori, tra processi storici e progressi dell'umanità. Così esprime Kelsen tali concetti:

Marx ed Engels non sono i soli scrittori che usano una cosiddetta legge dell'evoluzione come travestimento di un postulato morale e politico. La filosofia della storia di Hegel ed il positivismo di Comte sono dello stesso tipo. La critica di Marx alla società e la sua predizione del comunismo come risultato necessario di un'evoluzione determinata dalla legge causale sono basate su un giudizio soggettivo di valore. Ma Marx ed Engels lo presentano come scienza, vale a dire come verità obiettiva⁴⁶.

⁴⁵ H. KELSEN, *Scritti autobiografici*, Reggio Emilia, 2008.

⁴⁶ H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, Milano, 1956, p. 66. Le stesse considerazioni di Kelsen vengono effettuate anche da Uberto ScarPELLI, il quale così si esprime con riguardo al marxismo: «Quanto alla teoria, continuo a pensare che uno

La seconda critica che Kelsen rivolge al marxismo e al bolscevismo riguarda la natura dello Stato. Secondo i marxisti lo Stato è uno strumento dello sfruttamento che una determinata classe sociale, la borghesia, esercita sul proletariato; con la rivoluzione comunista e la realizzazione di una società senza classi lo Stato è destinato ad estinguersi (tale è la teoria elaborata da Engels nell'*Anti-Dühring* e fatta propria da Lenin in *Stato e rivoluzione*). Kelsen ritiene molto improbabile, alla luce di un'attenta analisi dei testi dei teorici marxisti e bolscevichi, che una società nella quale si instaura la "dittatura del proletariato" possa fare a meno di un ordinamento coercitivo qual è appunto lo Stato. Non solo: Kelsen si rende conto che la società futura del comunismo sarà caratterizzata da un *assolutismo politico* molto simile al dispotismo, da un regime oligarchico e autocratico affine alla teocrazia⁴⁷. Egli, dunque, resta fedele alla democrazia come via privilegiata per realizzare quelle riforme economiche e sociali in grado di migliorare la vita del proletariato.

Kelsen si inserisce, a pieno diritto, nella corrente della socialde-

dei punti più critici della filosofia marxista, uno dei punti ove si rileva con maggiore evidenza il suo carattere alienante, [...è il seguente]: il marxismo richiede all'individuo un impegno per la "società umana" contro le società disumane, ma a questo impegno non dà fondazione. Se la "società umana" è il risultato necessario di un processo della storia, perché devo impegnarmi ad avvicinarla ed a realizzarla? Oggi, nei termini diventatimi familiari dell'analisi del linguaggio, osservo che il marxismo "ignora la legge di Hume", il salto logico tra le descrizioni e le prescrizioni, la non inferibilità di direttive e valori dalle descrizioni e previsioni: la previsione che si attui la "società umana" non comporta il valore della "società umana" e la direttiva di cercare di raggiungerla. Messo in chiaro questo, ne consegue che l'impegno per la "società umana" nelle prospettive del marxismo è un impegno non fondato e non giustificato, è una sottomissione passiva (passiva intellettualmente, anche se accompagnata da azione vigorosa) alla necessità della storia: poiché la "società umana" sarà, stiamo nella corrente della storia che volge a quel fine sicuro. In tal maniera la necessità della storia assume una funzione analoga alla funzione che in prospettiva religiosa assume la volontà di Dio: scaricare l'uomo dalla responsabilità di se stesso e delle decisioni intorno ai propri fini, affidarlo alla trascendenza. Il guaio di tutta la faccenda, però, è che la volontà di Dio o la necessità della storia trovano presto degli interpreti autorizzati, in istituzioni depositarie (chiese o partiti-chiese) e nei capi di quelle istituzioni: cosicché l'alienazione intellettuale nella trascendenza si trasforma nell'alienazione politica a favore degli interpreti della trascendenza. Il marxismo ha fatto e continua a fare l'amara esperienza di questa alienazione, nella quale la "società umana", ove il libero sviluppo del singolo è il libero sviluppo di tutti, sembra talora completamente perduta» (U. SCARPELLI, *Prefazione* alla III edizione di *Esistenzialismo e marxismo*, Torino, 1970).

⁴⁷ H. KELSEN, *Socialismo e Stato*, Bari, 1978, p. 172.

mocrazia tedesca che va da Karl Kautsky (dal “rinnegato” Kautsky, come lo definiva Lenin) fino all’austromarxista Karl Renner: le riforme sociali agognate dal proletariato potranno essere realizzate solamente nel momento in cui la maggioranza del parlamento sarà saldamente in mano ai partiti socialdemocratici. Nella *Dottrina generale dello Stato*, pubblicata nel 1925, Kelsen espone la teoria dello Stato che discende dalla dottrina pura del diritto: ne risulta uno Stato a “perimetro variabile”⁴⁸, uno Stato che può estendere l’ambito di validità del proprio ordinamento giuridico a seconda delle decisioni politiche che provengono dal parlamento. Lo Stato di Kelsen è una democrazia fondata unicamente su due presupposti: da un lato il riconoscimento universale (cioè a tutti i cittadini e, in prospettiva, a tutti gli esseri umani) del diritto di elettorato attivo e passivo, dall’altro il principio di maggioranza. È ovvio che un parlamento a maggioranza socialdemocratica potrà estendere in modo rilevante e significativo il perimetro dell’azione statale, optando per massicci interventi dello Stato nella gestione dell’economia, interventi finalizzati al controllo delle imprese private, all’espansione delle imprese pubbliche e a una sempre maggiore pianificazione sociale. Ed è proprio in forza di tale conclusione che Hayek affermerà il carattere ideologicamente orientato del positivismo giuridico kelseniano.

In realtà, le critiche di Hayek alla teoria pura del diritto di Kelsen sono la manifestazione del contrasto che contrappose, in origine, il liberalismo classico alla nascente democrazia, soprattutto nel momento in cui all’interno dei sistemi democratici si affermava il riconoscimento dei diritti sociali come diritti costituzionali (la costituzione socialdemocratica di Weimar fu l’archetipo di tale forma di Stato). Liberalismo e democrazia, infatti, all’inizio si presentarono come avversari sulla scena della storia. Il principio liberale dello “Stato minimo” e il princi-

⁴⁸ «Il confine verso la libertà dell’uomo può essere spostato a piacimento. Non esiste un confine giuridicamente determinabile *a priori* per stabilire fino a quale grado l’ordinamento giuridico possa afferrare il comportamento umano, non esiste un limite assoluto che protegga la libertà dell’individuo contro gli interventi dello Stato. Idealmente, l’ordinamento coercitivo dello Stato può afferrare il comportamento complessivo dell’uomo, può vincolare l’uomo sotto ogni aspetto. Soltanto nella misura in cui ciò non accade, l’uomo rimane libero. Ragion per cui — fatto che va sottolineato con forza — questa libertà dall’ordinamento giuridico, questo essere-liberi dallo Stato è piuttosto una qualità giuridica negativa, cioè viene qualificata soltanto dal fatto di non essere giuridicamente determinata» (H. KELSEN, *Dottrina generale dello Stato*, cit., p. 352).

pio (social)democratico di uno “Stato massimo” sembravano tra loro inconciliabili: le istanze liberali di difesa della tradizione e dei valori tramandati si contrapponevano in modo netto alle esigenze democratiche di rinnovamento della società e di affrancamento delle classi lavoratrici. La tragedia della repubblica di Weimar fu un monito per i legislatori costituenti del secondo dopoguerra⁴⁹. Si prese drammaticamente atto che una democrazia non rinforzata dai principi liberali è una democrazia “disarmata” e rappresenta una dimensione della vita associata che può facilmente degenerare in forme totalitarie o plebiscitarie: solo una “democrazia liberale”, la quale difende i principi che i teorici del liberalismo hanno elaborato nel corso della storia dell’umanità e custodisce le conquiste ottenute dallo Stato di diritto, può cercare di opporsi efficacemente, al di là di ogni formalismo, a coloro che cercano di travolgerla e annientarla⁵⁰.

La nascita dello Stato costituzionale di diritto fu un elemento di forte discontinuità storica. Si parlerà di “positivizzazione del diritto

⁴⁹ La democrazia di Bonn si distingue dalla democrazia di Weimar, innanzitutto, in forza della sua *Grundgesetz* intrisa di contenuti giusnaturalistici: tale caratteristica è la più marcata, configurandosi come la nota dominante della nuova carta costituzionale. Al riguardo occorre notare che il fondamento della Repubblica federale tedesca, sorta dalla *debellatio* del terzo Reich, è la “dignità dell’uomo”. Infatti, l’art. 1 comma 1 GG così recita: «La dignità dell’uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla» («*Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*»). Inoltre, l’art. 2 comma 1 GG stabilisce che: «Ognuno ha diritto al libero sviluppo della propria personalità, in quanto non violi i diritti degli altri e non trasgredisca l’ordinamento costituzionale o la legge morale» («*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*»). Il richiamo che la costituzione tedesca postbellica opera nei confronti della legge morale, della *Sittengesetz*, e la parificazione di quest’ultima all’ordinamento costituzionale raccontano una storia che non è più solo quella del positivismo giuridico kelseniano.

⁵⁰ Mentre quella di Weimar fu una democrazia “disarmata”, fondata unicamente sul principio di maggioranza (quindi su un meccanismo meramente procedurale), una democrazia che permise ai suoi stessi nemici di organizzarsi e di agire fino al punto di rovesciare il sistema e instaurare una dittatura, quella di Bonn si presentò subito come una democrazia “militante”, una democrazia “protetta”, la cui Costituzione predispone i mezzi necessari affinché il sistema possa tutelarsi dai nemici interni (si veda al riguardo l’art. 18 GG, che prevede la decadenza dall’esercizio dei diritti fondamentali, da pronunciarsi ad opera del *Bundesverfassungsgericht*, nei confronti di coloro che di tali diritti abusano al fine di combattere l’ordinamento costituzionale democratico e liberale).

naturale”, di limiti interni (costituzionali) posti al potere legislativo; gli orientamenti neo-costituzionalistici (Dworkin, Alexy, Zagrebelsky) perverranno a una distinzione non più di grado, ma di sostanza, a una distinzione che si potrebbe addirittura definire “ontologica”, tra le regole della legge e i principi costituzionali. Se le *regole* sono le proposizioni normative studiate dal positivismo giuridico, quelle norme che s’impongono con il ricorso alla forza coattiva dello Stato, i *principi* rappresentano, invece, una dimensione etico-politica: i principi generali del diritto e, soprattutto, i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale dello Stato recepiscono quel mondo di valori tramandati dalla tradizione liberale dell’Occidente, davanti ai quali deve fermarsi e inchinarsi lo stesso potere legislativo. È evidente come tali dottrine, seppur diversamente declinate, descrivano la progressiva integrazione tra liberalismo e democrazia, tra *diritto* e *legge* (intesa, quest’ultima, come volontà del popolo). Il risultato di un tale processo storico è una concezione *sostanziale* della democrazia: perché si possa parlare di una “democrazia liberale”, occorre che la volontà della maggioranza trovi un limite nel rispetto dei diritti fondamentali dell’uomo e nella separazione dei poteri dello Stato. Le strade del liberalismo e della democrazia si sono incrociate nel percorso accidentato della storia: il tentativo di separare nuovamente questi due principi storico-politici per dar vita a “democrazie illiberali”, delle quali nell’epoca attuale si è tornato a parlare, non può che avere esiti tragici, dei quali la storia è già stata testimone.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il saggio analizza la dottrina pura del diritto di Hans Kelsen mettendola a confronto con il pensiero della Scuola austriaca di economia, in particolare con le critiche formulate da Friedrich A. von Hayek e Joseph A. Schumpeter. Attraverso una ricostruzione storica e teorica, si evidenzia come il positivismo giuridico kelseniano si fondi su presupposti epistemologici di tipo

razionalistico e costruttivista, in contrasto con il razionalismo critico e l'evoluzionismo spontaneo della tradizione hayekiana. Hayek critica l'identificazione tra diritto e volontà statale e denuncia le implicazioni autoritarie di un ordinamento giuridico interamente "posto" dall'alto.

La seconda parte del saggio confronta la teoria rappresentativa della democrazia elaborata da Kelsen con la teoria competitiva proposta da Schumpeter, mettendo in luce la diversa concezione della sovranità popolare, del ruolo del Parlamento e della funzione del voto. Nella sezione finale, si individuano sorprendenti punti di contatto metodologico tra le due scuole: l'uso della modellizzazione astratta, l'avalutatività scientifica (*Wertfreiheit*) e una forma di individualismo metodologico. Il confronto tra Kelsen e gli economisti viennesi mostra, dunque, non solo una frattura tra due approcci teorici, ma anche un dialogo implicito tra visioni del mondo che continuano a influenzare il pensiero giuridico e politico contemporaneo.

EN

This paper examines Hans Kelsen's Pure Theory of Law in light of the critiques developed by the Austrian School of Economics, particularly Friedrich A. von Hayek and Joseph A. Schumpeter. Through a historical and theoretical reconstruction, the study highlights how Kelsen's legal positivism is grounded in a rationalist and constructivist epistemology, which sharply contrasts with Hayek's critical rationalism and spontaneous order theory. Hayek challenges the reduction of law to state will and warns against the authoritarian implications of top-down legislative planning.

The second part contrasts Kelsen's representative theory of democracy with Schumpeter's competitive theory, underscoring differing views on popular sovereignty, the role of Parliament, and the function of voting. The final section identifies notable methodological parallels between the two traditions, including abstraction and modeling, value-neutral analysis (*Wertfreiheit*), and a shared focus on methodological individualism. The dialogue between Kelsen and Austrian economists thus reveals not only a theoretical clash but also an underlying convergence that continues to shape contemporary legal and political thought.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)