

FILOSOFIA DEI DIRITTI UMANI PHILOSOPHY OF HUMAN RIGHTS

58
An. XXII

PERIODICO QUADRIMESTRALE
Mag-Ago 2020 - Volume II



Editore

Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

via Vittorio Veneto, 20

00020 Canterano (RM)

Copyright © MMXXI

ISBN 978-88-255-4089-5

ISSN: 1129-972x

Autorizzazione del Tribunale di Napoli n. 5051

Per ordini

Abbonamento annuo per l'Italia 65,00 euro

Abbonamento annuo per l'Estero 100,00 euro

Abbonamento benemerito 200,00 euro

Modalità di pagamento

Bonifico bancario intestato a:

Gioacchino Onorati editore S.r.l. unip.

IBAN: IT 28 B 03069 38860 100000003170

Causale: abbonamento Filosofia dei diritti umani

Philosophy of Human Rights

I collaboratori sono pregati di inviare saggi o scritti inediti, o anche relazioni tenute ai convegni che non siano altrimenti pubblicati. Gli estratti saranno forniti solo su richiesta e a pagamento.

La Rivista si riserva il diritto dell'esclusiva dei titoli pubblicati per il periodo di un anno.

Sommario

1. Editoriale

Laura Zavatta

Le Costituzioni vittoria di civiltà

4

2. Analisi

Otto Pfersmann

The Austrian Constitutional Exception: Normative Explicitness and Democratic Confidence

11

3. Saggi

Vincenzo Rapone

Dal primato dell'ordinamento oggettivo alla critica alle nozioni di soggetto di diritto e di diritto soggettivo in Duguit

19

Laura Zavatta

L'eterno ritorno dell'uguale come possibile rinascita dell'uomo

34

4. Opinioni

Enrique Dussel

¿Hacia una Teología de la Liberación en África y Asia

45

5. Argomenti

Francesco Vittoria

Le coordinate teoriche sottese alla costruzione del partito cattolico in Italia (1871-1945)

51

6. Note a sentenza

Rocco Cantelmo

*La dignità processuale al tempo della pandemia
La sospensione straordinaria dei procedimenti per Covid-19 in relazione alla misura cautelare della custodia in carcere*

69

7. Libri e Riviste

Vincenzo Rapone

Rosario Patalano, *Capitalismo criminale. Analisi economica del crimine organizzato*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 272

81

8. Rassegna stampa

Vincenzo D'Errico

Un italo islandese a tutela dei diritti

85

Le Costituzioni vittoria di civiltà

**L'uomo del
XXI secolo**

**Otto
Pfersmann**

I. Lo scorso numero della nostra rivista - quello che ha segnato l'inizio del XXII anno di attività - è stato per così dire segnato dall'angoscia che ha pervaso l'umanità a causa della pandemia da coronavirus. Cento anni fa i nostri nonni e bisnonni hanno vissuto una esperienza simile ma - è la nostra impressione - con una angoscia e una paura minori. Malattie e disgrazie erano fatti dolorosi ma inevitabili. Ci si rassegnava presto alla ineluttabilità della sofferenza, giudicata da molti come un dono divino, prova della fede, partecipazione alla passione di Cristo.

L'uomo del XXI secolo è profondamente diverso dai suoi avi. Disincantato, tiepido di fronte alla fede, non trova giustificazione davanti al dolore. Convinto sostenitore della scienza medica e dei suoi progressi, quasi pretende che ci sia una cura per ogni malattia, un vaccino per ogni virus. La pandemia del terzo millennio è una prova pesante, che provoca risentimento e rabbia perché ancora non c'è una cura sicura né un vaccino pronto. Obbligati al distanziamento e alla mascherina, alla limitazione degli spostamenti e dei rapporti sociali, si vive male, arrabbiati, delusi, depressi.

Con questo numero, relativo al secondo quadrimestre del 2020, vogliamo guardare avanti. La pandemia non si è conclusa, e ci vorrà tempo perché tutto - o quasi - torni come prima. Sicuramente sarà argomento dei prossimi fascicoli, per ora cerchiamo di fare una sosta e affrontare altre tematiche.

Questo numero ospita una nuova rubrica, *Analisi*, che vuole essere uno spazio

aperto di discussione e confronto, affidato ad una firma prestigiosa. Cominciamo con Otto Pfersmann, il quale dedica un interessante saggio ai cento anni di attuazione della Costituzione federale austriaca. È la prima Costituzione europea con un sistema operativo di revisione costituzionale - in seguito denominato modello austriaco di revisione costituzionale o di adozione - e vede tra i suoi estensori il giurista Hans Kelsen, coinvolto dal Cancelliere Renner nei lavori dell'Assemblea costituente in qualità di consulente scientifico. Il suo contributo risulterà indubbiamente fondamentale nel dare un senso di continuità delle istituzioni pubbliche nel passaggio dalla Costituzione imperiale del dicembre 1867 alla nuova Costituzione repubblicana e nel perfezionare le caratteristiche dello Stato di diritto mediante l'istituzione di una Corte costituzionale con potere di abrogazione delle leggi.

Pfersmann stimola alla lettura della Costituzione austriaca e ci offre passi di notevole interesse quando afferma: "Constitutions are drafted to last, but those who really survive do so more by surprise than by expectation and factual elements set apart, the reasons of success may be unnoticed or difficult to identify. In fact, the Austrian Constitution had quite a difficult start and life and was poorly noticed for quite some time, one can even ask if the more recent celebrations really have this Constitution as its actual target".

Tale pensiero è seguito da altre considerazioni singolari: "The reduction of the

Austria is a democratic republic

Constitution to just a legal document rather points to a distinction elaborated in the same days as this text is drafted: the distinction between saying and showing, which Ludwig Wittgenstein theorises in his *Tractatus*. [...] And it certainly is promoted by Kelsen. Kelsen however, made an important point in his commentary when he says that article one, according to which 'Austria is a democratic republic. Its law comes from the people' is useless and irrelevant as a theoretical judgement concerning the nature of the Constitution. This provision may be one the very few principled statements and even this statement he considered to be superfluous. He may have been successful in the wording 'its law' instead of the usual 'all power comes from the people', but not in erasing the statement itself". E ancora: "It is interesting to note that the debate concerning this article is still vivid, as it is considered by some to enshrine both the democratic and the republican principle which it would require a special procedure of total revision to overturn, while for others the question if such a principle exists and has indeed such a legal status, must be extracted from the entire set of norms organising the legal order in question. Lacking poetry, narratives and principled statements, the Austrian Constitution has thus to be understood and analysed for what it actually empowers, requires or prohibits and how it actually organises normative production, modification, destruction and review, because it cannot possibly do anything else. And that this is indeed what counts in the legal universe so designed is what this shows but cannot say about itself. [...] in a Constitution as a legal instrument you don't find anything else but norms and if you try to hide their substance, you simply redirect empower-

ments in different directions. If you try to substitute narratives, poetry, emotion, literature, music for norms, you don't make them any better, at best you add indeterminate and confusing content. This is not in itself a normative statement meaning: you ought not to write constitutions in a certain way, it just analyses what legally happens if you do".

Interessante ci sembra essere il parallelismo che viene alla mente tra il primo articolo della Costituzione austriaca e quello della Costituzione italiana. Entrambi gli articoli affermano che il relativo Paese è una Repubblica democratica, ed entrambi fanno riferimento al popolo. Per la Costituzione austriaca il diritto dell'Austria "promana dal popolo", per la Costituzione italiana "la sovranità appartiene al popolo". Entrambe le Costituzioni fanno riferimento al popolo fin dal primo articolo. Usano toni differenti, ma l'impianto è simile per due costituzioni democratiche scritte all'indomani di grandi sconvolgimenti storici: la fine della monarchia asburgica in Austria, la fine del regime fascista in Italia.

Con il primo saggio di questo numero, *Dal primato dell'ordinamento oggettivo alla critica alle nozioni di soggetto di diritto e di diritto soggettivo in Duguit*, Vincenzo Rapone intende dimostrare come la riflessione positivista abbia contribuito in maniera significativa al dibattito interno alla scienza giuridica. "La risoluzione del conflitto tra essere e dover-essere, così come la critica dell'identificazione tra Stato e diritto, la messa in discussione del primato del diritto soggettivo, vanno meritoriamente ascritti all'opera di Léon Duguit (1859-1928). Così, la stessa idea di soggetto di diritto rivela la sua matrice teologico-metafisica, e la sua dissoluzione diviene

Il diritto soggettivo di Duguit

parte di un auspicato processo di positivizzazione della società, consustanziale all'affermazione delle democrazie".

Con il termine persona, afferma Rapone, "si è inteso da un lato il rapporto specifico di proprietà o la relazione giuridica che il singolo intrattiene con un determinato bene, che ne costituisce la 'sostanza': in questo senso, adottando un linguaggio scenico-teatrale, il diritto ha introdotto la persona come attore giuridico".

Dunque "[...] il diritto soggettivo dev'essere predicato nel senso di un interesse 'giuridicamente protetto', valido nella sfera dell'azione, obiezione cui Windscheid risponde, riportando l'asse della questione sulla problematica della volontà. Il percorso attraverso il quale Jhering accorda protezione formale alla figura dell'interesse legittimo, risulta, anche secondo Duguit, totalmente impregnato di soggettivismo; nel sostenere che 'i diritti soggettivi sono interessi giuridicamente protetti', il perno della questione finisce per gravitare tutto dalla parte dell'ordinamento oggettivo, che non riconosce, ma istituisce, definendole, le situazioni meritevoli di essere protette, in un'ottica nella quale, curiosamente, ritorna la questione della volontà".

Nietzsche: la morale del gregge

La morale del gregge è uno dei temi appassionanti e senza tempo del pensiero nietzscheano. Sebbene scritte quasi un secolo fa, le parole di Nietzsche sono straordinariamente moderne e attuali. Nel saggio *L'eterno ritorno dell'uguale come possibile rinascita dell'uomo*, vengono analizzate le originali argomentazioni delle opere di Nietzsche - specie quelle della maturità - che inducono a riflettere, sollecitati dalla stupefacente sensibilità del filosofo di

Röcken, sulla necessità di sconvolgere e smantellare lo spirito moralistico della civiltà occidentale, incline ad emettere con troppa facilità nei confronti dei suoi membri e di quelli di altre civiltà, giudizi e severe condanne. Secondo Nietzsche - giovandosi spesso "dell'aiuto di una religione utilizzata violando e piegando le idee e i principi del suo Fondatore ad un uso e consumo più opportunistici, e facendone un credo che appaga e lusinga 'i desideri più sublimi degli animali del gregge' - la morale si fa strada anche nelle istituzioni politiche, giuridiche e sociali con espressioni sempre più visibili. Essa giunge ad ispirare ipocritamente, sulla carta ma non in realtà, i principi delle carte Costituzionali, ponendosi alla base degli ordinamenti giuridici delle nostre Nazioni". Una morale così sfruttata e spacciata per concreta, afferma Nietzsche in un frammento, ha tuttavia certamente una sua ragion d'essere: essa "ha protetto la vita dalla disperazione (*Verzweiflung*) e dal salto nel nulla (*Sprung ins Nichts*) presso quegli uomini e quelle classi violentate ed oppresse da altri uomini: giacché è l'impotenza verso gli uomini e non l'impotenza verso la natura, che genera l'asprezza più disperata contro l'esistenza". I nemici divengono "coloro che detengono il potere e contro di essi si incoraggia e rafforza il popolo con la protesta se non proprio con la manifestazione continua quanto sterile di lamentele, odio e disprezzo. Ma questo atteggiamento nocivo e denigratorio contro coloro che governano, che pure fondano il loro potere di ricoprire mandati ed emanare leggi nel rispetto delle Costituzioni e sul consenso della masse - non ha nulla di costruttivo; tale atteggiamento denuncia, alla

sua base, una scarsa conoscenza, o vera e propria inconsapevolezza della necessità identitaria di un popolo”.

Ciò spinge Nietzsche a cercare l'origine della morale, piuttosto che nei valori della tradizione e della compassione, nelle civiltà dell'affermazione, nelle costituzioni sane, nella “pienezza”, nella “forza”, nella “volontà della vita”, nel “suo coraggio”, nella “sua fiducia”, nel “suo avvenire”.

**Enrique
Dussel**

Enrique Dussel affronta un tema ancora controverso nella Chiesa Cattolica, quello della Teologia della Liberazione. Fenomeno interamente latinoamericano per leggere e interpretare la società e le ingiustizie, i teologi della Liberazione usarono la sociologia, la storia, l'economia e l'antropologia rielaborate con le categorie della teologia e del Vangelo. Ben presto l'analisi marxista e la lotta di classe divennero centrali in molte delle loro proposte. Alcuni dissero che Marx avrebbe dovuto essere per la chiesa moderna ciò che Aristotele era stato per quella medioevale. Altri arrivarono a predicare il rifiuto della comunione per i ricchi, mentre altri ancora parteciparono attivamente ai movimenti rivoluzionari di ispirazione socialista o comunista che sorgevano un po' ovunque nel continente: in particolare molti sacerdoti parteciparono alla guerriglia sandinista in Nicaragua. Il sacerdote nicaraguense Ernesto Cardenal dichiarò ad esempio che: “Comunismo e Regno di Dio sulla terra sono la stessa cosa”. La teologia della liberazione fu condannata severamente dalla Chiesa romana. Famosa una fotografia in cui Giovanni Paolo II - in visita apostolica in Nicaragua - rimprovera proprio Ernesto Cardenal, invitandolo a dimettersi da Ministro della Cultura del governo sandinista. Al suo rifiuto fu sospeso *a divinis* nel 1984, e riabilitato solo 35 anni

dopo, nel 2019, da papa Francesco. Il pontefice argentino è vicino al movimento della Liberazione così come si è sviluppato in Argentina, “come teologia del popolo, portata avanti dal gesuita Juan Carlos Scannone, che è stato insegnante di Bergoglio”. Pietro Parolin, il nuovo Segretario di stato di papa Francesco ha chiuso recentemente la questione. In una intervista al giornale venezuelano Última Noticias ha dichiarato: “Sulla Teologia della Liberazione, e lo dico con tutto il cuore perché c'è stata molta sofferenza, le cose si sono chiarite. Questi anni, dolorosamente, appassionatamente, sono serviti a chiarire le cose. La Chiesa, è vero, ha una opzione preferenziale per i poveri, è una scelta che la Chiesa ha fatto a livello universale. Ma ha anche chiarito sempre che (quella dei poveri) non è una opzione escludente e nemmeno esclusiva”.

Si continua a parlare della Chiesa nell'articolo *Le coordinate teoriche sottese alla costruzione del partito cattolico in Italia (1871-1945)* di Francesco Vittoria. Un tema di straordinaria importanza, visto il peso che la gerarchia della Chiesa cattolica e il partito di riferimento dei cattolici italiani - la Democrazia Cristiana - hanno avuto nel corso della cosiddetta Prima Repubblica. In quella che viene definita Seconda Repubblica più partiti si sono disputati l'eredità politica della Democrazia Cristiana e più leader hanno ritenuto di essere i legittimi eredi di Sturzo e De Gasperi. L'excursus storico eseguito dall'Autore è profondo e articolato. Vittoria scava nella storia dei cattolici in politica, e fa riferimento al papa Leone XIII, il padre della dottrina sociale della Chiesa, autore della enciclica *Diuturnum*, in cui affronta il tema del rapporto tra politica e religione, specificando che la Chiesa non predilige alcun

**La gerarchia
della Chiesa
cattolica**

Leone XIII

regime politico a patto che il diritto di Dio venga sempre rispettato. Francesco Vittoria scrive che "Leone XIII chiede ai cattolici di entrare nell'agone politico per difendere la religione di fronte alla pretesa dell'incipiente secolarizzazione: la finalità di un eventuale partito cristiano non può che coincidere con la libertà dei cristiani, e la sua natura di 'partito', che, lo si ribadisce, allude all'esser parte, non può che riposare sulla presupposizione della Chiesa quale totalità. Leone XIII informa una lettura del *non expedit* non più finalizzata all'astensione, ma alla proibizione, all'esplicito divieto di immissione dei fedeli nello spazio pubblico: determinando così un accentramento di questioni politico-sociali all'interno del perimetro determinato dall'ecclesia. In questo senso, si comincia a parlare di 'democrazia cristiana' in un senso generalissimo, che ha la pretesa di situarsi oltre ogni orizzonte di parte e di conflitto sociale, stando a significare nient'altro che l'azione di beneficenza ed assistenza nei confronti dei meno abbienti, senza entrare nello schema marxista della lotta di classe". Parlando di impegno dei cattolici in politica non è possibile ignorare don Luigi Sturzo, fondatore del Partito Popolare, "padre" della Democrazia Cristiana. "Nel 1919 - scrive Vittoria - sotto la direzione di Luigi Sturzo, si diede il 'via libera' alla costituzione del Partito Popolare Italiano. Nel far ciò, il prelado di Caltagirone iscrive la vita del partito all'interno delle dinamiche della società civile; in questo senso, la sua linea politica finisce da un lato col coincidere perfettamente con quella di Benedetto XV, rendendo possibile, dall'altro, la separazione tra momento ecclesiale e vita politica strettamente intesa. Il partito politico cattolico è a-confessionale, nello stesso senso in cui lo è la società politica di cui è parte.

Luigi Sturzo

in quanto parte della società politica stessa: in questo, Sturzo fa valere la sua solida preparazione di sociologo, che guarda in una maniera che non è quella dei liberali alla società, nel suo grado di distinzione-autonomia dallo Stato, conferendole, però, una valenza positiva. Si tentava, in questo modo, un superamento dello schema liberale, legato alla libertà negativa, e si conferiva valore positivo alla solidarietà sociale, nell'ambito di una radicale differenziazione tra Stato e statualismo: contro quest'ultimo, Sturzo mantiene ferme le valenze etiche e normative dell'aggregato sociale".

II. Nella Nota *La dignità processuale al tempo della pandemia*, Rocco Cantelmo offre un interessante spunto di riflessione sul tema da tempo dibattuto del trattamento dell'indagato e dell'imputato e della compressione della loro libertà, pur non essendo stati ancora dichiarati colpevoli con sentenza di condanna passata in cosa giudicata. "Si tratta del tema della carcerazione preventiva, che nel pensiero di molti filosofi è considerata come una forma di tortura (si veda ad esempio la trattazione del tema del processo penale in Mario A. Cattaneo, *Giusnaturalismo e Dignità umana*). Poiché la carcerazione preventiva rappresenta una forte eccezione al generale principio della presunzione di non colpevolezza".

Vincenzo Rapone, curatore della rubrica Libri & Riviste, recensisce *Capitalismo criminale. Analisi economica del crimine organizzato* di Roberto Patalano, analizzando il legame tra crimine e vincolo sociale. Tale vincolo non sorprende sia strettissimo, soprattutto nella misura in cui il crimine stesso sia considerato all'origine, seppur

mitica, della costituzione della nostra civiltà. "Non è forse vero che il percorso storico dell'umanità ha inizio con la trasgressione del divieto divino noto come peccato originale, e che, su questo presupposto, si sia strutturato sul fratricidio con cui Caino elimina, per invidia, suo fratello? La stessa psicoanalisi freudiana ha cercato di fornire a questo mito un fondamento 'positivo', e questo proprio nella misura in cui ne ha reperito le tracce antropologiche in quell'evento, costituito dall'omicidio del padre primordiale, di cui ogni crimine, in questa prospettiva, non sarebbe altro che la ripetizione storica".

La tutela dei diritti

La Rassegna stampa, curata da Vincenzo D'Errico, intitolata *Un italo islandese a tutela dei diritti*, mette in luce come il riconoscimento dei diritti fondamentali ad ogni uomo debba essere desiderio e tensione di ogni uomo "di buona volontà". Purtroppo sempre più frequentemente i diritti vengono negati, o rimpiccioliti o adattati al tempo e al luogo, alle opportunità e alla necessità. Una conquista dei tempi moderni è una legislazione completa e sovranazionale dei diritti dell'uomo, che non sono una concessione fatta *una tantum* grazie al buon cuore e gentilezza d'animo del sovrano, dell'amministratore pubblico o del datore di lavoro. I diritti sono codificati in più atti, dichiarazioni e convenzioni.

Chi si sente offeso nel riconoscimento di un diritto, chi si sente privato dell'applicazione di un diritto può rivolgersi alla giustizia del proprio paese oppure a una corte di giustizia sovranazionale, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la cosiddetta CEDU. In questo numero la rassegna stampa è completamente occupata da una lunga intervista che il Presidente della Corte Robert Ragnar Spano ha rilasciato a Daniela Cardamone, giudice del Tribunale

di Milano, per la rivista di Magistratura Democratica *Questione Giustizia*. Spano - di madre islandese e padre italiano - è il più giovane presidente della Cedu. L'intervista è tutta da leggere. Interessante la risposta del presidente Spano alla domanda sul ruolo che potrà svolgere - a proposito della pandemia - la Corte Edu nell'individuare il difficile punto di equilibrio tra diritto alla salute ed alla vita ed altri diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione. "È evidente - risponde il presidente Spano - che le misure adottate dagli Stati in risposta alla crisi sanitaria in atto possono incidere sui diritti e le libertà tutelati dalla Convenzione, come il diritto alla vita ai sensi dell'articolo 2, il diritto alla vita privata ai sensi dell'articolo 8, la libertà di riunione ai sensi dell'articolo 11 e la libera circolazione ai sensi dell'articolo 2 del Protocollo n. 4. Spetterà, in primo luogo, ai tribunali nazionali decidere, applicando i principi della Convenzione, se i rispettivi Governi hanno adeguatamente giustificato le loro misure e, anche, sulla base dei loro obblighi positivi, attivamente tutelato i diritti garantiti dalla Convenzione. Dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, i ricorrenti lesi potranno presentare un ricorso a Strasburgo". La Corte dovrà, quindi, esaminare ogni singolo caso sulla base della sua giurisprudenza e, se necessario, chiarire i suoi principi per tener conto delle caratteristiche speciali, della natura e della portata della crisi sanitaria che è, come tutti sappiamo, senza precedenti per dimensioni e complessità, almeno negli ultimi 100 anni circa.

Questo numero della nostra Rivista, in conclusione, ci pone interrogativi importanti. Cosa sarebbe dei diritti se non ci fosse una attività di tutela e, quindi, di repressione dei comportamenti che violano i diritti? Ma fin dove può arrivare la

tutela del diritto, la loro salvaguardia?

Il riconoscimento dei diritti, la scrittura delle Costituzioni, Carte che li affermano e li fissano per sempre in una norma, sono costati troppa fatica, troppe lacrime, sudore e sangue per affidarli all'arbitrio di qualcuno, o alla buona volontà di tanti. In questo periodo così difficile, con una pandemia in corso, diventa prioritario riflettere su come conciliare libertà individuali e

tutela della pubblica salute. Riteniamo non debba prevalere né l'una né l'altra, e che sia pertanto doveroso trovare un onorevole compromesso. Troppe volte, nel corso della storia, per un pizzico di sicurezza in più, si è consentita una riduzione della libertà, che ha causato, tuttavia, un preoccupante e controproducente ridimensionamento dei diritti umani fondamentali.

L. Z.



FILOSOFIA DEI DIRITTI UMANI PHILOSOPHY OF HUMAN RIGHTS

Rivista fondata nel 1999

ABBONAMENTI 2020

The Austrian Constitutional Exception: Normative Explicitness and Democratic Confidence*

© Otto Pfersmann, EHES, LIER-FYT



Otto Pfersmann
 Università di Parigi
 otto.pfersmann@ehess.fr

Otto Pfersmann

**French
 Constituent
 Assembly
 in 1789**

We celebrate hundred years of enactment of the Austrian Federal Constitution¹. It is the first European Constitution with a working system of constitutional review – later named the *Austrian model of constitutional review or adjudication* – and it is the Constitution, which had legal theorist Hans Kelsen involved in the drafting². It is a constitution, which may be and in certain conceptions is considered like an expression of legal theory as vice versa Kelsen and more largely the Vienna School of legal positivism is sometimes seen as a rationalisation of the Austrian Federal Constitution. Many constitutions had eminent philosophers involved in their drafting, but those drafters, like in the Philadelphia Convention in 1787 or in the French

Constituent Assembly in 1789, were political philosophers with legal experience, not legal theorists poised at explaining existing law in structure and meaning. They were politicians making law, whereas Kelsen was, in his quality as council to Chancellor Renner, a theoretician contributing to politics through constitutional law. The theoretical message of the Austrian Constitution remains therefore in debate, which a centennial jubilee forcefully revives. Against the vision of a Constitution as a theoretical document, my claim will be that the theoretical interest of the Austrian Federal Constitution consists in being exclusively a legal document, which an analytical theory of law will be best endowed to explain.

1. A still unknown legal instrument with various fortunes

The Austrian Constitution has reached its hundredth birthday, still in force – with some interruption and many modifications. But nothing might have been less evident. Like in the arts, there are texts, which reveal their virtues in time, where others are saluted with pump at the moment of their publication. Some of these may disappear as counterexamples like the French Constitution of September 3rd 1791 which lasted not exactly one year until August 10th 1792, but was preceded by the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789, finally reintegrated in the constitutional order in 1971. Constitutions are drafted to last, but those

*Relazione presentata per il centenario della Costituzione federale austriaca del 1920 (Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920) al Centro di Studi Austriaci della Hebrew University di Gerusalemme. Per il formato originariamente orale di questa presentazione, l'apparato scientifico è molto ridotto. La problematica qui sviluppata è anche vicina al mio contributo "Eine Verfassung ohne Theorie und Menschenbild im Umfeld intensiver Theoriediskussion", in: *Austrian Journal of Public Law* 75 (2020), pp. 155-171. Si veda questo numero specialmente dedicato al centenario della Costituzione.

¹ The drafting documentation is now accessible under: <https://www.parlament.gv.at/PERK/VERF/100/>. See Robert WALTER, *Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung*, Manz Vienna 1984.

² On Kelsen's contribution to the drafting of the Constitution, see: Georg SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Vienna Manz 1981; Felix Ermacora/Christiane Wirth (eds.), *Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen. Analysen und Materialien*, Vienna Braumüller 1982; Gerald STOURZH, „Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie“, in: ID., *Wege zur Grundrechtsdemokratie*, Vienna Böhlau 1989; Thomas OLECHOWSKI, „Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung“, in: Robert WALTER / Werner OGRIS / Thomas OLECHOWSKI (eds.), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit* (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 32, Wien 2009) pp. 211–230, now accessible under <http://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/kelsenbundesverfassung.pdf>.

Austrian Constitution

who really survive do so more by surprise than by expectation and factual elements set apart, the reasons of success may be unnoticed or difficult to identify.

In fact, the Austrian Constitution had quite a difficult start and life and was poorly noticed for quite some time, one can even ask if the more recent celebrations really have this Constitution as its actual target.

The beginnings of this instrument were difficult and uncertain, after a first dangerous and short life until 1934, it reappeared out of the ruins of World War 2 without any new constitutional assembly or referendum in April 1945 and is still in force today after having been amended several hundred times, maintaining, however, many of its initial elements and principles even though a prominent critic qualified it in the sixties as a ruin. Several efforts have been made in order to draft a new Constitution, but they all failed, like lastly the Convention called in the wake of the European conventions in 2003 and working until 2005 without any convincing result. If we celebrate the centenary of this Constitution today, we have to reflect on those virtues of this framework which may not be merely contingent. The international legal literature pays relatively little attention to the Austrian Constitution in its first years of existence. Americans quote more often the Czechoslovakian Constitution from February 29th 1920, its older brother, also with a constitutional court, but without its efficiency and without its survival after the WW2. International attention to the achievements of the Austrian federal Constitution was first drawn by a French scholar, Charles Eisenman, who wrote a doctoral dissertation in Vienna under Kelsen's supervision on the newly established constitutional court, the publication

of which had again some echo in other scholarly writings outside Austria. The Federal Constitution came nearly exclusively into focus because of its original model of constitutional review, mainly under the pen of political scientists. Even Kelsen himself published one of the first articles on the difference between the American and the Austrian model in English in the *Journal of Politics* in 1942³. At that time, the Austrian Constitution had disappeared for many years and nobody could know it would ever come to life again. Even after World War 2, the re-enactment of this legal framework and its continuous application did not draw a lot of attention. The world looked at Germany and celebrated the adoption of its Basic Law. Some prominent German scholars even believe Germany to have introduced the Austrian model of constitutional review. If we look at the international scholarly landscape, one may even understand, certainly not approve, this misunderstanding.

When Austria enacts its new Federal Constitution in 1920, it appears in a landscape with some other or new legal frameworks, like the Weimar Constitution or the Constitution of Czechoslovakia and already established constitutional traditions like the French, American, Swiss or Italian.

The context of its elaboration is by no means serene. It is the Constitution of a successor state which, contrary to other countries becoming independent after the First World War, is not really endorsed by its citizens who would have preferred to join the then new republic of Germany or, for the most western parts, Switzerland.

³ Hans Kelsen, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", in: *The Journal of Politics*, Vol. 4, No. 2. (May, 1942), pp. 183-200.

Czechoslovakian Constitution

**Democratic
republic**

The basic choice of a democratic republic is also not unanimously considered to be an ideal solution as some press towards an authoritarian catholic state and others towards a communist dictatorship. Neither the very existence, nor the very legal form of Austria is generally taken for granted in the days in which the Constituent assembly takes much pains to bring opposing views together on a shared document. And the part, which in so many former examples opens the text or stands in prominent place, is simply lacking here: the catalogue of rights is finally taken over from the former fundamental state of the Monarchy.

2. Exceptionally missing qualities

But the Austrian Constitution lacks not only (textually, not substantially) something which many constitutional theorists consider essential to a constitutional document like rights provisions. Its lacks literary quality (except for its austerity), it lacks a Preamble, it lacks the appeal to a purportedly common and shared understanding of basic values. This may even have been a reason for disagreement between Chancellor Karl Renner and his constitutional adviser during the drafting, Hans Kelsen. Renner seems to have wanted a popular document which citizens would joyfully quote and learn by heart, whereas Kelsen appears to have insisted on merely technical qualities. One cannot even say that one has won and the other one lost. Even though Kelsen had an important influence on the drafting, especially in the more technical parts, the drafting itself resulted from the compromise of the political parties and the absence of the more emotional and literary parts simply shows that the members of the Constituent As-

sembly did not come to an agreement concerning such textual elements, at least they simply did not draft ringing phrases but retained technical provisions, whatever the reason might have been and despite the quite different perspective promoted by the head of government.

One can read this as a deficiency, it might be one of its main virtues or so one may contend.

If the Constitution was poorly noticed in the international literature, one person associated to its drafting came to world fame as a representative of one particular strand of legal theory, analytic normativist positivism. But if Hans Kelsen is more than often presented as the writer of the text and as the protagonist of legal positivism, these usual claims often appear as merely rhetorical. They have to be nuanced, but they raise some really relevant questions.

Kelsen was an adviser to the Assembly, some wordings, especially concerning the part on guarantees of the administration and the constitution are truly his, but he did not draft the text as an academic exercise in his university office, it is, as reminded, the work of the Constituents. And if Kelsen's work is still studied in some European countries, it is nearly unknown to the English-speaking world despite efforts by scholars like Stanley Paulson, as positivism there is associated with the name of Herbert Hart who borrowed lots of elements from Kelsen. Nonetheless, if one idea remains dominant, it seems to be that the Austrian Constitution is a piece of positivism written by a theoretician of positivism and that the Pure Theory of Law is, on the other hand, a rationalisation of the Austrian constitution, a promotion of its model of constitutional review and of the legal importance of statutory legislation rather than of case law in a common law under-

Karl Renner

standing. These common ideas seem however to be misguided.

My claim is that there is no intrinsic link between the Pure Theory and the Constitution, but that there is an interesting relation, which goes beyond the contingent and merely biographical fact that a legal theorist had been associated to the drafting.

3. *An a-theoretical statement*

The first point is that constitutions, generally, are not theories and that they neither verify, nor falsify theories in and of themselves. And this is a point of philosophy of language, i.e. of legal theory in this context. Constitutions, if they have to have a legal meaning – which is certainly not always the case – and as legal objects are sets of norms. They organise the production of other norms of the respective legal order and are sometimes formalised in the sense of organising their own modification according to a different procedure with respect to ordinary primary legislation. They set empowerments, obligations, prohibitions and permissions. These objects are deontically modalised, but not statements about the fabric of the universe, about the formal validity of a reasoning, nor about empirical findings and its methods, not even in matters of power relations. Many normative theories may and do stay behind the adoption of such norms, but even so, the norms are not the theories behind them. First those conceptions are making competing claims as to how a commonwealth ought to be organised and second, legal norms have to be conceived of as being part of a system of norms within the specific strictures of a legal order.

But if constitutions are not theories, any well-conceived theory has to explain whatever effective constitution there may possibly be or otherwise it lacks generality and would be nothing more than an ideological promotion of a certain normative conception of a desired constitutional order.

There are of course a lot of Constitutions which attempt to be theories about the meaning of the good life, an ideal society a narrative which legitimizes its enactment, the nature of the human being and so on and so forth. These attempts are doomed to fail, for the reason just reminded: norms cannot possibly be theories, they don't explain anything about the world. But text qualifying themselves as constitutions and including theoretical statements (empirical or meta-normative) may at best produce confusion and promote desperate efforts to translate them into legally normative terms. But as they are not legally normative, such attempts mainly invite organs not entitled by the constitution to assume competences they don't have and thus to drive the legal system in a direction the actual constitution excluded from taking.

The Austrian Constitution – considered as a text – makes, with one exception, strictly no theoretical statement – it is merely a constitution in its strict legal meaning. Therefore, it has been rather difficult to deflect it from its normative settings. Of course, many things happen politically outside the Constitution – as the famous system of social partnership – as everywhere in the world, but this is different from deflection under the auspices of organs established by the constitution.

If this Constitution does not attempt to be a theory and especially not a political ideology, one can at best take this as an

**The respective
legal order**